

АНАЛИЗА НА ДОМАШНАТА И МЕЃУНАРОДНАТА СУДСКА ПРАКСА

ДЕЛ 1



ЦЕНТАР ЗА ПРАВНИ
ИСТРАЖУВАЊА И АНАЛИЗИ ■
CENTER FOR LEGAL RESEARCH AND ANALYSIS

АНАЛИЗА НА ДОМАШНАТА И МЕЃУНАРОДНАТА СУДСКА ПРАКСА

ДЕЛ 1

Импресум

Наслов:

Анализа на домашната и меѓународната судска пракса

Издавач:

Центар за правни истражувања и анализи

За издавачот:

Лидија Стојкова-Зафировска

Графички дизајн:

Релатив



British Embassy
Skopje



Funded by
UK Government

Овој производ е подготвен во рамки на проектот „Зголемување на транспарентноста, правната сигурност и ефикасноста на судството во Северна Македонија“ финансиран од Владата на Обединетото Кралство, со поддршка на Британската амбасада во Скопје. Мислењата и ставовите наведени во оваа содржина не ги одразуваат секогаш мислењата и ставовите на Британската влада.

СОДРЖИНА:

Извршно резиме.....	7
Вовед.....	9
Анализа на пресуди и решенија на високите домашни судови.....	10
Селективна амнестија во смисла на член 3 став 1 од Закон за амнестија е во согласност со Начелото на еднаквост во смисла на член 9 од Уставот на РМ.....	11
Помилувањата на претседателот Иванов во сенка на уставноста на Законот за помилување.....	16
Повреда на правото на еднаквост и слобода на движење.....	22
Позитивен исчекор во заштита на слободата на мислење, совеста и верата како и слободата на собирање и здружување.....	26
Анализа за право на ревизија за спорови од мала вредност.....	30
Правно признавање на родовиот идентитет во Република Македонија.....	34
Правно мислење за актите поврзани со случајот за азил од лицето Хинд Алболооки од Дубаи, Обединетите Арапски Емирати.....	39
Негативна пракса на супсидијарна примена на закон и обезбедување на јавна расправа.....	42
Анализа на правото на еднаквост и слобода на движење преку пресуда на Апелационен суд Скопје.....	47
Анализа на пресуда која утврдува дискриминација по основ на личен статус, семејна и брачна состојба.....	51
Формалното толкување на законските одредби го ограничува правото на пристап до судот.....	56
Повреда на правото на сопственост на лицата кои не користат топлинска енергија.....	60
Анализа на пресуда на Апелациониот суд Скопје за клеветата и штета нанесена на угледот и честа и повреда на личните права.....	65
Анализа на пресуди на Европскиот суд за човекови права.....	70
Селмани и други против Република Македонија: Слобода на примање и пренесување на информации.....	71
Еуромак Метал ДОО против Република Македонија: Принцип на праведност и рамномерност во оданочувањето.....	77
Сејдији против Република Македонија: Злоупотреба на мерката притвор.....	81
Х против Република Македонија: Право на приватен живот.....	86
Слободата на политичкото изразување во демократските општества во светлина на пресудата „Макрадули против Република Македонија“.....	92
Обврска на Управниот и Вишиот управен суд за темелна ревизија на основаноста на тврдењето на извршните органи во постапката во смисла на пресуда „Љатифи против Република Македонија“.....	98

Извршно резиме

Збирката „Анализа на домашната и меѓународната судска пракса“ е подготвена во рамките на програмата „Зголемување на транспарентноста, правната сигурност и ефикасноста на судството во Северна Македонија“ спроведена од Центарот за правни истражувања и анализи со поддршка од Британската амбасада Скопје. Целта на самата програма е да обезбеди правна сигурност и предвидливост за граѓаните на Северна Македонија преку зајакнување на капацитетите на судските институции, подобрување и унапредување на законодавство и обезбедување доследна и воедначена примена на законите.

Оваа публикација претставува збир на одбрани коментари на истакнати домашни експерти во областа на правото, кои ги анализираат образложенијата на домашните високи судови и обезбедуваат увид во принципите и начинот на аргументација на Европскиот суд за човекови права. Коментарите содржани во оваа публикација се наменети да им служат на правните професионалци, слушателите на почетната обука во Академијата за судии и јавни обвинители, студентите на правните факултети и сите останати правни професии и заинтересирани граѓани кои сакаат да добијат појасен увид во аргументациите на домашните судови и и ЕСЧП.

Анализите прикажани во оваа публикација се дел од веб платформата Justice Observers која беше креирана од Центарот за правни истражувања и анализи со цел да се покрене дебата за подобрување на квалитетот на правдата што ја обезбедуваат судовите во државата.

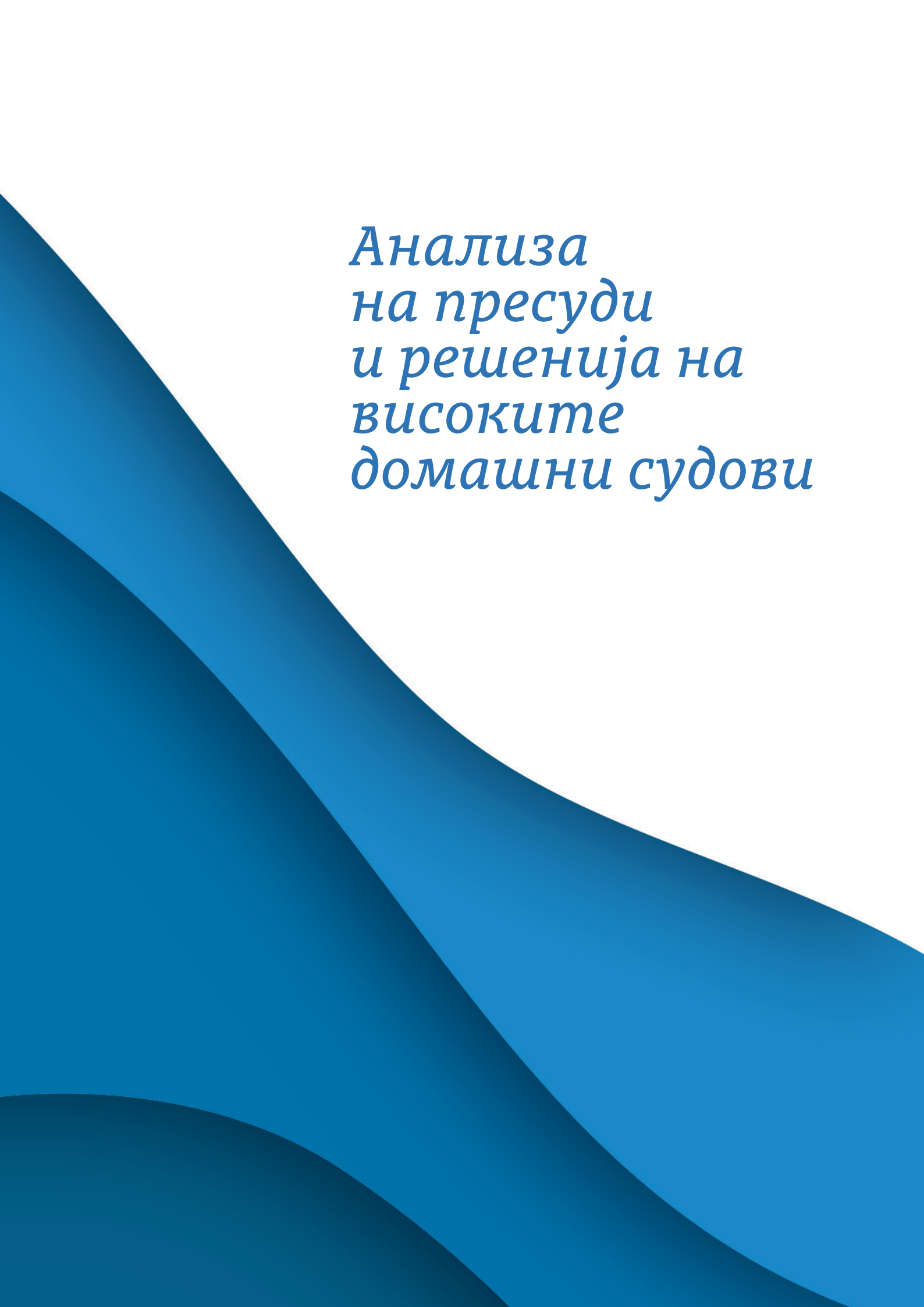
Вовед

Воедначувањето на судската пракса во Република Северна Македонија и покрај тоа што не претставува формален извор на правото, и нејзиното користење како средство за аргументација директно влијае на правната сигурност и правната предвидливост за граѓаните во државата. Имено, главен гарант за остварувањето на основните човекови права е почитување на принципот на владеење на правото чија суштина лежи во начелата на правната сигурност и правната предвидливост. Доследната примена на овие начела се постигнува преку еднаквата примената на законите во секојдневниот живот на граѓаните. Воедначената примена на законите како и усогласената, јасна и добро образложена пракса на судовите им овозможуваат на граѓаните да ги предвидат правните последици од своите постапки и дејствија а со тоа и да ја зајакнат довербата во судството и судските институции.

Со цел да се прикаже квалитетот на аргументација на домашните судови и да се увиди примената на домашните и меѓународните правни принципи, публикацијата е поделена на два дела и содржи коментари на пресуди како на високите домашни судови така и на и Европскиот суд за човекови права.

Првиот дел посветен на пресудите на високите домашни судови, овозможува преглед на тековните и актуелни одлуки на македонските судови низ призмата на примена на начелните правни принципи и следење на веќе конзистентноста во нивното одлучување.

Земајќи предвид пак дека Европската конвенција за човекови права е дел од македонскиот правен поредок, вториот дел од публикацијата анализира дел од пресудите на Европскиот суд за човекови права кои се однесуваат на Северна Македонија.

The background features several overlapping, curved shapes in various shades of blue, creating a dynamic, modern aesthetic. The shapes are positioned on the left and bottom-left sides, leaving the right side mostly white.

*Анализа
на пресуди
и решенија на
високите
домашни судови*

Селективна амнестија во смисла на член 3 став 1 од Закон за амнестија е во согласност со Начелото на еднаквост во смисла на член 9 од Уставот на РМ

Анализа на *Бранко Наумоски* на *Решението У.бр.11/218* на Уставниот суд на Република Северна Македонија

Адвокатот С.Д од Скопје до Уставниот суд на РСМ поднел иницијатива за оценување на уставноста на член 3 од Законот за амнестија (Сл. Весник на РСМ бр. 11/218). Според подносителот на иницијативата со оглед дека со оспорената одредба од Законот се исклучува правото на амнестија на одредена категорија на осудени лица, било спротивно на член 9 од Уставот на РСМ. Имено, според член 9 од Уставот на РСМ „ Сите граѓани на РСМ , вклучително и лицата кои се осудени со пресуда на надлежни судови за кривични дела за кои амнестијата неважи, цитирани во оспорениот член 3 од Законот за амнестија биле еднакви пред Уставот и законите. Меѓутоа со нивното исклучување од правото на амнестија овие граѓани се довеле во нееднаква состојба со другите граѓани, а пред се со граѓаните сторители на кривични дела за кои важела амнестијата. Со тоа се доведувало членот 3 од оспорениот Закон за амнестија во целост да биде спротивен со членот 9 од Уставот на РСМ. Дотолку повеќе што биле нејасни, необразложни и воопшто немало причина за ваквото дискриминирање на одредени категории на граѓани осудени за одредени кривични дела во смисла на нивната нееднаквост со другите граѓани. Поради наведеното, подносителот на иницијативата предложил Уставниот суд да поведе постапка за оценување на уставноста на член 3 од Закон за амнестија и во смисла на член 33 од Деловникот на Уставниот суд предложил судот да одржи јавна седница на која би ги повикал подносителот на иницијативата, а по потреба и преставници од научната сфера, а потоа да донесе одлука со која ќе ја поништи оспорената законска обврска.

Нормативни акти утврдени и применети од судот

Судот на седницата утврдил дека според член 3 став 1 од Законот за амнестија, амнестијата не се однесува на лица осудени со правосилна пресуда: на казна доживотен затвор; за кривично дело Убиство од член 123 од КЗ; кривични дела против избори и гласање членовите 158-165-в од КЗ; за кривични дела против половата слобода и половиот морал и тоа членови 186,187,188,189,191,193,193-а,193-б и 194 од КЗ; за кривични дела против државата членови 305-327 од КЗ, кривични дела против јавниот ред членови 394-а-394-г од КЗ; кривични дела и за кривични дела против човечноста и меѓународното право членови 403-418 и од 418-в-422 од КЗ. Според ставот 2 на истиот член амнестијата не се однесува и на лицата кои делата предмет на амнестија ги сториле по 20 Септември 2017 година. Според член 8 став 1 алинеја 3 од Уставот на РСМ владеењето на правото е темелна вредност на уставниот поредок на РСМ. Во согласност со членот 9 од Уставот граѓаните на РСМ се еднакви во слободите и правата независно од полот, расата, бојата на кожата, националното и социјалното потекло, политичкото и верско уверување, имотната и општествена положба. Граѓаните пред Уставот и Законот се еднакви. Според член 51 од Уставот на РСМ законите мораат да бидат во согласност со Уставот, а сите други прописи со Уставот и со Закон. Секој е должен да ги почитува Уставот и законите. Согласно член 68 став 1 алинеја 18 од Уставот на РСМ, Собранието на РСМ дава амнестија. Амнестијата е кривично-правен институт дефиниран со Кривичниот законик (Сл. Весник на РСМ бр.37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/2011, 135/2011, 185/2011, 142/2012, 166/2012, 55/2013, 82/2013,14/2014, 27/2014, 115/2014, 132/2014, 160/2014, 199/2014, 196/2015, 226/2015 и 97/2017). Според член 113 од овој законик, на лицата кои се опфатени со амнестијата им се дава ослободување од гонење или потполно или делумно ослободување од извршување на казната им се заменува изречената казна со поблага казна, им се определува бришење на осудата или им се укинува определена правна последица од осудата.

Одлука на судот

Уставниот суд на седницата одржана на 09.07.2018 година донел Решение за неповедување на постапка за оценување на уставноста на оспорениот член 3 од Законот за амнестија (Сл. Весник бр. 11/2018)

Образложение на Одлуката од страна на судот

Амнестијата е право на простување (милост) на државата кон сторителите на казниви дела познато во правниот систем како Овластување на државата под услови пропишани со закон против сторители на кривични дела да не се покренува казно гонење, или пак на веќе осудените лица казната да им биде простена или ублажена.

Амнестијата се донесува во форма на Закон според КЗ може да се даде на неодреден број на лица и со неа на лицата опфатени со амнестијата им се дава ослободување од гонење или потполно или делумно ослободување од извршување на казната, изречената казна може да им се замени со поблага казна, да се определи бришење на осудата или да се укине определена правна последица од осудата, при што не се задира во правосилноста на пресудата ниту пак во постоењето на кривичното дело. Со Уставот не е определена содржината и видовите на амнестија туку е оставено ова прашање законодавецот да го уреди со закон. Согласно ваквата уставна определба при донесувањето на Законот за амнестија според судот законодавецот ги определува кривичните дела чии што

сторители се амнестираат за изречената казна или за извршеното дело и изречената казна. Ова свое право од донесувањето на Уставот на РСМ законодавецот го имал искористено неколку пати и при секој случај тој утврдувал самостојно за кои кривични дела ќе даде амнестија имајќи во вид дека непостои уставно ограничување за тоа. Очигледно е дека Уставниот суд за вакви случаи искажал јасен став во повеќе свои одлуки и решенија кога ја оценувал уставноста на одредби од неколку закони за амнестија и помилување донесени во претходниот период. Па така со Одлука Убр. 19/2016 од 16.03.2016 година со која е укинат Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување (Сл. Весник на РСМ бр. 12/2009); Решение Убр. 169/2002 од 19.02.2003 година, со кое неповел постапка за оценување на уставоста на Законот за Амнестија (Сл. Весник на РСМ бр. 18/2002); Решение Убр. 2016/1992 од 10.03.1993 година со која неповел постапка за оценување на уставоста на член 1 од Законот за Амнестија во делот кој гласи: „ Неиздржаниот дел на казната„ (Сл. Весник на РСМ бр. 55/91). Во сите наведени случаи Уставниот суд го искажал своето мислење дека законодавецот има уставно овластување да утврди за кои кривични дела ќе го искористи правото да даде амнестија имајќи во предвид дека за тоа во Уставот непостои уставно ограничување.

При донесувањето на Одлуката судот ги ценел и целите и причините за донесувањето на овој Закон. Имено при подготвувањето на Предлог-законот според судот се имало предвид дека условите во казнено-поправните установи како институции кои треба да овозможат и обезбедат успешна ресоцијализација на осуденичката популација се неспорно пренатрупани, условите за престој се многу ниски и оценети од Меѓународните организации како нехумани, дека опасноста од криминална инфекција во КПУ е реална при што е оценето дека со донесувањето на Законот со која одредена група на лица осудени на казна затвор до 6 месеци ќе се ослободат од издржување на казната затвор, а за останатата затворска популација е предвидено намалување на казната за 30%, освен за делата кои со закон се изземени од амнестијата. Во оваа смисла според член 1 од Законот за амнестија со Законот се уредува ослободување од извршување на казна на: лицата осудени со правосилна пресуда на казна затвор за кривични дела пропишани со КЗ или други закони кои на денот на влегувањето во сила на Законот започнале или незапочнале со издржување на казна затвор во КПУ во РСМ; на лицата осудени со правосилна пресуда на казна затвор за кривични дела пропишани со кривични закони на друга држава доколку сторителот е државјанин на РСМ и казната ја издржува во РСМ врз основа на извршување на привична пресуда на странски или меѓународен суд и истата е признаена со пресуда на надлежен суд во РСМ. Согласно член 2 од Законот: Осудените лица од членот 1 од истиот закон на кои им е изречена казна затвор до 6 месеци потполно се ослободуваат од казната. Осудените лица од членот 1 на кои им е изречена казна над 6 месеци се ослободуваат од издржување на 30% од целокупната казна изречена со правосилна пресуда. Осудените лица од член 1 од законот на кои со правосилна пресуда им е изречена единствена казна затвор се ослободуваат од издржување на единствената казна затвор за 30% во делот на претходно тврдените поединечни казни опфатени со амнестија. Доколку во единствената казна затвор е утврдена казна затвор за кривично дело кое не подлежи на амнестија осудениот од членот од законот ќе се ослободи од издржување на казната за 30% само во делот на претходно утврдените поединечни казни опфатени со амнестија. Согласно член 3 став 1 на Законот, амнестијата не се однесува на лица осудени со правосилна пресуда: на казна доживотен затвор; за кривично дело Убиство од член 123 од КЗ; кривични дела против избори и гласање членовите 158-165-в од КЗ; за кривични дела против половата слобода и половиот морал и тоа членови 186,187,188,189,191,193,193-а,193-б и 194 од КЗ; за кривични дела против државата членови 305-327 од КЗ, кривични дела против јавниот ред членови 394-а-394-г од КЗ; кривични дела и за кривични дела против човечноста и меѓународното право членови 403-418 и од 418-в-422 од КЗ. Според ставот 2 на истиот член амнестијата не се однесува и на лицата кои делата предмет на амнестија ги сториле по 20 Септември 2017 година.

Од изнесеното судот констатирал дека законодавецот јасно и прецизно определил за кои кривични дела се однесува амнестијата што се дава со Законот односно дека со Амнестијата се опфатени лица осудени со казна затвор пропишани со КЗ или други закони, освен лицата кои се сторители на кривични дела наведени во член 3 од Законот, кои се исклучени од ова право, што преставува уставно овластување и слобода на законодавецот да утврди за кои кривични дела ќе го искористи правото да даде Амнестија. Како поткрепа на тоа судот смета дека и во самата уставна определба не е дадено односно немора таа да биде општа и да се однесува на сите кривични дела како што всушност се барало со иницијативата, туку законодавецот според судот има уставно овластување да определи за кои кривични дела ќе даде амнестија, со оглед дека не постои уставно ограничување за тоа. Оттаму судот смета дека определувањето на амнестијата во зависност од видот на кривичните дела, сторителите на тие кривични дела се ставаат во еднаква правна положба без оглед на полот, расата, бојата на кожата, националното и социјалното потекло, политичкото и верско уверување, имотната и општествена положба со што е запазено Начелото на еднаквост на граѓаните пред Уставот и законите. Оттаму судот оценил дека не може основано да се постави прашањето за согласност на оспорениот член 3 од Законот за амнестија со членот 9 од Уставот како што се наведувало во иницијативата.

Заклучоци

1. Како прво, заклучок е дека Одлуката на судот е правно издржана и солидно образложена. Уставниот суд согласно член 109 од Уставот на РСМ го сочинуваат 9 судии. Одлуката е донесена ако за неа гласаат мнозинство од судиите што е во согласност со Деловникот за работа на Уставниот суд. Судиите кои гласале против одлуката имаат можност според Деловникот да го издвојат своето мислење и јавно да го објават. Во конкретниот случај оваа Одлука е донесена со мнозинство гласови што значи не е едногласно донесена односно некој од судиите гласале против. Очигледно е дека тие судии имале одредени дилеми зашто не ја подржале Одлуката, меѓутоа доколку го издвоеле своето мислење ќе можеше да се видат аргументите од кои причини биле против Одлуката, па оттаму ќе можеше и стручната јавност да се приклони кон поддршка на Одлуката или на иницијативата. Оттаму би било добро Судиите кои гласале против да го издвоеле своето мислење, како би можеле да ги видиме нивните аргументи против одлуката. Меѓутоа за жал издвоеното мислење како институт ретко се користи од страна на Судиите во уставниот суд, а пратејќи ја нивната работа може да се заклучи дека воопшто од некои Судии не се користи.
2. Во конкретниот случај и покрај тоа што ја подржувам Одлуката, ако пошироко се толкува и се споредат одредбите од соодветната норматива, а пред се на Уставот кој ја регулира оваа материја и КЗ би можело да се проблематизира прашањето за согласноста на оспорениот член со Уставот. Во конкретниот случај не е спорно дека согласно член 9 од Уставот граѓаните се еднакви во слободите и правата. Исто така не е спорно дека Собрането на СРМ согласно член 68 став 1 алинеја 18 дава амнестија. Меѓутоа прашањето е дали кога законодавецот се одлучил да даде Амнестија во форма на Закон да прави разлика меѓу осудените лица со оглед на сторените кривични дела, и дали со тоа прави дискриминација.
3. Во образложението на пресудата нема одговор-образложение на барањето на подносителот на седницата за одржување на јавна седница, оттаму иако јавна седница судот согласно член 33 став 3 од Деловникот може да закаже и одржи откако судот ќе поведе постапка, генерална оценка е дека Уставниот суд многу ретко, ако не во последно време и воопшто не посегнува по овој институт ниту пак се користи институтот подготвителна постапка.

4. За одбележување е фактот што Судот при одлучувањето водел сметка за причините и целите што законодавецот ги имал при донесувањето на Законот за амнестија, меѓутоа сметам дека ваквите околности се во рамките на политичко-општествени, економски и други потреби на законодавецот што не се небитни, но за Судот е многу поважна правно-нормативната анализа и содржина и усогласеноста на нормативните акти што во конкретниот случај Судот во задоволително ниво ги почитувал и опсервирал, при што ја почитувал и судската практика како извор на правото.
5. Правното прашање во конкретниот случај е дали законодавецот кога се одлучил да даде Амнестија и притоа го сторил селективно према осудените лица постапил спротивно на член 9 од Уставот и притоа ги довел во нерамноправна положба осудените лица од причини што во Уставот непостои уставно ограничување. Меѓутоа апсолутно држи тезата на судот дека Уставот неправи разграничување на кои граѓани-осудени лица законодавецот ќе даде Амнестија, но факт е дека Уставот пак од друга страна не му забранува на законодавецот да исклучува одредена категорија на одредени-осудени лица. Ваквата теза сметам дека е издржана и сосема доволно образложена,
6. На крајот сакам да го искажам мојот став или мислење по однос на тезата дека судските одлуки се спроведуваат и не се коментираат. Мојот став е дека може и треба да се има став, коментар или критика на Одлуките на судовите било тоа да позитивни или негативни, но секогаш тоа треба да биде аргументирано, стручно и поткрепено со факти и се разбира дадено од стручната фела, а не од оние кои што треба да ги извршуваат овие Одлуки. Само на тој начин ќе може да се влијае врз подобрувањето, унапредувањето, развојот, ефикасноста и ефективноста на судскиот систем.

Помилувањата на претседателот Иванов во сенка на уставноста на Законот за помилување

Анализа на проф. д-р Гордан Калајџиев на Решението У.бр.96/2016 од Уставниот суд на Република Северна Македонија.

Вовед

Законот за помилување беше изменет и дополнет во 2009 година (Службен весник на РМ бр. 12/2009). Со измените од 2009 г. со бришење на членот 11 се укина можноста за помилување без спроведување на постапка. Во март 2016 година, Уставниот суд го укина целосно Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување од 2009 година (Одлука на Уставен Суд У.бр.19/2016, Службен весник на РМ бр. 58/2016 од 28.03.2016). На 12.04.2016 година, Претседателот без спроведување постапка преку Министерството за правда, даде помилување на 56 лица опфатени со истрагите на СЈО.

Одлуката на Уставниот суд У.бр. 96/2016 за Законот за помилување отвори најмалку две контроверзни прашања кои до денешен ден не се затворени и од време на време предизвикуваат интерес на правната и пошироката јавност. Во прв ред, тоа се помилувањата на претседателот Иванов донесени врз основ на контроверзниот чл. 11 од овој закон, а кои се однесуваа на лицата под истрага на СЈО, а кои допрва ќе дојдат пред повисоките судски инстанци во државава, кој прашања се актуелизираа и во некои постапки за екстрадиција, а веројатно ќе се појават и пред Европскиот суд за човекови права во Стразбур. Ова прашање остана правно незатворено од причина што остана нејасно од кои причини се повлечени помилувањата и каква последица имале врз постапките на кои се однесуваа. Додека кривичниот суд остана нем и проблемот едноставно го „прескокна“, правните експерти останаа (политички) поделени по однос на законитоста на самото помилување, прашање што може да биде клучно во евентуалните постапки пред судот во Стразбур. Според едни, засновувањето на помилувањата на членот 11 од Законот за помилување од 1993 година, кој не е во сила од 2009 година, ја прави одлуката за помилување ништовна, додека други сметаа дека Претседателот постапил правилно бидејќи со укинување на целиот закон според нив се враќа правната состојба од пред донесување на спорните законски измени од 2009 година. Поврзано со ова, а со правно значење и за други прашања е и толкувањето на Уставниот суд за укинувачкото и поништувачкото дејство на неговите одлуки.

Подоцна, претседателот, во два наврати ги повлече спорните одлуки за помилување, образложувајќи ја ваквата одлука со политички а не со правни причини (аргументи). Своевидно финале на приказната дојде со законски измени на Законот за помилување од мај 2016 со кои *post festum* се предвиде можност претседателот да го поништи даденото помилување (Службен весник на РМ бр. 99/2016).

Одлука У. бр. 19/2016 со која се укинува Законот за измени и дополнување на законот за помилување (Сл. Весник бр. 58/16)

Уставниот суд на Република Македонија, на седницата одржана на 16 март 2016 година, донесе одлука со која се укинува Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување („Службен весник бр. 12/200, која одлука произведува правно дејство од денот на објавувањето во Службен весник на Република Македонија. Како што е познато, со овие измени, помеѓу другото, се брише членот 11 од Законот за помилување и со тоа се укина можноста претседателот претседателот самиот да одлучува за определени помилувања. Постапката за помилување дополнително се уредува а се укинува и можноста за помилување за отределени кривични дела.

Уставниот суд смета дека според својата суштина, помилувањето не е акт кој има карактер на казна или друга кривична санкција и со него само се изразува поблаг став кон сторителот. Според судот тоа е неотповиклив и конечен акт на милост на претседателот, кој не одлучува во својство на судски орган, туку како државен орган кој го добил својот легитимитет од граѓаните преку непосредни избори. Помилувањето во таа смисла, според судот е неприкосновено уставно и законско право на претседателот, кое може да го користи по своја оценка во рамките на постапка која е утврдена со закон и поради причини кои може да не се од кривично – правна природа (на пример, социјални, здравствени, политички причини или од причини на правичност). Покрај ова, според судот, начинот на кој се дефинирани кривичните дела со нашето кривично право, не дава основ законодавецот да исклучува одредени дела од можноста за помилување.

Според Судот, ограничувањето на правото за давање на помилување на претседателот на Републиката, значи навлегување во неговата уставна надлежност од страна на законодавецот. Доколку би се прифатила можноста законодавецот да има вакво право, се поставува прашањето која би била границата и критериумот за таквото ограничување и дали на ваков начин би се изгубила смислата на уставниот институт помилување, кој би зависел од перцепцијата на законодавецот и одредени појави во одредено време во општеството.

Повредата на уставните одредби мнозинството судии ја гледа и во ограничувањето на Претседателот при давањето на помилување што се однесува на осудени лица за некои кривични дела. Мнозинството судии смета дека и покрај тоа што целта на законодавецот била да се оствари превенција од вршење на овие конкретни кривични дела во иднина, тоа не може да биде причина за ограничување на правото за давање на помилување.

Од наведеното, според судот, произлегува дека оспорениот Закон за изменување и дополнување на Законот за помилување, содржи одредби кои ја повредуваат темелната вредност на уставниот поредок – поделба на државната власт на законодавна, извршна и судска, ја ограничуваат надлежноста на претседателот за давање на помилување, го повредуваат уставното право на еднаквост на граѓаните и без да постои уставен основ, уредуваат прашања кои се однесуваат на организацијата и работата на претседателот на Републиката како орган, поради што Судот оцени дека оспорениот Закон за изменување и дополнување на Законот за помилување, не е во согласност со член 8 став 1 алинеи 3 и 4, член 9 и член 84 алинеја 9 од Уставот на РМ.

Спротивно на искажаниот став на мнозинството судии, дури четири судии на Уставниот суд сметаат дека укинувањето на Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување е потполно неосновано од аспект на неговото оценување по однос на Уставот и дека тој не е во спротивност со член 8 став 1 алинеи 3 и 4, член 9 и член 84 алинеја 9 од Уставот на РМ. Според нив одлуката на Уставниот суд нема сериозно втемелена и квалитетно образложена аргументација, првенствено што се однесува до резонот за целосно укинување на Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување.

Особено интересно е што и овие судии кои не се согласуваат со мнозинството се на мислење дека со укинувачката интервенција на член 10 од Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување се враќа во примена член 11 од Законот за помилување кој уредува дека Претседателот по исклучок може да дава помилување и без спроведување на постапка за помилување кога тоа е од интерес за државата, или кога посебни околности што се однесуваат на личноста и на кривичното дело укажуваат дека е тоа оправдано. Преку укинувањето на измените на законот според нив овој член повторно се враќа во сила, а тој овозможува Претседателот да помилува определено лице без воопшто да се спроведе законски пропишана постапка во случај тој да смета дека е оправдано.

Помилувањата на претседателот во постапките на СЈО

Скандалот со помилувањата на претседателот Иванов, веќе има сериозни реперкусии во меѓународни судски или екстрадициски постапки или постапки за азил. Случајот Lexa против Словачка е сериозен проблем на кои случаите на СЈО допрва ќе најдат во Стразбур¹. Судот за човековите права во Стразбур во оваа пресуда доста детално го проучува проблемот на повлекувањето на амнестијата од аспект на човековите права, заклучувајќи дека во случајот тоа претставува повреда на Европската конвенција за човековите права. Критична била околноста дека помилувањето било законито, а повлекувањето воопшто не било предвидено со уставот на Словачка. Судот сугерира дека во таков случај кривичната постапка требала да биде запрена, а предметот да се смета за *res judicata*. Во оваа смисла, ситуацијата во Словачка била слична со нашето право, па е многу веројатно дека одбраната ќе се повика токму на овој случај и на околноста дека според чл. 304 ст. 1 од домашниот ЗКП постапката по одлуката за помилување требала да биде запрена, што не е сторено.² Сведоци сме и на фактот дека проблемот со помилувањата се појави во случајот на (одбивањето на) екстрадицијата на обвинетите за скандалот со прислушкувањето кои ја добија правната битка во врска со барањето за нивна екстрадиција со одлука на Врховниот суд на Грција.³

Помилувањата на Иванов за разлика од тој случај имаат двоен проблем со овластувањето на претседателот. Покрај проблемот со спорната можност за помилувања без претходна процедура во Министерството за Правда на РМ, Претседателот Иванов де факто даде амнестија, за што според Уставот на РМ не е овластен. Додека помилувањето е дизајнирано како корекција на правдата во поединечни случаи (чл. 84 од Уставот на РМ), амнестијата се однесува на поголем број лица, врзано со определен настан (како, на пример, граѓанска војна, вооружен бунт и сл.), па заради својот обем и значење е оставена единствено на Парламентот (Собранието на РМ), каде можноста за злоупотреби е по природа на нештата (институцијата) сведена на минимум. (Чл. 68 од Уставот на РМ). Квантитетот на одлуките - 56 поединечни одлуки, исто така, укажува дека се работи за амнестија, а не за помилување.

1 Case of Lexa v. Slovakia, 54334/00 Judgment (Merits and Just Satisfaction) 23/09/2008 <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-88531%22%7D>

2 ЗКП („Службен весник на Република Македонија“ бр. 150/2010 и 100/2012), јасно го уредува правното дејство на даденото помилување во кривичната постапка. Во таков случај, тоа е една од основите за: отфрлање на кривичната пријава (член 288 став 1); запирање на истражната постапка (член 304 став 1 алинеја 2); донесување на пресуда за одбивање на обвинението каде обвинетиот бил ослободен од кривично гонење со помилување (член 402 точка 6); постоење на повреда на Кривичниот законик како жалбен основ кога гонењето е исклучено поради помилување (член 416 точка 3); преиначување на правосилна пресуда без повторување на постапката со која за повеќе кривични дела е изречена единствена казна која не би можела да се изврши во еден дел поради даденото помилување (член 447 став 1 точка 4); и поднесување на барање за повторување на кривичната постапка откако осудениот ја издржал казната без оглед на помилувањето (член 451 став 2).

3 Судот во Атина нашол дека помилувањата не можеле да се повлечат ниту поништат со повикнување на подоцнежен закон, бидејќи тие не може да имаат ретроактивно дејство на штета на обвинетите: <http://360stepeni.mk/article/792/prevod-na-presudite-na-grchkiot-sud-so-koi-se-odbi-baranjeto-za-ekstradicija-na-grujevski-i-boshkovski>

Врз основа на констатираните слабости на процедурата за помилување и бројните критики на домашната и меѓународната јавност, Претседателот на Република Македонија во два наврати ги отповика сите дадени одлуки за помилување, но како причина за истото беа наведени политички а не правни причини!

Во евентуална постапка во Стразбур државата би требало да се обиде да го убеди судот дека ова не се ситни и изолирани случаи на злоупотреби, туку дека се работело за сериозна и организирана злоупотреба на власта со масовно кршење на човековите права (масовно прислушкување, полициска бруталност, злоупотреби на судството и сл.) констатирани во низа извештаи на домашни, странски и меѓународни владини и невладини организации и сл. документи како т.н. Прибе извештај, но утврдено и со низа судски пресуди. Се чини дека досега ваков случај како нашиот (случај на т.н. „заробена држава“ со власта одн. политичката елита како организирано злосторничко здружување) не е тестиран пред меѓународните судови, што секако ќе ја отежнува евентуалната одбрана на нашата влада и агентот во можните постапки пред судот во Стразбур.⁴

Овие можни аргументи во корист на Р. Македонија во можната постапка пред судот во Стразбур се ослабнати со фактот дека помилувањата се повлечени без констатирана незаконитост или пречекорување на овластувањата. Судот на државните органи гледа како една страна, и во таа смисла постапките на сите државни органи, вклучително и на Претседателот на државата се гледаат критички наспроти правата на поединецот, па нема да биде едноставно да се покаже дека претседателот на државата бил во некаква конспирација со оние кои формално ќе се јават како жртви на постапките на државата.

Сето ова можеби ќе беше полесно видливо ако против политичката елита од претходната власт имаше едно (сложено) обвинение, можеби и со вклученост на самата политичка партија ВМРО-ДПМНЕ, но тоа не беше едноставно изводливо во условите под кои работеше СЈО (мислиме пред сè на кусите рокови и целиот отпор на државните органи кон нивните истраги). Дополнително, ќе беше (по)добро ако домашните судови собереа сили аргументирано да одговорат на барањата на одбраната постапките да се запрат по донесените помилувања (СЈО ова само го премолчи, исто како и судовите по повод истакнувањето на помилувањата во приговорите против обвинителните акти).

Аргументот на којшто му се посветува многу внимание од домашните правници, поврзан со контроверзата дали укинат член од Уставот на кој се повикал Претседателот во спорните помилувања може „да се врати“ во правниот поредок со интервенција на Уставниот суд на РМ, можеби ќе биде тежок да се разбере од страна на меѓународни или странски судови, што не значи дека треба сосема да се потцени. Со оглед на тоа што Уставниот суд донесе укинувачка, а не поништувачка одлука, во домашната јавност се спори дали со укинувањето на Законот од 2009 година, може да се врати во сила одредбата од членот 11. Според едни, претходната одредба е веќе дерогирана со новиот закон кој е укинат.⁵ Но, со укинувачката одредба не се оживува старата одредба на законот која веќе била укината.⁶ Во нашиот Устав навистина нема одредба за враќање во сила на укинатата одредба. Од друга страна, се прави разлика меѓу ефектот на поништувачките и укинувачките одлуки. Ако законот е поништен, во тој случај претходните одредби се враќаат во сила. Во случај на поништувачка одлука на Уставниот суд, дерогативниот ефект на законот кој е поништен како неуставен, се отстранува и затоа се враќа во сила претходниот закон. Според ваквото теоретско објаснување со укинувачката одлука на Уставниот суд не се враќа во живот одредбата од членот 11 од Законот од 1993

4 Меѓународното право и практиката на меѓународните судови смета дека амнестијата и помилувањето не треба да попречуваат одговорност за сериозни повреди на човековите права од кои експлицитно, како пример, се споменуваат тортурата, вонсудски егзекуции и воените злосторства. Види: Case of *Marguš v. Croatia* (Application no. 4455/10) 13 November 2012; *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, no. 32446/96, § 55, 2/ 11/ 2004; *Lexa v. Slovakia*, § 96-99, 139.

5 Вака, на пример, тврди Министерството за правда во барањето за екстрадиција на поранешниот премиер Никола Груевски упатено до Република Унгарија.

6 Дека одредбата од чл. 12 важела тврдеа и некои правни експерти. Така, на пример, проф. Каракамишева во едно правно мислење приложено во дебата на Правниот факултет „Јустинијан први“ во Скопје одржана по повод спорните помилувања на претседателот.

година, што значи дека претседателот немал правна можност да даде помилување без спроведување постапка врз основа на тој член. Според проф. Шкариќ, поништувачките одлуки ги укинуваат само последиците од поништените норми, но не ги враќаат нормите во сила. Во сила може да ги врати само Собранието на РМ. И самиот Уставен суд со претходно донесено решение во друга постапка наведува дека „Уставниот суд не е надлежен да врши законодавна функција и да нормира прописи со враќање во сила на оние кои повеќе не се во правниот поредок, ниту пак, има процесни претпоставки да постапува по иницијативата, односно да ја цени уставната основаност на бришаните одредби и од друга страна уставната основаност на одредбите со кои тие биле бришани од Законот, како и оправданоста на овие законски решенија“.⁷

Решение У. бр.96/2016 со кое се признава важењето на член 11 од Законот за помилување

На седницата одржана на 21.03.2018 година, Судот со мнозинство гласови донесе Решение У.бр.96/2016 за отфрлање на иницијативата за поведување на постапка за оценување на уставноста на член 11 од Законот за помилување („Службен весник на Република Македонија“ бр.20/1993) согласно член 28 алинеја 2 од Деловникот на Судот, односно од причини што Судот веќе одлучувал за истата работа (Решение У.бр.144/1999 од 15.09.1999 година кога не повел постапка), а нема основи за поинакво одлучување.⁸ Со оваа контроверзна одлука (во форма на решение) Уставниот суд спротивно на претходната практика за дејството на укинувачките одлуки, се чини намерно носи противречна одлука со цел да потврди дека смета дека чл. 11 од Законот за помилување постои во правниот поредок, сè со цел да даде политичка поддршка на Претседателот Иванов.

Со ваквото толкување не се согласија некои судии на Уставниот суд, кои како и поголемиот дел од правната јавност сметаа дека тоа што Уставниот суд со Одлуката У.бр.19/2016 од 16 март 2016 година со која го укина Законот за изменување и дополнување на Законот за помилување („Службен весник на Република Македонија“ бр. 12/2009) вклучително и членот 10 со кој се брише членот 11 од Законот не смее да се толкува на начин што би имплицирал дека Судот го вратил во правниот поредок избришаниот член 11 од Законот за помилување. Напротив, тие тврдат дека во вакви ситуации, според уставно-судска практика Судот секогаш ја отфрлил иницијативата за оценување на уставноста на одредби од закони што биле избришани од страна на законодавецот, бидејќи таквите одредби не може да бидат предмет на уставно-судска оценка затоа што не се дел од правниот поредок, што согласно согласно член 28 алинеја 3 од Деловникот преставува процесна пречка за одлучување.⁹

⁷ Решение на Уставен суд У.број 97/2011 од 29.02.2012 год.

⁸ Види <http://ustavensud.mk/?p=14218>

⁹ Види Извдвоено мислење на судиите С. Мурати и Н. Хајдари: <http://ustavensud.mk/?p=14220>

Наместо заклучок

Може да се очекува дека постапките на СЈО допрва ќе најдат на искушенија во идните очекувани постапки пред Европскиот суд за човекови права во Стразбур, тогаш откако ќе се исцрпат сите правни лекови во домашното право. Но соодветен одговорна ова сложено правно прашање Република Македонија ќе треба да даде и по повод можните постапки за екстрадиција како онаа во Грција. Навистина, случајот *Lexa v. Slovakia* им одговара со основното наоѓање дека државата не може да си поигрува со судбините на луѓето, па ако им биде дадено помилување или амнестија од надлежен државен орган согласно со Устав и закон не може да си поигрува со нивните судбини. Во таа смисла, се смета дека овие акти на милост се дадени од одговорен државен орган.

Подобро ќе беше нашите судови кои одлучуваа по ова прашање (на пример, по повод приговорите против обвиненијата) да изнесеа некаква аргументирана правна аргументација во оваа смисла, наместо проблемот да го решат така што ќе го стават „под тепих“.

Полесно ќе беше и ако повлекувањето на помилувањата беше проследено со каква било правна (или барем политичка) квалификација на помилувањето како неуставно и незаконито, односно како умисла на злоупотреба на службените овластувања на претседателот на државата. Можеби не е доцна Иванов конечно да одговара за сопствените постапки и против него да биде поведена постапка на импичмент согласно Уставот или можеби кривична постапка.

Повреда на правото на еднаквост и слобода на движење

Анализа на адвокат *Александар Гоцо* на пресудата *Рев2.бр.227/2016* од Врховен суд на Република Македонија.

Факти за случајот¹⁰

Тужителот е државјанин на РМ, по националност ром, а по занимање музичар, кој работи со музичка група и повеќе пати патувал во странство. Тужителот на ден 25.10.2014 година со автобуски превоз пристигнал на граничниот премин Т., а се упатил во В. за да го посети тешко болниот роднина А.. При контрола на патната исправа на тужителот од овластениот полициски службеник на МВР, тужителот одговорил дека со себе носи 580 евра. На тужителот не му бил вратен пасошот, а исто така и на други три лица од Прилеп кои немале уредна документација и на истите не им било дозволено да ја преминат државната граница. Пониските судови утврдиле дека од страна на сведокот И.Д., за предметниот настан била составена службена белешка бр.25.7-7/6743 од 26.10.2014 година, Сектор РЦ за ГР С. ПС за ГП - Т., во која стоело дека на 26.10.2014 година во 01,15 часот на ГП - Т. согласно член 15 став 4 од Законот за гранична контрола и закана за јавната политика и меѓународни односи на РМ со држави членки на ЕУ не е дозволен излез од РМ на лицата Фазли Демировски од Б., А.Х., Ф.Б. и Н.Б., тројцата од П., кои лица допатувале со автобус „Ман“, сопственост на Т.Т. С.. По извршени ГП и проверка во ОЕ бил извршен разговор со лицата кои изјавиле дека патуваат за А., по нивен исказ ќе престојуваат околу 30 дена, но не поседуваат покана или писмена гаранција, ниту хотелска резервација, не поседуваат парични средства за планираниот престој и даваат неточни податоци за целта и околностите на патувањето и престојот во странство што наведува на констатација дека истите се со намера во некоја од земјите на ЕУ да бараат азил, поради што не им бил дозволен излез од РМ. На тужителот не му бил издаден документ со образложени причини, дека не му се дозволува поминување на државната граница. По една недела на тужителот му било дозволено да ја премине државната граница. Тужителот сметајќи дека само поради тоа што е припадник од ромска националност не му бил дозволен излез му е повредено правото на еднаков третман, поради што ја поднел предметната тужба.

Постапка пред пониските судови

Со првостепена Пресуда на Основен суд Берово, утврдена е повреда на правото на еднаквост со недозволување да се премине државната граница. По жалба на Државното правобранителство, Пресудата е преиначена и барањето е одбиено а поради тоа што Тужителот не ги исполнувал условите потребни за патување на наведената дестинација, Овластените службени лица имале законско овластување при вршење гранична контрола дополнително да ја вршат и согласно Регулативата ЕЗ.бр. 562/2006 на Европскиот парламент и член 5 т.ц од Шенген Бордер Код. Тужителот поднел Ревизија до Врховниот суд. Ревизијата е одбиена со Пресуда на Врховниот суд на Македонија Рев.2.вр 227/2016 од 27.01.2016 година. Предмет на оваа анализа е пресудата на Врховен суд, нејзина структура, форма и содржина.

¹⁰ Фактичката состојба е земена од самата Пресуда на Врховниот суд, која претставува сублимирана верзија веродостојно ги отсликува онака како што е утврдена од пониските судови.

Контекст

Поширокиот контекст на овој случај оригинира во времето кога визниот режим кој што беше на сила кон граѓаните на Република Македонија, беше подигнат. Визната либерализација доведе до тоа да има драматично зголемување на патници од Република Македонија кон земјите членки на Шенгенскиот виза систем. Многумина во олеснетниот начин на патување видоа можност не само за подолг престој во странство, туку и за економска миграција, па се до барања за азил во странските држави со цел истите да се населат таму.

Образложение на Пресуда на Врховен суд

Границите на образложението на Одлука на Врховниот суд се поставени со процесниот закон за парнична постапка.¹¹ Иако се очекува од Врховниот суд да дава поисцрпни образложенија, особено кога се работи за највисок суд, генералната перцепција е дека Врховниот суд дава понекогаш кратки образложенија на своите одлуки наспроти понекогаш исцрпни ревизиски наводи. Контемпорарната пракса на ЕСЧП во делот на образложение на судска одлука е на ставот дека “гаранциите кои се вградени во член 6(1) на ЕКЧП во себе ја содржат и облигацијата на судовите да дадат доволно причини за нивните одлуки.¹² Образложена судска одлука демонстрира на странките дека нивниот случај бил навистина разгледан.”¹³

Предмет на испитување од страна на Врховниот суд не се само одлуките на пониските судови, во конкретен случај Пресудата на Апелациониот суд со која е преиначена првостепената позитивна пресуда, туку и самиот вонреден правен лек кој практично го иницира Врховниот суд да може да постапува. Содржината на Ревизијата во огромна мерка го детерминира постапувањето на ревизискиот суд.¹⁴

Во овој контекст, поднесената Ревизија наводите за суштествени повреди преку неправилна анализа на фактите и доказите ги користи како претекст за сторените суштествени повреди, па така и Врховниот суд во своето образложение фактите етаблирани и утврдени од пониските судови ги зема за точни и правилно утврдени. Сепак, Врховниот суд нотира дека изјавените ревизиски наводи согласно член 343 став 1 вв со член 8 од ЗПП (кој пак го пропишува слободното судиско убедување во оцената на доказите)¹⁵, не се основ за напаѓање на Пресудата на Апелациониот суд и тоа ниту може да се напаѓа оценката на изведените докази, ниту пак правилноста на утврдена фактичка состојба, дотолку повеќе ако се има во предвид дека второстепениот суд во целост на прифатил утврдената фактичка состојба од првостепениот суд.¹⁶ Со ова образложение, Врховниот суд ги става *ad acta*, наводите за сторени суштествени повреди.

¹¹ Член 384 од ЗПП

¹² (H. v. Belgium, § 53)

¹³ (Suominen v. Finland, § 36; Carmel Saliba v. Malta, § 73).

¹⁴ Член 377 од ЗПП

(1) Во ревизијата странката треба точно да ги наведе и образложи причините поради кои е изјавена.

(2) Ако ревизијата од членот 372 ставови (2) и (3) на овој закон е изјавена од причина која не е дозволена или е изјавена од причина поради која е дозволена, но која не е образложена, односно ако ревизијата од членот 372 став (4) на овој закон не е изјавена од причина која второстепениот суд ја допуштил, судијата поединец, односно претседателот на советот на првостепениот суд ќе ја отфрли со решение без претходно да ја повика странката да ја дополни.

(3) Ревизискиот суд ја испитува побиваната пресуда само во оној дел во кој таа се побива со ревизијата и во границите на причините кои се точно наведени во ревизијата.

¹⁵ Член 8 од ЗПП

Кои факти ќе ги земе како докажани одлучува судот по свое убедување врз основа на совесна и грижлива оценка на секој доказ посебно и на сите докази заедно, како и врз основа на резултатите од целокупната постапка.

¹⁶ Пресуда на Врховен суд на Македонија, Рев.2.бр.227/2016 од 26.10.2017, страна 2, пасус 4

Ревизиски наводи за сторени суштествени повреди

Врховниот суд со еден пасус ги одбива како неосновани ревизиските наводи за суштествени повреди, поради јасност и разбирливост на пресудата која се напаѓа (Пресуда на Апелациониот суд Штип Гж.бр.1243/15 од 27.01.2016 година).¹⁷

Како што укажавме погоре, границата на испитување на нападнатата пресуда се ограничува со она што е истакнато во ревизијата, која мора да биде помеѓу останатото образложена.¹⁸ Со оглед дека ниту понискиот суд ниту Врховниот суд не ја отфрлиле поради овој основ, значи дека истата ги содржи формалните и субстантивни елементи според кои по неа може да се постапува-значи била образложена. Сепак, и покрај тесниот опсег на испитување по однос на суштествените повреди, Врховниот суд освен во еден пасус, не се задржал на подетално давање на одговори на ревизиските наводи во овој дел.

Ревизиски наводи за погрешна примена на материјалното право

По однос на ревизиските наводи за погрешната примена на материјалното право Врховниот суд дава малку подетално образложение, со тоа што разбирливо се осврнува и на утврдените факти на поранешните судови, како извор на правна аргументација за аплицирање на материјалното право од страна на пониските судови, со кое *obiter* се согласува и Врховниот суд.

Интересно е и заслужува внимание што ревидиентот се повикува *inter alia* и тоа во делот на примена на правото на неможност домашните судови да се повикуваат на регулативи на Европската унија, како извор на правото, се додека Република Македонија не стане членка на Унијата. Во таа насока ревидиентот цитира и извадоци на овој пропис со теза дека Македонија не е членка на Шенгенскиот сојуз и тоа не претставува ратификуван документ согласно Уставот односно регулативите согласно член 288 од Договорот за фуинкционирање на Евроипска Унија се обврзувачки само за држави членки на ЕУ.

Врховниот суд во образложение во 2 пасуси за примената на материјалното право не се осврнува на овие ревизиски наводи, иако ревидиентот се повикува на чисто право прашање не само од аспект на примена на право, туку и примена на кое право и кој пропис, ако се има во предвид дека цитираниот пропис не потекнува од Република Македонија, и кој, според ревидиентот има во најмала рака дискутабилен *vacatio legis*.

Останати ревизиски наводи

Како и во останати случаи, Врховниот суд користи воспоставена терминологија и во други случаи, со која наведува дека "...ги ценеше и останатите наводи во ревизијата, но најде дека истите не се од влијаие за поинакво одлучување".¹⁹

¹⁷ Ibid, страна 2, пасус 5

¹⁸ Член 383 од ЗПП

- (1) Ненавремената, нецелосната, необразложената или недозволената ревизија ќе ја отфрли судијата известител на ревизискиот суд со решение, ако тоа не го сторил во границите на своите овластувања првостепенит суд.
- (2) Ревизијата поднесена против второстепена пресуда од членот 372 став (4) на овој закон ќе ја отфрли со решение судијата известител, а ако тој тоа не го сторил, советот на ревизискиот суд, ако утврди дека таа не е изјавена поради правно прашање заради кое е дозволена.
- (3) Ревизијата изјавена против второстепената пресуда од членот 372 став (4) на овој закон советот на ревизискиот суд нема да ја отфрли и доколку оцени дека правното прашање поради кое таа е изјавена не е важно за обезбедување на единствена примена на законот и уедначување на судската практика.

¹⁹ Ibid, страна 4, претпоследен пасус.

Меѓутоа, не е лесно да се идентификуваат кои се тие останати наводи, кои биле предмет на проверка и што е уште поважно, зошто Врховниот суд нашол дека тие не се од влијание за поинакво одлучување. Ова примарно поради фактот што Врховниот суд не дава ниту одговор на прашањето кои всушност ревизиски наводи точно биле предмет на испитување, за можеби полесно да се дојде до одговорот кои се “останатите”.

Се чини дека Врховниот суд не се задржува толку на испитување на наводите истакнати во Ревизијата, колку што ја испитува Второстепената пресуда, која што во конкретниов случај е нападната со вонреден правен лек. Отсуствува подетално наведување на ревизиските наводи, нивна дискусија и заклучок зошто ревизиските наводи се неосновани, особено во делот на суштествените повреди наведени погоре, но исто така и во делот на погрешната примена на материјалното право.

Заклучок

Се чини, на крајот, дека Пресудата на Врховниот суд според законодавството на Република Македонија и од формална страна е во согласност со домашното законодавство и востановената судска пракса, пред се од формален аспект. Меѓутоа, примената на правото и сфаќањата за образлагање на судска одлука, онака како што се поставени со правното резонирање на ЕСЧП и очекувањата на литигантите може да се гледа протолкува дека не се запазени во онаа мера и со она правно резонирање кое го бара ЕСЧП од една страна, но и потребата да се даде пообразложена судска одлука особено за прашања кои тангираат основни човекови права и апсолутни принципи како недискриминација, од друга.

Предметот на овој спор е дискриминација. Во сегашниот степен на развото на човештвото и општеството, тоа се смета за апсолутно недозволена општествена појава. Затоа особено кога се повикани да решаваат за прашањата кои задираат основни човекови признати права (како во случајов на дискриминација) обврската на судовите да даваат образложени судски одлуки е дотолку поголема, од причина што забраната и заштитата од дискриминацијата се наоѓаат на највисокото место заедно со останатите човекови права признаени денес.

Дотолку повеќе, што веќе постои судска пракса на правосилни пресуди со кои во речиси идентични а во секој случај слични случаи е утврдено правото на еднаков третман пред судовите во Република Македонија, што го става во позиција Врховниот суд да обезбеди единство во примената на законите кое е и уставно начело.²⁰

²⁰ Член 101 од Уставот, Член 37 од Законот за судовите.

Позитивен исчекор во заштита на слободата на мислење, совеста и верата како и слободата на собирање и здружување

Анализа на судија *Владимир Атанасов*, судија на Врховниот суд на Република Северна Македонија - во пензија, на пресудата на Европскиот суд за човекови права од 29.11.2018 година, а по тужбата број 35700/11 на Црквата на вистински православни христијани против Република Македонија.

Опис на случајот

Анализата се однесува на случај кога седум лица од Прилеп го основаа здружението на тужителот, кои при основањето усвоија неколку документи кои се однесуваат на здружението на тужителот и целите на истото, на објавувањето литература со православна содржина и формирањето фондови како и тоа од каде ќе се формираат фондовите и од каде ќе се финансира црквата. На 10.05.2010 година судот за регистрација со Решение РЕГ. РГ-18 од 10.05.2010 година го одби барањето на тужителот за упис во надлежниот регистар на цркви, верски заедници и религиозни групи.

Судот притоа утврди дека бараната регистрација согласно законот (Сл. Весник на РМ бр 113/07 од 20.09.2007 година) е само од формални причини, додека во пракса тужителот ќе функционира како здружение на граѓани, согласно законот за здружение на граѓани.

Исто така судот смета дека членовите 9 и 10 од повелбата одредувале дека здружението на тужителот ќе објавува литература со религиозна содржина и ќе прави фондови кои според судот се спротивни на целите од став 2 од наведениот закон од 2007 година.

Во таа смисла беше наведено дека членовите 14 и 27 од повелбата одредуваат дека здружението на тужителот ќе биде финансирано од економски активности-стопанска дејност што е спротивно на член 33 од наведениот закон од 2007 година. По однос на членот 7 и 8 од наведениот закон од 2007 година судот прифаќа дека регистрацијата на тужителот ќе ја прекрши слободата на религијата на сите физички лица-верници и слободата на религијата преку веќе регистрираните религиозни заедници и подробно законскиот правен статус на други регистрирани доброволни здруженија на физички лица и нивните тела. Слободната манифестација на религијата не може да ги загрози човековите права и слободи на другите. На 16.12.2010 година со Решение ГЖ-3203/10 Апелациониот суд во Скопје ја потврди одлуката на понискиот суд утврдувајќи дека причините кои се дадени се јасни и издржани. Судот заклучува дека тужителот ќе работи за профит што е спротивно на член 33 став 2 од Законот од 2007 година.

Релевантен домашен закон

1. Уставот кој во член 110 став 3 стои дека „Уставниот суд на Република Македонија ги штити слободите и правата на човекот и граѓанинот што се однесуваат на слободата на уверувањето, совеста и мислата и јавното изразување на мислата, политичкото здружување и дејствување и забраната на дискриминација на граѓаните по основ на пол, раса, верска, национална, социјална и политичка припадност“.
2. Законот за правната положба на црква, верска заедница и религиозна група број 113/07 од 20.09.2007 година, во кој закон стои дека „Црква, верска заедница и религиозна група во смисла на овој закон е доброволна заедница на физички лица кои со своето верско убедување и изворите на нивното учење ја остваруваат слободата на вероисповедта соединети по вера и идентитет изразен со поддеднакво извршување на богослужба, молитва, обреди и друго изразување на верата“.

Во членот 8 од овој закон стои дека „со закон може да се ограничи слободата на изразување на религијата или убедувањето доколку тоа е неопходно во интерес на јавната сигурност, поредокот, здравјето, моралот и заштита на правата и слободите на другите“. Во член 9 од законот се наведува дека „црква, верска заедница и религиозна група се запишуваат во Единствениот судски регистар на црквите, верските заедници и религиозните групи со што стекнуваат својство на правно лице“. Црквите, религиозните заедници и религиозните групи внесуваат и изнесуваат печатен материјал во согласност со закон, а црквите, религиозните заедници и религиозните групи можат да добијат приход од сопствени средства, приватни филантропи, донации и други извори на приходи, и тие се непрофитабилни организации.

Релевантен домашен случај

Домашната пракса која се однесува на сегашниот случај, е опишан во случајот на Православната охридска архиепископија (Грчка Православна Охридска Архиепископија на печката патријаршија) против Република Македонија која жалба носи број 3532/07, а пресудата во овој предмет е од 16.11.2017 година. Судот во овој предмет смета дека начинот на кој домашните власти го одбиле признавањето на здружението жалител како и религиозна организација не може да се прифати како неопходно во едно демократско општество. Со тоа повреден членот 11 и членот 9 од Конвенцијата за човекови права.

Пресуда

Судот прифати дека има мешање на правата на асоцијацијата на тужителот по член 11 во однос на член 9 од Конвенцијата, која резултираше со одбивање на здружението на апликантот да биде спречено да добие правен статус и да добие можност да ужива ефективно во правата кои се за признатите религиозни организации.

Во таа смисла се утврдува дека домашните судови во нивните одлуки се навраќаат на неколку формални разлики во оправдувањето на одбивањето да се регистрира здружението на тужителот. Судот не е убеден дека повелбата не е соодветна со делот од член 13 од законот од 2007 година или најмалку не беше јасен нивниот увоз-извоз за законот од 2007 година и особено членовите 31 и 32 кои дозволуваат религиозните здруженија да објавуваат материјал и да добиваат приход од нивните сопствени приходи

и други извори на приходи. Останатите основи на кои се донесени одлуките на судовите се однесуваат на наоѓањето на домашните судови дека регистрацијата на здружението би ги нарушило слободите на религијата на другите верници кои дејствуваат во веќе регистрираните религиозни правни субјекти, меѓутоа судот во Стразбург забележува дека тоа е заклучок кој е од генерална природа и не е поддржан со факти. Дали владата оди на тоа дека тоа е Македонската Православна Црква и нејзините следбеници, тие не обезбедуваат доволно објаснувања дека ќе ја задоволуваат употребата на мерки кои би ги спречило тужителите разбирливо и неусловено да започнат со било каква активност.

Од тука врз база на горенаведеното судот за човекови права во Стразбург заклучува дека не може да се каже дека причините кои се дадени од националните судови се РЕЛЕВАНТНИ и ОПРАВДАНИ за да се оправда мешањето во овој случај. Според тоа, наведеното одбивање да се регистрира здружението на тужителот како религиозно здружение не може да се прифати како потребно во демократско општество. Судот во Стразбург утврди дека во конкретниот предмет со тоа што националните судови не извршија упис во надлежниот регистар на апликатот има ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 11 ВО ВРСКА СО ЧЛЕН 9 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА, и досуди нематеријална штета во износ од 3.000 евра.

Врз база на се погоре изнесено може да се заклучи:

Слободата на уверувањето има највидлив израз во сферата на религијата и на политичката определба. Во однос на религијата тоа значи слобода на човекот да прифати или одбие секаква религија, да пристапи кон определена вера или да ја смени верата, што во нејзиното остварување значи реализација на човекот како слободна личност без страв и опасност од државен, верски или политички прогон поради своето уверување и неговото искажување. Уставните одредби што се однесуваат на слободата на мислата треба да се сметаат како уставно-правна и политичко-демократска определба за слобода што го гарантира јавното изразување на мислата. Слободата на вероисповеста се остварува преку Уставот. Имено секому му се гарантира слободно и јавно, поеднично или во заедница со други да ја изразува верата. Слободата на вероисповеста и правото на слободно изразување на верата треба да е својство на секоја држава во демократијата.

Таа е потврда на уставно утврдената еднаквост на граѓаните без оглед на верското уверување како и на слободата на уверувањето и на совеста и оваа слобода го изразува правото на секој граѓанин да припаѓа на која и да е вера и да го спроведува нејзиното учење, но и правото да не припаѓа на ниедна религија. Смеслата и суштината на слободата на вероисповеста од една страна е во апсолутната забрана на државата да не дозволува постоење на вероисповест или да забранува некои вероисповести, а од друга страна со ништо не може да се ограничи правото на секој човек да се определува за религија и да не припаѓа на ниту една религија. Во однос меѓу верниците и атеистите мошне значајно е што атеистите не можат и не смеат да преземаат какви било акции против верата и верниците што би се косело со принципот според кој никој не може да користи слободи и права на штета на другиот и без почитување и признавање на тие слободи и права. Со правото на слободно здружување се уредува комплексот на слободата на здружување со тоа што на граѓаните им се гарантира слобода на здружување заради остварување и заштита на нивните социјални, културни и други права и уверувања.

Граѓаните треба слободно да можат да основаат здруженија, да пристапуваат кон нив и од нив да истапуваат. Програмите и дејствувањето на здруженијата на граѓаните не можат да бидат насочени кон насилно уривање на уставниот поредок и на државата.

Здруженијата на граѓаните можат да бидат разновидни и во тој поглед секако ќе биде упатно да се почитува практиката на постоење на различни култури. Современото сфаќање на човековите права почива на ставот да човекот е автономно, рационално битие и во согласност со тоа е способен и слободен да самостојно мисли и да ги штити и менува убедувањата. Со други зборови и сосема едноставно човечкото битие може да мисли што сака и не смее да се казнува ниту вознемирува заради содржината на мислите и колку и тие да се неприфатливи за друштвото и останатите луѓе. Членот 9 од Европската конвенција утврдува дека „секој има право на слобода на мислите совеста и вероисповеста“. Оваа слобода е широка и асполутна, без оглед на содржината на мислите и не може да се ограничи под било кој услов. Ограничувањата можат да се наметнат само кога станува збор за нивното искажување што значи не само за мислењето туку и за јавното постапување. Според тоа никој не смее да се примора да ги открие своите мисли и убедувања и тоа не се однесува на примената на насилство, вклучувајќи ја и забраната за мачење и слично постапување туку и на секое доведување во неповолна положба поради неодстранување на своите убедувања.

Слободата на мисли, совест и вероисповест е непотполна доколку човекот не може да постапи во склад со своите мисли и по наодите на својата совест или вера.

Согласно одредбите на Европската конвенција за човекови права секој има право своето убедување да го искаже јавно или приватно, сам или во заедница со други. Слободата на искажување на убедувањето има нагласена колективна димензија која опфаќа заедничко настапување на истомисленици. Колективниот вид на ова право во врска со религијата е многу важно и има елементи на слободно здружување. Во многу вери суштината на обредот е во присуство и учествување на поголем број на луѓе. Слободата на мислите и вероисповеста подразбира право и да се промени секое убедување вклучувајќи го тука и верското, меѓутоа по природата на нештата верските заедници и нивните старешини доста се нетолерантни према отпадниците од верата. Предуслов за уживање на слободата на вероисповест е политиката на верска толеранција за која мораат да водат сметка државите чие население припаѓа на различни религии. Со оглед на тоа, за верниците религијата не е само филозофски став и поглед на светот туку одредува и начин на живот и моралните правила можат многу силно да влијаат и на нерелигиозните луѓе и мора во секоја прилика да се води сметка да од граѓаните не се бара да постапуваат спротивно на своите верски уверувања и обичаи освен ако тоа нивно искажување не ги навредува правата на други или законските интереси на заедницата. Во многу држави па и во повеќето европски земји со исклучок на Франција, верските заедници мора да се регистрираат. Државата така одлучува заради легално постоење на верските заедници бидејќи по тој повод може да настанат спорови поради опасност да се загрози и слободата на вероисповеста.

На крај според член 118 од Уставот на Република Северна Македонија меѓународните договори што се ратификувани во согласност со Уставот се дел од внатрешниот правен поредок и не можат да се менуваат со закон.

Во таа смисла во член 46 од Европската Конвенција за човекови права стои дека договорните страни се обврзуваат дека ќе се придржуваат кон конечните пресуди на судот во кои се странки во спорот.

Анализа за право на ревизија за спорови од мала вредност

Анализа на судија *Маргарита Цаца Николовска* на пресудите на *Решение Рев1.бр.249/2016* од 26.10.2017 година на Врховниот суд на Република Северна Македонија.

ФАКТИЧКА СОСТОЈБА

Тужениот КОДИ ДОО Скопје е приватно право лице кое основано во 1999 година во Скопје кое на 27.12.2002 година има потпишано два договори, Договор за продажба на деловен простор со тужителот Градски Трговски Центар Акционерско друштво за издавање на деловен простор под закуп-Скопје (ГТЦ АД Скопје) со што се стекнал со сопственост на реален дел од деловен простор и Договор за продажба на деловен простор со Градски Трговски Центар Акционерско друштво за издавање на деловен простор под закуп-Скопје со што се стекнал со сопственост на реален дел од деловен простор. Во двата договори е наведено дека со склучување на договорите, продавачот и купувачот изричито се согласни суштествен елемент на договорите да претставува обврската на купувачот да склучи и посебен договор за уредување на односите за користење и одржување на заедничките делови и функции на Градскиот Трговски Центар со Акционерското друштво а согласно Правилата за користење и одржување на заедничките делови и функции на Градскиот трговски центар АД Скопје. Тужениот никогаш нема потпишано таков посебен договор за ниту еден од двата деловни простори.

На 21.05.2012 година, тужителот ГТЦ АД Скопје до надлежен нотар има поднесено Предлог за донесување на решение со кое се дозволува извршување врз основа на веродостојна изјава УПДР бр. 1898/12 за пристигнато парично побарување во износ од 282.772,50 денари врз основ на веродостојна исправа за користење и одржување на заедничките делови и функции на Градскиот Трговски Центар со Акционерското друштво. Врз основа на предлогот, надлежниот нотар на 21.06.2012 година има донесено Решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа УПДР бр. 1898/12 против кое тужениот поднел навремен приговор поради тоа што не е во деловни односи со тужителот и бидејќи тужителот не вршел услуги односно одржување на заеднички делови каде се наоѓаат деловните простори кои се во сопственост на тужениот, како што било наведено во фактурите.

Надлежниот нотар го доставил предметот до Основниот суд Скопје 2 Скопје кој на 08.07.2014 година донел Пресуда 13 ПЛ1-2188/12 со која приговорот на тужениот бил усвоен и Решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа УПДР бр. 1898/12 се укинува и тужбеното барање на ГТЦ АД Скопје како тужител било одбиено како неосновано.

Против Пресуда 13 ПЛ1-2188/12 од 08.07.2014 година на Основниот суд Скопје 2, тужителот ГТЦ АД Скопје поднел жалба до Апелацискиот суд Скопје. Апелацискиот суд Скопје постапувајќи по жалбата и одговорот на жалбата, на 24.03.2016 година донел Пресуда ТСЖ-2973/14 (Прилог 10) со која жалбата на тужителот ГТЦ АД Скопје ја усвоил и ја преиначил Пресуда 13 ПЛ1-2188/12 од 08.07.2014 година на Основниот суд Скопје 2 на начин на кој Приговорот на тужениот го одбил како неоснован, а Решението за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа УПДР бр. 1898/12 го оставил во сила.

Тужениот против Пресудата ТСЖ-2973/14 од 24.03.2016 година, на 17.05.2016 година поднел навремен вонреден правен лек Ревизија до Врховниот суд на Република Македонија (Прилог 11) врз основа на членот 372 став 3 точка 6 од Законот за парничната постапка (СВРМ 79/2005, 110/2008, 83/2009, 116/2010, 124/2015). Со изјавената Ревизија против Пресудата ТСЖ-2973/14 од 24.03.2016 година, тужениот барал Врховниот суд на Република Македонија Ревизијата изјавена од тужениот да ја усвои, Пресудата ТСЖ-2973/14 од 24.03.2016 година да ја укине и преиначи на начин што ќе ја потврди Пресудата 13 ПЛ1-2188/12 од 08.07.2014 година на Основниот суд Скопје 2 односно Ревизијата да ја усвои и Пресудата ТСЖ-2973/14 од 24.03.2016 година да ја укине и предметот да го врати на повторно одлучување пред второстепениот суд и да го задолжи тужителот ГТЦ АД Скопје да ги плати судските трошоци и наградата на полномошникот.

Врховниот суд на Република Македонија постапувајќи по изјавената Ревизија на тужениот, на 26.10.2017 година донел Решение Рев1.бр.249/2016 со кое Ревизијата на тужениот ја отфрлил како недозволена. Во образложението на Решение Рев1. бр.249/2016 од 26.10.2017 година, Врховниот суд на Република Македонија навел дека во конкретниот случај предмет на спорот е долг во износ од 282.772,00 денари односно парично побарување кое не го надминува износот од 300.000,00 денари во смисла на членот 473 став 1 од Законот за парничната постапка „Во постапката во стопанските спорови, спорови од мала вредност се спорови во кои тужбеното барање се однесува на побарување во пари што не го надминува износот од 600.000 денари.“

Од тие причини со оглед дека станува збор за спор од мала вредност а во смисла на членот 438 став 4 од истиот закон во споровите од мала вредност не е дозволена ревизија следува дека ревизијата на тужениот да се отфрли како недозволена. Според Врховниот суд на Република Македонија, поаѓајќи од содржината на наведените одредби од Законот за парничната постапка а при утврден факт дека во конкретниот случај се работи за спор од мала вредност неспорно произлегува дека ревизијата е недозволена и не наоѓа примена членот 372 став 3 точка 6 од Законот за парничната постапка затоа што во главата Постапка во стопански спорови и Постапка во спорови од мала вредност постојат посебни одредби во однос на правото на изјавување на ревизија.

Решение Рев1.бр.249/2016 од 26.10.2017 година, Врховниот суд на Република Македонија е доставено до тужениот на 12.01.2018 година.

ПРАВО

Законот за парничната постапка во членот 372 се предвидуваат условите под кои може да се изјави ревизија како вонреден правен лек против правосилна пресуда. Во ставот 2 на членот 372 од ЗПП е предвиден општиот услов за ревизија кој утврдува дека “Странките можат да изјават ревизија против второстепена пресуда, ако вредноста на предметот на спорот на побиваниот дел на пресудата надминува 1.000.000 денари.” Освен општиот услов Законот за парничната постапка во ставот 3 и ставот 4 предвидува посебни услови согласно кои по исклучок на општиот услов секогаш е дозволена ревизија. Имено во ставот 3 од членот 372 од ЗПП е предвидено дека “По исклучок од ставот (2) на овој член, без оглед на вредноста на спорот, ревизијата секогаш е дозволена:

- 1) во спорови за издршка;
- 2) во спорови за надоместок на штета за загубена издршка поради смрт на давателот на издршката;
- 3) во спорови од работните односи по повод престанок на работен однос;
- 4) во спорови за заштита на авторско право освен за паричните побарувања по тој основ;
- 5) во спорови што се однесуваат на заштита и употреба на пронајдоци и технички унапредувања, мостри, модели и жигови и на правото на употреба на фирма или назив, како и во спорови од нелојален натпревар и монополистички однесувања освен за паричните побарувања по тие основи и
- 6) во спорови во кои во постапка по жалба второстепениот суд ја преиначил првостепената пресуда.

Во ставот 4 од членот 372 од ЗПП се предвидува дека “Ревизијата по исклучок е дозволена и против второстепена пресуда против која не може да се изјави ревизија според ставот (2) од овој член, ако второстепениот суд во изреката на пресудата што ја донел, тоа го дозволил. Второстепениот суд може да дозволи ревизија со конкретизирање на опфатот на правното прашање кое би се покренало пред Врховниот суд на Република Македонија, ако оцени дека одлуката во спорот зависи од решавање на некое материјално-правно или процесно-правно прашање важно за обезбедување на единствена примена на законот и воедначување на судската практика. Во образложението на пресудата второстепениот суд е должен да наведе заради кое правно прашање ја дозволил ревизијата и да ги наведе одлуките кои укажуваат на невоедначена примена на законот, како и да ги образложи причините поради кои смета дека ова е важно за обезбедување на единствена примена на закон и воедначување на судската практика.”

Но и покрај тоа што со членот 372 во ставовите 2, 3 и 4 се предвидуваат условите за користење на вонредниот правен лек ревизија, во ставот 5 од истиот член јасно се дефинирани ограничувањата без оглед на видот и вредноста на спорот кога изрично ревизијата не е дозволена. Имено ставот 5 од членот 372 од ЗПП предвидува дека “Одредбите од ставовите (2) и (4) на овој член не се применуваат во оние спорови за кои со овој или со друг закон изрично е одредено дека за нив ревизија не е дозволена.”

ПРАВНО МИСЛЕЊЕ

Врховниот суд на РМ кога ја донел одлуката за отфрлање на ревизијата имал во предвид само одредени членови од Законот за парнична постапка ЗПП, а тоа се тие кои се однесуваат за спорите од мала вредност особено член 438 став 4 од ЗПП.

Согласно овој член предвидено е дека ревизијата не е дозволена против правосилна одлука на второстепениот суд. Законодавецот во ЗПП, во овој член не прави разлика дали второстепениот суд ја потврдил првостепената одлука или истата ја преправил (преиначил). Ваквата неодреденост ја дава можноста за поинакво правно размислување од она што го има Врховниот суд и тоа во две насоки.

Првата насока ќе треба да го третира прашањето на флексибилно и широко толкување на одредбите од ЗПП со цел да се избегне ексцесивниот формализам, а со тоа да се имаат предвид сите одредби од ЗПП кои што би можеле да се применат на ова правно прашање.

Втората насока е овозможување на примена на веќе постојниот стандард „право на жалба“, без разлика како се именува тој правен лек, а кој овозможува разгледување на наводи меѓу другото кои не биле и не можеле да бидат предмет на разгледување кога станува збор за преиначена одлука.

Потребно е да се напомене дека ЗПП го употребува поимот општа парнична постапка што значи дека постојат и посебни парнични постапки што е факт и веднаш се поставува прашање дали општите правила не дозволуваат нивна примена над посебните и кое постапување е правилно. Општо прифатено мислење е дека примена на посебните правила не можат да ги елиминираат секогаш општите правила, посебните правила потребно е да се инкорпорираат во општите или да не бидат спротивни на истите.

Член 372 став 2 и став 3 точка 6 од ЗПП кој воопшто не е коментиран од страна на Врховниот суд во својата одлука предвидува дека ревизија против второстепена одлука може да се изјави ако вредноста на спорот надминува 1 милион денари, но по исклучок од овој член предвидува без оглед на вредноста на спорот ревизијата да е секогаш дозволена во спорови во кои постапката по жалба второстепениот суд ја преиначил првостепената одлука. Законодавецот дал можност ревизијата како правен лек да се изјави во услови кога вредноста на спорот не е релевантен услов со услов со второстепената пресуда да се преиначи првостепената пресуда, а во конкретниот случај овие услови се исполнети и затоа ревизијата треба да се дозволи. Очигледно дека законодавецот во членот 438 став 4 не се занимавал со прашањето на кој начин второстепениот суд ја третира првостепената одлука (потврдил или преиначил).

Доколку одлуката е потврдена, странките има основа ревизијата да се третира како недозволена што не е случај и со преиначување на првостепената одлука од причини што законодавецот одредил можност против таква одлука да се изјави ревизија.

Со ваквиот пристап се овозможува на незадоволната странка од преиначената одлука за прв пат истата да вложи правен лек на таа одлука, а и да се даде можност повисокиот суд да ги оцени нејзините „жалбени“ наводи.

Поставеноста на членовите 372 став 3 точка 6 и член 438 став 4 создава можност за различно размислување и за да се избегне конфузијата од такви размислувања, може да се размислува за појасна одреденост на членот 438 став 4 така што ќе се направи разлика во пристапот на потврдена, наспроти преиначена одлука во спорите од мала вредност.

Правно признавање на родовиот идентитет во Република Македонија

Анализа на *м-р Константин Битраков* на *Решение УИ.бр.16/2017* донесено од Управен суд на Република Македонија.

Воведни напомени

Овој документ служи како анализа на Решението УИ.бр. 16/2017 (во натамошниот текст: Решение) донесено од страна на Управниот суд на Република Македонија (во натамошниот текст: УС или Суд) на ден 25.09.2017 година. Станува збор за Решение со кое УС (1) утврдува дека лицето X по извршената медицинска интервенција го сменило својот пол, (2) го поништува единствениот матичен број на граѓанинот (во натамошниот текст: ЕМБГ или матичен број) лицето X и (3) ги задолжува Управата за водење на матичните книги и Министерството за внатрешни работи да преземат извесни чекори како лицето X би се здобило со нова ознака на пол во матичната евиденција и нов ЕМБГ кои ќе соодветствуваат на фактичката состојба ((ќе го рефлектираат новиот пол). Оттаму, говориме за сериозен исчекор на македонската судска практика кон стандардите и толкувањата поставени во јудикатурата (case-law) на Европскиот суд за човекови права (во натамошниот текст: ЕСЧП или Судот во Стразбур) кога станува збор за правото на еднаквост, правото на приватност (или приватен живот) и правното признавање на родовиот идентитет (иако лимитирано, само во случаи кога лицето подлегло на медицински зафат за промена на полот). Донесувањето на ова Решение, имено, одекна не само во Република Македонија²¹ туку и во странство каде беше истакнато како позитивен сигнал за заштитата на трансродовите лица во државата.²²

Позадина и факти на случајот

Првото прашање кое се јавува во поглед на Решението е која е (или била) нужноста да се донесе, односно што е позадината на овој случај? Одговорот го наоѓаме во правниот вакуум во Република Македонија, поточно недостатокот на (процесни) правила преку кои би дошло до правно признавање на родовиот идентитет или слободата на родово определување. За оваа констатација да стане појасна, ќе биде даден осврт на споменатите поими.

Најнапред се јавува родовиот идентитет. Него можеме да го дефинираме како внатрешна концепција (internal awareness) или перцепција која индивидуата ја има во поглед на сопствениот пол.²³ Оттаму, станува збор за варијабилна категорија – дадено лице може во различни периоди од сопствениот живот да се чувствува како припадник на еден или друг пол. Сроден, но не идентичен е и поимот на родово изразување. Станува збор за манифестација на полот во надворешниот свет, така што може, но и не мора да дојде до совпаѓање со родовиот идентитет. Без потреба за особено објаснување, поимот пол, пак, ги опфаќа анатомијата на единката и карактеристиките на нејзиниот репродуктивен систем. На крај, правното признавање на родовиот идентитет или правното признавање на определбата на родот подразбира промена на личните податоци на едно лице во

21 Податоци за Решението беа објавени во повеќе портали. Повеќе податоци можат да бидат пронајдени на: <https://skopjeinfo.mk/upraven-sud-odluchi-mvr-da-izdade-nov-matichen-broj-poradi-promena-na-pol> (веб страната е последен пат посетена на 12.11.2018).

22 Повеќе во објавата на Transgender Europe, достапна на: <https://tgeu.org/trans-women-win-right-to-recognition-in-macedonian-court/> (веб страната е последен пат посетена на 12.11.2018).

23 Слична е дефиницијата во речникот Merriam Webster достапна на: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/gender%20identity> (веб страната е последен пат посетена на 12.11.2018), како и онаа во Водичот за правно признавање на родот на Советот на Европа достапен на: <https://rm.coe.int/1680492119> (веб страната е последен пат посетена на 12.11.2018).

државната евиденција. Тука влегуваат (1) личното име на граѓанинот, (2) ознаката за пол во матичната евиденција и личната документација (исправи како што се личната карта и пасошот) и (3) ЕМБГ. Со други зборови, родовиот идентитет во правниот систем (би требало да) се манифестира и операционализира на тој начин што на индивидуата ѝ се дозволува да ги промени податоците за полот во службената евиденција. Со тоа државата ја признава сликата која личноста ја има за себе.

Говорејќи на оваа тема, сите држави во Европа дозволуваат промена на личното име (сочинето од име и презиме) и тоа во едноставни постапки во кои не се бараат речиси никакви докази. Сепак, ситуацијата не е иста кога станува збор за промената на ознаката на поли ЕМБГ. Тука европските земји се делат во три групи. Во првата спаѓаат либералните во кои секое лице, независно дали подлегнало на медицинска интервенција или не, може да ја промени ознаката за пол во матичната евиденција по што ќе му се издаде нов ЕМБГ со прилагодени цифри. Во втората група спаѓаат конзервативните земји во кои тоа е можно, но само доколку се докаже дека врз лицето биле спроведени постапка за стерилизација и/или хируршки зафат. Третата група држави, пак, ја сочинуваат оние во кои правниот поредок воопшто не препознава можност за промена на еднаш впишаната ознака на пол во матичната евиденција и личната документација, така што не може да се изврши ниту промена на матичниот број. Поинаку речено, тука влегуваат оние системи во кои ниту материјалните ниту процесните правила не предвидуваат можност за (правно признавање на) промена(та) на родовиот идентитет. Кај нив полот се третира како перманентна, поточно неменлива категорија, а поимот родов идентитет воопшто и не е познат во законодавството.²⁴ Меѓу нив, како што веќе беше истакнато, спаѓа и Република Македонија. Дококу се апстрахираме од првите две групи на држави, каде дебатата кој од двата пристапи е правилен (дали државата треба да бара доказ за хируршка интервенција и/или стерилизација за да ја признае промената на пол) е значително понапредна²⁵, несомнено ќе дојдеме до заклучок дека ситуацијата во третата група законодавства е поразителна. Тие не само што не ги следат модерните развојни трендови туку се и толку херметички затворени така што се уназадени дури и во однос на медицинските достигнувања. Нелогично е на едно лице да му се дозволат долготрајни хормонски терапии, прегледи и операција за промена на половите карактеристики, а да не му се дозволи официјално нотирање на промената. Всушност, дури и кога во дадената држава таквите медицински потфати не се дозволени или достапни, ако лицето ги извршило во странство службената евиденција на државата треба да се прилагоди за да ја одрази фактичката состојба во поглед на полот.

По токму таков случај се донесува и анализираното Решение. Лицето X при раѓањето во матичните книги на Република Македонија било заведено со една полова ознака, но неговите полови карактеристики и родов идентитет не биле сообразни. Од таа причина по своето полнолетство тоа пристапило кон медицинска промена на својот пол во здравствена установа во странство. Целосниот процес траел повеќе од година и половина, период во кој лицето X примало хормонска терапија и редовно се прегледувало, за на крајот да биде извршен хируршки зафат. Во 2015 година, следствено, лицето X поднело уредно барање за исправка на ознаката на пол во матичната книга на родените до Управата за водење на матичните книги која е орган во состав на Министерството за правда. За жал, Управата за водење на матичните книги го отфрлила барањето со образложение дека не е надлежна да постапи. Лицето X поднело и жалба до повисокиот орган, Министерството за правда, но исходот останал непроменет.

²⁴ Повеќе за наведената поделба се достапни на веб страната на Transgender Europe: <https://tgeu.org/trans-rights-map-2017/> (веб страната е последен пат посетена на 12.11.2018).

²⁵ Во овие држави литературата изобилува со теоретски проникнувања, но и цитати од пресуди на ЕСЧП, односно ставови на други меѓународни фактори. За пример би истакнале дека Комитетот за елиминација на сите форми на дискриминација против жените (CEDAW) на Обединетите нации во 2014 година изразувил загриженост за „обврската на трансродовите лица да докажат дека се неплодни или да подлегнат на стерилизација за да правно им се признае родот“. Повеќе податоци се достапни на: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fFIN%2fCO%2f7&Lang=en (веб страната е последен пат посетена на 12.11.2018).

Жалбата била одбиена, а клучната реченица во образложанието на второстепеното решение гласи: „[в]о Република Македонија не постои законска регулатива по однос на оваа проблематика“. Тоа го довело лицето Х до ситуација да нема друга алтернатива освен да го оптужи решението на Министерството за правда пред УС, т.е. да стане тужител против второстепениот орган. Исходот од управниот спор бил позитивен.

Судот пред сè оценил нецелосно утврдена фактичка состојба, а следствено на тоа и погрешна примена на Законот за матичната евиденција²⁶ и Законот за општата управна постапка²⁷ од страна на Министерството за правда. Донесувајќи пресуда на анулација (го поништил оптуженото решение), а не пресуда во спор на полна јурисдикција тој го вратил предметот на повторно одлучување. Со оглед на фактот дека тужениот орган ја игнорирал таквата пресуда и не постапил повеќе од три месеци, тужителот врз основ на членот 53, ст. 1 од Законот за управните спорови²⁸ до него (Министерството за правда) поднел барање за донесување на правен акт. Откако и овој обид да се добие решение бил неуспешен, тој врз основ на ст. 2 од споменатиот член побарал од УС да донесе одлука што во сè ќе го замени потребниот акт на Министерството за правда. Конечно, откако поминало безмалку една година, Судот го донел Решението со кое мериторно (во полна јурисдикција) го решил спорот.

Решението и неговата значајност

Имајќи ја предвид елаборираната позадина и фактичка состојба, станува евидентно дека Решението претставува исклучително значаен акт во севкупната судска практика на Република Македонија. Сосема оправдано е да се рече дека УС со него ја пополнува празнината во македонскиот правен поредок и ја издига заштитата на трансродовите лица на дотогаш непознато ниво. Притоа, особено важно е дека не станува збор за анулирачки акт, т.е. решение со кое незаконитите акти на управата се поништуваат, туку за мериторен, па следствено и конститутивен и кондементорен. Со него се утврдува дека лицето Х *de facto* е припадник на спротивниот пол од оној кој е впишан во матичната евиденција, се поништува неговиот матичен број и се задолжуваат надлежните органи (во случајот Управата за водење на матичните книги и Министерството за внатрешни работи) да ја спроведат постапката предвидена во Правилникот за начинот на определување и поништување на матичен број на граѓанин, формата и содржината на обрасците, како и начинот на водење на евиденцијата на матичниот број на граѓанинот,²⁹ како ознаката за пол во матичната книга на родените и ЕМБГ ќе соодветствуваат на реалната состојба.

Прашањето кое во таа смисла може да се постави, како навидум издржана критика кон УС, е дали тој ги надминал границите на законитото со тоа што донел такво решение иако Законот за матичната евиденција и Законот за матичен број³⁰ не содржат одредби со кои експлицитно се предвидува постапка за правно признавање на родовиот идентитет односно усогласување на пост-оперативниот пол на едно лице и уписот во матичните книги (посебна управна постапка)? Одговорот е негативен. Сосема напротив, Судот постапил правилно и излегол од во случајов тесните граници на македонското законодавство и се осврнал кон меѓународното право. Потпирајќи се на Амандманот XXV од Уставот на Република Македонија³¹ и Законот за судовите³² каде е предвидено дека

26 Објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 8/1995, 38/2002, 66/2007, 98/2008, 67/2009, 13/2013, 43/2014, 148/2015, 27/2016 и 64/2018. Последното изменување и дополнување не било релевантно во моментот на донесување на Решението бидејќи е подоцна усвоено.

27 Објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 38/2005, 110/2008 и 51/2011. Овој Закон за општата управна постапка во моментот на пишувањето на оваа анализа е вон сила, односно е заменет со Законот за општата управна постапка објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 124/2015.

28 Објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 62/2006 и 150/2010

29 Објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 16/2015

30 Објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 137/2013 и 55/2016

31 Објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 107/2005

32 Објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 58/2006, 62/2006, 35/2008, 150/2010, 83/2018 и 198/2018

„[с]удовите судат и своите одлуки ги засноваат на Уставот, законите и меѓународните договори“ тој ја применил ЕКЧП, попрецизно нејзиниот член 8 каде во првиот став е определено дека „[с]екој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот [...]“, додека во вториот е забрането на јавната власт да се меша во остварувањето на респективното право освен ако не станува збор за законска мерка која е оправдана.³³

Имајќи предвид дека родовиот идентитет е едно интимно прашање, за кое нема никакво ограничување во македонското право, тој оценил дека државата не смеела да го попречи запишувањето на пост-оперативниот пол во матичната евиденција. Откако тоа било доследно констатирано, Судот ја согледал и позитивната обврска на државата – да овозможи ефективно остварување на правото. За таа намена тој се повикал на една од најзначајните одлуки на ЕСЧП кој е оживотворувач на одредбите од ЕКЧП, имено *Christine Goodwin v. UK*,³⁴ каде освен цитираното во Решението (параграфи 77 и 85) предвидено е и дека „[с]удот³⁵ е изненаден што промената на полот не е правно признаена наспроти фактот што таа е законски спроведена и може да се смета за конечниот чекор што претставува кулминација на долготрајниот и макотрпниот процес на трансформација кој транссексуалецот го поминал“ (параграф 78) како и дека „[с]удот не го потценува значењето на потешкотиите или важните реперкусии кои секоја покрупна промена на системот ќе ги предизвика . . . сепак далеку од тоа дека овие промени не можат да се надминат [...]“ (параграф 91). Опсежното образложение на Решението дури и не запира тука и ја споменува и одлуката на ЕСЧП во случајот *H. v. Finland*.³⁶

Така, ваквата одлука на УС е суштествена од повеќе причини. Прво, таа укажува на фактот дека во македонската судска практика постои волја за заштита на трансродовите индивидуи кои подлегнале на медицински зафати за конечно сообразување на нивниот пол и род. Второ, таа е заснована не само на домашните прописи туку и на ЕКЧП и практиката на ЕСЧП што навистина е реткост во Република Македонија. Иако се цитирани само две одлуки на Судот во Стразбор (за материјата од интерес би можело да се наведе и одлуката во случајот *L. v. Lithuania*), направен е сериозен напредок во поглед на правото на приватност, но и правото на еднаквост земајќи предвид дека на лицето Х му се овозможува окончување на еден тежок процес кој траел повеќе од 4 години (како почеток се зема моментот кога е отпочната медицинската терапија) и кој не би бил успешен доколку би постоела дискрепанца помеѓу реалноста и матичната евиденција на државата. Трето, напатствијата наведени во неа можат да служат како водилка на Управата за водење на матичните книги и Министерството за внатрешни работи во сите идни сродни случаи. Четврто и можеби најважно, се очекува дека одлуката ќе служи како сигнал за македонскиот законодавец кој би требало во што покус рок да усвои измени и дополнувања на соодветните закони и подзаконски акти така што ќе биде предвидена посебна управна постапка за промена на ознаката на пол во матичната евиденција, односно за доделување на нов ЕМБГ. Се разбира, од номотехничка гледна точка секогаш е можно ваквата управна постапка да биде установена во правниот систем на Република Македонија со донесување на посебен закон за (признавање на) родов идентитет.

33 За да биде оправдана таа мерка треба да биде во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето на кривични дела, заштитата на здравјето и моралот или заштитата на правата и слободите на другите.

34 Пресудата на англиски јазик е достапна на <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60596%22%5D%7D> (веб страната е последен пат посетена на 12.11.2018).

35 Забелешка од авторот: терминот „суд“ во оваа пригода се користи за да го означи ЕСЧП

36 Пресудата на англиски јазик е достапна на: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22h%20v%20finland%22%22%22%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%22%22CHAMBER%22%22%22itemid%22:%5B%22001-114486%22%5D%7D%7D> (веб страната е последен пат посетена на 12.11.2018).

Дилеми

На самиот крај, иако тоа е надвор од доменот на анализираното Решение, целисходно е да се истакне и дилемата кој би можела да се јави при носењето на слични (или суштински идентични) судски одлуки во иднина: дали различно би се постапило доколку лицето кое подлегнало на хируршки зафат за промена на својот пол е веќе стапено во брак и тоа со лице чиј пол е ист со неговиот пост-оперативен?

Ризикот во тој случај се јавува поради Законот за семејството кој имплицитно ги забранува истополовите бракови определувајќи, во својот член 6, ст. 1³⁷, дека бракот е заедница помеѓу маж и жена. За илустрација, да земеме дека едно лице при своето раѓање е во матичната евиденција е заведено како маж, а во текот на неговиот живот стапило во брак со жена. Дури и кога неговиот родов идентитет па следствено (преку медицинска интервенција) и неговиот пол би се промениле во текот на неговиот живот, правното признавање би претставувало сериозен проблем поради недоумицата дали со тоа ќе се повреди Законот за семејството? Всушност, на ова прашање би требало законодавецот да внимава и во моделирањето на законодавството во иднина, односно при воведувањето на управна постапка за правно признавање на родовиот идентитет.

Еден од предусловите за да се промени ознаката на пол би требало да биде, каков што е случајот со една од федералните единици на Австралија³⁸, лицето да не биде во брак. Се разбира, ваквиот проблем не би постоел кога Законот за семејството би бил изменет така што истополовите бракови повеќе не би биле спротивни на неговите одредби. Сепак, сè додека правната рамка на Република Македонија е онаква каква што е би требало да се внимава да не се создаде колизија помеѓу различните прописи, т.е. некохерентност во самиот правен систем.

37 Службен весник на Република Македонија бр. 80/1992, 9/1996, 38/2004, 33/2006, 84/2008, 67/2010, 156/2010, 39/2012, 44/2012, 38/2014, 115/2014, 104/2015 и 150/2015.

38 Северната Територија на Австралија каде за да се изврши промена на ознаката на пол во матичната евиденција нужно мора да се докаже дека барателот не е во брак. Повеќе податоци на <https://nt.gov.au/law/bdm/register-a-change-of-sex-on-a-birth-certificate> (веб-страницата е последен пат посетена на 12.11.2018).

Правно мислење за актите поврзани со случајот за азил од лицето Хинд Алболооки од Дубаи, Обединетите Арапски Емирати

Анализа на проф. д-р Борче Давитковски на пресуди на Управниот суд и Вишиот управен суд поврзани со предметот Хинд Алболооки.

ФАКТИЧКА СОСТОЈБА

Хинд Алболооки од Дубаи, Обединетите Арапски Емирати поднела барање до Министерството за внатрешни работи, Сектор за азил за добивање на азил.

Секторот за азил на 02.11.2018 закажал и одржал разговор со подносителката.

Подносителката на повеќе наврати престојувала во Република Македонија и тоа на 06.05.2018, 01.09.2018 и 04.10.2018.

По извршениот увид во документацијата и одржаниот разговор, а врз основа на членот 5 и член 9 од Законот за меѓународна и привремена заштита (Службен весник бр. 64/18), началникот на Секторот за азил со Решение бр. 12.3-83436/8 од 07.11.2018 година го одбил барањето за признавање на азил во Република Македонија на именуваната.

Именуваната преку свој полномошник, адвокат од Скопје, покренала постапка пред Управниот суд за оценка на законитоста на веќеспоменатото решение.

Управниот суд со своја Пресуда У-6. бр. 658/2018 ја одбива тужбата како неоснована со образложение исто како во оптуженото решение, односно согласно член 5 и членот 9 од Законот за меѓународна и привремена заштита.

Незадоволна од оваа пресуда именуваната преку полномошник, адвокат од Скопје, ја обжалува оваа пресуда до Вишиот управен суд кој со своја пресуда од 31.01.2019 година жалбата на тужителката ја одбива како неоснована од истите причини како и во првостепеното решение и пресудата (член 5 и член 9 од Законот за меѓународна и привремена заштита).

ПРАВО

Би требало да се истакнат двата клучни члена од Законот за меѓународна и привремена заштита. Така, во членот 5 е предвидено: „лице со статус на бегалец е странец за кој по испитување на неговото барање му се признава статус на бегалец и за кое е утврдено дека ги исполнува условите определени со Женевската конвенција, односно лице кое поради оправдан страв дека ќе биде прогонето заради својата раса, вера, националност, припадност на одредена социјална група или поради своето политичко уверување, е надвор од државата чиј државјанин е и не може, или поради таков страв, не сака да биде под заштита на таа држава или кое доколку е без државјанство е надвор од државата во која имало вообичаено место на престој, не може или поради таков страв не сака да се врати во неа“. Во членот 9, пак, е предвидено: „Лице под супсидијарна заштита е странец кој не се квалификува како лице со статус на бегалец, а на кој Република Македонија ќе му признае право на азил и ќе дозволи да остане во рамките на нејзината територија, бидејќи постојат причини да се верува, дека доколку се врати во државата чиј државјанин

е, или доколку е лице без државјанство, во својата држава на претходен вообичаен престој, ќе се соочи со реален ризик од претрпување на сериозни повреди. Сериозни повреди се смртна казна или егzekуција, тортура или нечовечно или деградирачко постапување или казнување или сериозни и индивидуални закани по животот или личноста на цивилно лице, по пат на недискриминаторско насилство, во ситуација на меѓународен или внатрешен вооружен конфликт“.

Анализа на постапување на управните судови

Доколку се споредат датите кога е донесен управниот акт и двете пресуди на Управниот и Вишиот управен суд ќе може да се заклучи дека се работи за исклучително ажурни и експедитивни органи, односно целокупната постапка е завршена за нецели три месеци.

Доколку, се има предвид ажурноста на Управниот суд кој предметите во 2017 година ги решавал во просек за 254,7 дена и Вишиот управен суд кој за истата година предметите ги решавал за 61 ден³⁹зачудува нивната експедитивност и ажурност во овој предмет.

Се добива впечаток како органот на управата и судовите да работат координирано со цел што побргу именуваната да биде експедирана од нашата држава.

Доколку се споредат образложенијата на решението и на пресудите на Управниот и Вишиот управен суд, ќе се констатира идентичност на правните основи за одбивањето на барањето за признавање на азил, односно членот 5 и 9 од Законот за меѓународна и привремена помош.

Имено, се добива впечаток дека ниту органот на управата (Сектор за азил при Министерството за внатрешни работи) ниту советите во Управниот и Вишиот управен суд не се обиделе да ја утврдат вистинската фактичка состојба, односно не се обиделе да ги истражат и утврдат причините на именуваната за барање на азил. Тие секако требало да претпостават и да утврдат што ќе се случи во нејзината матична држава кога ќе дознаат дека именуваната барала азил, а особено нејзиниот сопруг и татко. Од нејзината апликација може да се заклучи дека таа сигурно ќе претрпи трауми дури и по цена на нејзиниот живот доколку не ѝ се одобри правото на азил.

Органите кои учествувале во оваа постапка (Министерството за внатрешни работи и судовите) морале да ги испитаат нејзините наводи и, како што и законот предвидува, доколку тие се точни требало да постапат така што ќе ѝ доделат право на азил во Република Македонија⁴⁰.

³⁹ Функционална анализа на капацитетите на управното судство во Република Македонија од 31.08.2018 година.

⁴⁰ Синхронизацијата помеѓу Секторот за азил во МВР и судовите може да се види и од Решението од 07.12.2018, потпишано од Министерот за внатрешни работи, со кое се изрекува мерка сместување во прифатен центар за странци, поради заштита на јавниот ред или националната безбедност во период од три месеци. Која национална безбедност Република Македонија ќе ја штити кога истиот орган утврдил дека именуваната доброволно престојувала три пати во 2018 година во Република Македонија? Иако против ова решение е поднесена тужба, сепак Управниот суд не е толку брз и ефикасен како во претходното решение за одбивање на азил?!

Заклучоци

Основен правен заклучок од анализата на овие три одлуки е дека изостанува квалитетот на одлучувањето на органите, односно ниту првостепениот орган (МВР) ниту Управниот и Вишиот управен суд не се обиделе да ја утврдат вистинската фактичка состојба односно не се потрудиле да ги испитаат причините на подносителката за барање на азил коишто се од круцијално значење за носењето на решението и пресудите. Органите морале по аналитички да ги испитаат причините и соодветно на тоа да го применат законот за азил.

Доколку именуваната покрене постапка пред Судот за човекови права во Стразбур, мислам дека истиот, иако не го прифаќа членот 6 од Европската конвенција за човекови права во поглед на барателите на азил, сепак од истата ќе утврди дека со овие акти се извршени повреди на:

- член 2, параграф 1 (правото на живот)
- член 2, протокол 4 (правото на слобода на движење и правото на напуштање на било која држава)
- член 3 каде што се предвидени условите за задржување – сместување во прифатни центри за странци
- член 5 (немање на ефективен правен лек за заштита) и
- член 13 (право на ефективен правен лек – процедурални гаранции).

Со носењето на овие акти Република Македонија може да биде предмет на овој Суд и да биде утврдено дека извршила повреда на одредбите на Европската конвенција за човековите права.

Негативна пракса на супсидијарна примена на закон и обезбедување на јавна расправа

Анализа на адвокат *Емил Мифтари* на Пресуда УЖ-3 бр.32/2016 од 06.07.2016 година на Вишиот управен суд и Пресуда У-5 бр.340/2015 од 27.08.2015 година на Управниот суд.

Факти на случајот

Тужителот е правно лице од Скопје кое се бави со градежништво, трговија и услуги. Во рамките на своето деловно работење Апликантот има користено градежни работи со цел изградба на Деловно-станбен објект во периодот 2005-2007 година.

Во септември 2008 година, Министерство за финансии, Управа за јавни приходи, Регионална дирекција Скопје (УЈП Скопје) кај Жалителот извршила инспекциски надзор на данок на додадена вредност (ДДВ) за периодот 01/01/2005-31/12/2007 година и донело Решение број 15-111/112904, со кое го задолжил тужителот со ДДВ во износ од 18.222.206,00 денари, за период од 01.08.2005 година, до 31.12.2007 год.

Незадоволни од Решението тужителот поднел навремена жалба до Министерот за финансии поради неправилна примена на материјалното право и неправилно утврдена фактичка состојба и со истата барал Министерот за финансии како второстепен орган да го укине Решението бр. 15-111/112904 од 16.10.2008 година како незаконито.

Министерот за финансии одлучувајќи по жалбата на тужителот донел Решение У бр.16-4062/1 од 21.12.2009 година со кое жалбата ја одби како неоснована.

Незадоволен од Решението на Министерот за финансии, тужителот поднел навремена тужба до Управниот суд на РМ кој на 28.10.2010 година донел Пресуда У-5 бр.170/2010 со која тужбата ја уважил, утуженото решение У бр.16-4062/1 од 21.12.2009 година го укинал и предметот го вратил на повторно одлучување пред Министерот за финансии.

При повторно одлучување Министерот за финансии, на 14.12.2010 година, донел ново Решение У бр.16-4062/2 со кое жалбата изјавена против Решението на Управата за јавни приходи, Регионална дирекција Скопје, број 15-111/112904 од 16.10.2008 година, ја уважил, обжаленото решение го поништил и предметот го вратил на повторна постапка пред првостепениот орган.

Во повторната постапка УЈП Скопје, има спроведено повторно постапка по која на 14.11.2011 година има донесено Решение бр.15-111/112904/2, со кое за периодот од 01.08.2005 година, до 31.12.2007 година, кај тужителот утврдил обврска на ДДВ во износ од -6.757.458,00 денари и притоа повторно го задолжил тужителот да плати ДДВ во износ од 16.898.094,00 денари.

Незадоволен од Решение на УЈП Скопје, тужителот поднел жалба до Министерот за финансии кој одлучувајќи по истата, донел Решение У бр.16-4333/1 од 03.04.3012 година со кое изјавената жалба ја одбил како неоснована. Против решение на Министерот за финансии тужителот поднел тужба до Управниот суд на РМ со предлог за закажување на јавна расправа по која Управниот суд на 14.01.2014 година донел Пресуда У-5 бр.1517/2012 со која тужбата на Жалителот ја усвоил додека решение на Минситерот за финансии го укинал и предметот го врати на повторно одлучување.

Министерот за финансии при повторното одлучување донел ново Решение У бр.16-4333/2 од 16.05.2014 година со кое жалбата изјавена против Решението на УЈП Скопје, бр.15-111/112904/2 од 14.11.2011 г, ја уважи обжаленото решение го поништил и предметот го врати на повторно одлучување пред УЈП РД Скопје.

При повторното одлучување, УЈП Скопје донело ново Решение бр.15-111/112904/3 од 07.07.2014 година, со кое за периодот од 01.08.2005 година, до 31.12.2007 година, на тужителот му утврдило обврска да уплати ДДВ во износ од 16.898.094,00 денари, по основ на помалку пријавен данок.

Незадоволен од Решението на УЈП Скопје, тужителот поднел жалба до Министерот за финансии кој на 18.12.2014 година донел Решение У бр.16-1898/1, жалбата ја одби како неоснована.

Тужителот против Решението на Министерот за финансии У бр.16-1898/1 од 18.12.2014 година поднел тужба до Управниот суд на Република Македонија со предлог за одржување на јавна расправа токму поради различните одлуки и правни ставови, а со цел да се утврди правилно и целосно фактичката состојба и да се донесе правилна и законита пресуда.

Управниот суд на 27.08.2015 година на нејавна седница донел Пресудата У-5 бр.340/2015 со која тужбата ја одбил како неоснована. Во образложението на пресудата не е наведен ниту еден доказ врз основа на кој судот утврдил дека Жалителот не водел уредна и точна евиденција во поглед на основите за пресметување на ДДВ, особено на влезниот промет и претходниот данок кој може да го одбие така што за судот искажаните износи во ДДВ пријавите за контролираниот период не одговарале со реално извршениот влезен промет, односно книговодствено бил евидентиран повеќе остварен влезен промет отколку реално настанатиот што резултирало со одредени неправилности при остварувањето на правото на поврат на влезниот данок - даночно побарување, отколку реално настанатиот промет врз основа на валдина деловна документација т.е дека тужителот пријавил даночно побарување за периодот од 01.08.2005-31.12.2007 година во износ од -23.655.552,00 денари, додека контролата утврдила износ на даночно побарување за истиот период во износ од -6.757.458,00 денари настанат врз основа на веродостоен промет. Управниот суд во ниту еден дел на образложението на пресудата не навел зошто не бил земен предвид предлогот за одржување на јавна седница истакнат и по втор пат од страна на тужителот како ни фактот зошто одговорот на тужениот наведен во пресудата не бил доставен до тужителот.

Тужителот незадоволен од Пресуда У-5 бр.340/2015 од 27.08.2015 година изјавил жалба пред Вишиот управен суд (Прилог 1) во која барал жалбата да биде уважена, Пресуда У-5 бр.340/2015 на Управниот суд од 27.08.2015 год. да биде преиначена на начин што тужбата против Решението на Министерот за финансии бр. 16-1898/1 од 18.12.2014 година, ќе ја усвои како основана и ќе утврди дека тужителот има право на поврат на влезен ДДВ или жалбата да ја уважи со што ќе ја укине Пресуда У-5 бр.340/2015 на Управниот суд од 27.08.2015 година и предметот ќе го врати на повторно одлучување. Во жалбата, тужителот посебно обрнал внимание на делот на апсолутната застареност на даночната обврска за плаќање на ДДВ за контролираниот период 01.08.2005-31.12.2005 година, од причина што жалбата била поднесена на 28.10.2015 година, а апсолутната застареност би настапила на 01.01.2016 година.

Вишиот управен суд на 06.07.2016 год. донел Пресуда УЖ-3 бр.32/2016 (Прилог 2) со која жалбата на тужителот ја одби како неоснована. Во образложението на пресудата, Вишиот управен суд навел дека Управниот суд во целост правилно и целосно ја утврдил фактичката состојба согласно која тужителот има обврска да уплати ДДВ во износ од -6.757.458,00 денари односно ДДВ во износ од 16.898.094,00 денари, по основ на помалку пријавен данок. Во делот на застареноста на даночната обврска, Вишиот управен суд навел дека утврдил дека во тужбата поднесена на тужителот на 27.02.2015 година нема истакнато приговор на

застареност на даночните обврски, туку истиот бил истакнат во жалбената постапка додека во приговорот истакнат во жалбата против Пресуда У-5 бр.340/2015 од 27.08.2015 година, судот нашол дека е ненавремен бидејќи согласно членот 341 став 2 од Законот за парничната постапка е предвидено ако странката во текот на првостепената постапка не истакнала приговор за застареност или приговор за пребивање односно некој друг материјално-правен или процесуално-правен приговор за прашања за кои првостепениот суд не внимава по службена должност, странката тој приговор не може да го изнесе во жалбата.

Релевантна национална и меѓународна легислатива и пракса

- Закон за управните спорови – Член 1, член 7а, член 30, член 36
- Закон за парничната постапка – Член 341
- Закон за даночната постапка – Член 110
- Европска конвенција за човековите права – член 6
- Миткова против Република Македонија

Одлуки на Управниот суд и Вишиот управен суд

Пресуда У-5 бр.340/2015 од 27.08.2015 година на Управниот суд.

Овој предмет во самата суштина укажува на два системски недостатоци на управната правда во Република Македонија кои се однесуваат на ефективно решавање на управните спорови во Република Северна Македонија.

Во Пресудата У-5 бр.340/2015 од 27.08.2015 година, Управниот суд по втор пат не обезбедил правично судење преку закажување и одржување на јавна седница и покрај фактот што бил должен тоа да го стори, а тужителот изрично го барал тоа. Имено, тужителот по трет пат поднел тужба пред Управниот суд за иста правна работа односно за задолжување за помалку платен ДДВ и веќе втор пат поднесувал предлог за одржување на јавна седница за полесно утврдување на фактите и изведување на доказите согласно членот 30 во врска со членот 40 од Законот за управните спорови, но Управниот суд ниту во првата ниту во втората постапка се произнел по предлогот на тужителот за одржување на јавна расправа. Управниот суд постапил спротивно на членот 30 во врска со членот 36 ставот 3 од Законот за управните спорови кој предвидуваат дека Управниот суд одржува јавна расправа ако во истиот спор веќе еднаш е поништен управниот акт, а надлежниот орган не постапил во целост по пресудата, судот ќе ја утврди фактичката состојба и врз основа на така утврдената фактичка состојба ќе донесе пресуда. Доколку се земе предвид дека тужениот орган постапувал на ист начин три пати, а тужителот два пати дал предлог за одржување на јавна расправа и Управниот суд на непроменета фактичка состојба одлучувајќи по трет пат ја одбил тужбата на тужителот, јасно е дека одржувањето на јавна расправа било повеќе од потребно да се обезбеди. Управниот суд не само што постапил спротивно на одредбите на Законот за управните спорови туку постапил и спротивно на членот 6 од Европската конвенција за човековите слободи и права како и правното стојалиште на Европскиот суд за човековите права изразено во предметот Миткова против Република Македонија (параграф 62 и 63). Европскиот суд за човековите права во овој случај констатирал дека апликантката изрично барала

одржување на усна расправа на која судот би ги сослушал сведоците (види, спротивно, Döry, цитиран погоре, § 44). Управниот суд, меѓутоа, воопшто не дал причини зошто сметал дека одржувањето на расправа не е неопходно (види, mutatis mutandis, Alge v. Austria, no. 38185/97, § 30, 22 јануари 2004). 63. Во светло на горенаведеното, Судот не е убеден во постоењето на било какви исклучителни околности кои го оправдуваат отсуството на усна расправа. Оттука, постои е јасно воочливо дека Управниот суд во случајот на тужителот сторил повреда на членот 6 § 1 од Конвенцијата поради тоа што не обезбедил јавна расправа по однос на неговото задолжување да плати повеќе ДДВ.

Пресуда УЖ-3 бр.32/2016 од 06.07.2016 година на Вишиот управен суд

Вишиот управен суд со Пресуда УЖ-3 бр.32/2016 од 06.07.2016 година постапил спротивно правните принципи во делот на застарувањето на штета на тужителот. Ставот на Вишиот управен суд дека тужителот требал во тужбата против Решението У бр.16-1898/1 на Министерот за финансии од 18.12.2014 год. изјавена до Управниот суд да истакне приговор за застареност на ДДВ за периодот 01.08.2005-31.12.2005 година согласно член 7а од Законот за управните спорови во врска со членот 341 од Законот за парничната постапка е арбитражен од причина што не е јасно како тужителот би знаел дека треба да истакне приговор кога ја доставил тужбата до Управниот суд во текот на постапката за дел од даночното задолжување ќе настапи апсолутна застареност.

Ова од причина што тужителот штом дознал дека постои можност за настапување на апсолутна застареност веднаш го истакнал тоа во жалбата која ја доставил до Вишиот управен суд на 27.08.2015 год односно 4 месеци пред настапувањето на застареноста.

Вишиот управен суд спротивно на правната култура во државата ги сметал управната односно даночната постапка и управниот спор како парнични постапки, во кои по правило би требало да постојат најмалку две страни со спротивставени барања, а не како постапки во кои е службена должност на органите и судовите да утврдат незаконитост во работата и одлучувањето на управните органи како во останатите предмети. Ова стојалиште не соодветствува со членот 1 од Законот за управните спорови во кој се наведува дека „Заради обезбедување судска заштита на правата и правните интереси на физичките и правните лица и заради обезбедување на законитоста, Управниот суд, во управни спорови на државната управа, Владата, други државни органи, општините и градот Скопје, организации утврдени со закон и на правни и други лица во вршење на јавни овластувања (носители на јавни овластувања), кога решаваат за правата и обврските во поединечни управни работи, како и за актите донесени во прекршочна постапка.“

Поради ова сметаме дека Вишиот управен суд бил должен по службена должност да внимава на апсолутната застареност на даночната обврска кое застарување и му било предочено од страна на самиот тужител, а не да постапува како во парничната постапка односно да остави на диспозиција на странките да истакнат приговор доколку постои застарување. Вишиот управен суд воспоставил нееднаква судска пракса бидејќи за разлика од даночните предмети, во прекршочните предмети внимава на застареноста по службена должност. Оттука е очигледна арбитражноста во доктрината на супсидијарната примена на Законот за парничната постапка која ја застапува Вишиот управен суд во делот на застарувањето на даночните обврски на граѓаните и правните лица.

Значење на Пресуда УЖ-3 бр.32/2016 од 06.07.2016 година на Вишиот управен суд и Пресуда У-5 бр.340/2015 од 27.08.2015 година на Управниот суд

И двете одлуки, едната на Управниот суд, а другата на Вишиот управен суд имаат негативен импакт во однос на заштита на правата на граѓаните во Република Северна Македонија. Пресуда на Управниот суд само ја потврдува неефективноста на судот поради неодржување на јавни расправи со цел да се утврдат правилно и целосно фактите и да се донесе правилна и законита одлука. Управниот суд во најмала рака треба да обезбеди аргументација за непостапувањето по двата предлога на тужителот, но наместо тоа се одлучил воопшто да не даде одговор со што и влијае на трендот на зголемување на негативната перцепција за управните судови како неефикасни, неефективни и нетранспарентни.

Вишиот управен суд со својата одлука всушност втемелува негативна судска пракса која во основа ја поткопува правната доктрина во разликите на јавното и приватното право. Во исто време Вишиот управен суд внимавање на апсолутната застареност во прекршочните предмети по службена должност, но истото не го прави и покрај фактот што е должен согласно Законот за даночната постапка.

Оттука сметаме дека и Управниот и Вишиот управен суд имаат воспоставено и сеуште обезбедуваат негативна судска пракса која оди на штета на граѓаните и другите лица во Република Северна Македонија.

Анализа на правото на еднаквост и слобода на движење преку пресуда на Апелационен суд Скопје

Анализа на *д-р Мирјана Најчевска* на пресудата на Апелациониот суд Скопје ГЖ - 587/17 (по жалби изјавени од тужениот и тужителот на пресудата на Основниот суд Скопје 2 П4-197/15).

Опис на случајот

Анализата се однесува на случај на тужба за утврдување на повреда на правото на еднаквост (дискриминација), повреда на правото на слободно движење во и вон територијата на Република Македонија и повреда на честа, угледот и достоинството направени од орган на државата (Министерството за внатрешни работи).

Тужителката (македонска државјанка од ромска националност) во два наврати била спречена од страна на тужениот (Министерство за внатрешни работи Скопје) да ја напушти територијата на Република Македонија (во 2014 година) на легален премин и легален начин: поседувала соодветна патна исправа, повратни авионски, односно, автобуски билети и уредна документација за легален премин на границата.

Тужениот (застапуван од Државното правобранителство на Република Македонија) не негира дека ја спречил тужителката да ја напушти територијата на државата, меѓутоа не гледа противправност во својата постапка. Во одбрана на својата постапка тужениот се повикува на одредби од Законот за гранична контрола и обврската да спречува илегално движење, заштитата на уставите и законите на другите држави членки на ЕУ, сознанија дека тужителката веќе еднаш била депортирана од земјата во која сака да патува и интерни правила воспоставени во рамките на Министерството за внатрешни работи.

Во текот на постапката тужениот не негирал дека во донесувањето на неговата одлука да го спречи излегувањето на тужителката од државата улога играло тоа што е Ромка. Имено, тужениот дури доставил докази од кои недвосмислено произлегува дека "... ваквиот третман на тужениот према тужителката, бил заснован само поради нејзината етничка припадност, како Ромка, бидејќи во спорниот период, била значително зголемена миграцијата за излез од државата на припадниците од оваа етничка група особено во СР Германија, а на дел од нив и со барање на азил во истата држава."

Во првостепената пресуда е утврдена повреда на правото на слободно движење (со објаснување дека не станува збор за илегално движење, дека Република Македонија не постапува врз основа на законите на други држави и дека не постојат докази дека тужителката била вратена од Германија ниту дека барала азил во оваа држава), утврдена е дискриминација и утврдено е нарушување на честа и угледот, како и нематеријална штета која тужениот треба да ја исплати на тужителката.

Во првостепената пресуда не е утврдена материјална штета ниту пак било кој друг облик на санкционирање на постапувањето на тужениот за прекршувањето на законите. Тужениот ја обжалил пресудата на првостепениот суд повикувајќи се на: суштествена повреда на одредбите на Парничната постапка, погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба и погрешна примена на материјалното право.

Апелациониот суд со пресуда (ГЖ-587/17) ја одбил жалбата на тужениот како неоснована и ја потврдил пресудата на Основниот суд.

Релевантна национална и меѓународна регулатива

Во донесувањето на пресудата, судот се повикува на:

- Уставот на Република Македонија (членовите 9, 27 во кои се утврдува дека “Граѓаните пред Уставот и законите се еднакви“, односно, дека “Секој граѓанин има право да ја напушти територијата на Републиката и да се врати во Републиката.“);
- Законот за спречување и заштита од дискриминација (Службен весник на Република Македонија“ бр.50/2010) (членовите: 3, 4, 6 став 1, 7 став 1 во кои се утврдуваат основите на дискриминацијата, обврската на државните органи да постапуваат еднакво кон граѓаните и да не дозволат дискриминација, се дефинира директната дискриминација, вознемирувањето и потешките облици на дискриминација);
- Закон за гранична контрола (Службен весник на РМ, бр. 171 од 30.12.2010 година) (членовите: 4 и 2 според кои граничната контрола го опфаќа спречувањето и откривање на илегалната миграција и трговија со луѓе и, се применува на сите лица кои ја преминуваат државната граница на Република Македонија);
- Закон за облигациони односи (Сл. весник/година: 18 / 2001) (членот 189 кој се однесува на справедлив паричен надоместок); и
- Универзалната декларација за човековите права (член 13), Меѓународен пакт за граѓански и политички права (член 12), ЕКЧП (Протокол 4 член 2 став 2) - Секое лице е слободно да ја напушти која и да е земја вклучувајќи ја и својата.

Пресуда

Со пресудата на Апелациониот суд е одбиена жалбата поднесена од страна на тужениот и е потврдена пресудата на Основниот суд. Ваквата одлука сама по себе е позитивен чекор како во однос на заштитата на правата на граѓаните и посебно заштитата од дискриминација, така и во однос на воспоставувањето на принципот на правна сигурност со тоа што Апелациониот суд не го вратил предметот на повторно судење, туку самиот донел одлука⁴¹.

Основниот недостаток на пресудата на Апелациониот суд е отсуството на соодветно и издржано образложение од кое недвосмислено ќе произлезат елементите за одбивање на жалбата, и од кое ќе можат да бидат извлечени елементи поврзани со остварувањето на една од функциите на судската власт“...унапредување на човековите права и основни слободи“ (член 3 од Законот за судовите).⁴²

Во пресудите на Европскиот суд за човекови права (посебно пресудите кои се однесуваат на правото на правично судење)⁴³ се нагласува значењето на соодветно образложение на судските одлуки на националните судови. Ваквата констатација е присутна и во дел од пресудите донесени против Република Македонија во кои е индицирано отсуството на соодветно образложение во пресудите на домашните судови.⁴⁴

Во пресудата Апелациониот суд утврдил дека жалбата е неоснована и дека не постои суштетсвена повреда на одредбите на парничната постапка од член 343 став 2 т.14 од ЗПП. За ова не дал образложение туку едноставно го искажал своето спротивно тврдење кое се исцрпува со процедуралните елементи содржани во ставот 2, т. 14 од спомнатиот

41 Што е во согласност и со препораките на ЕСЧП, на пример во Зибери против Република Македонија (2007; 27866/02), Павлиулинетс против Украина, (70767/01, 2005); Внерцисзевска против Полска (41431/98, 2003)

42 Закон за судовите, Службен весник, Бр. 58 / 2006 (последна промена 2018 година)

43 Член 6 од Европската конвенција за човековите права

44 Пресудите на ЕСЧП во случаите Атанасовски против Република Македонија (жалба бр. 36815/03), (пресуда од 14 јануари 2010 година) и Стоилковска против Република Македонија (жалба бр. 29784/07, пресуда од 18 јули 2013 година).

член. Од тука не може јасно да се види зошто точно судот смета дека не постојат суштетствени повреди на парничната постапка. Ова не значи дека постоеле такви повреди, туку едноставно нема образложение од кое недвосмислено ќе се види дека не постојат.

Апелациониот суд го одбил како неосновано и тврдењето на тужениот дека е погрешно утврдена фактичката состојба врз основа на изведените докази согласно членовите: 7 и 8 од ЗПП. Образложението кое што е дадено всушност претставува едноставна копија на поголем дел од образложението на пресудата на Основниот суд, со посочување на идентични елементи дека жалбените наводи се одбиени заради тоа што "...тужителката поседува пред се гарантна изјава од својата тетка ..." и "... тужениот не приложил никакви докази во текот на постапката дека тужителката веќе во 2013 година била вратена од наведената држава бидејќи барала виза".

Со оглед на тоа дека станува збор за државен орган отсуството на ваков доказ треба да биде адресирано како системски проблем кој бара натамошна истрага. Во оценката на жалбените наоди за погрешна примена на материјалното право, образложението на Апелациониот суд се исцрпува во цитирање на Уставот на Република Македонија (член 9 и член 27), членовите од Законот за спречување и заштита од дискриминација и одредбите на меѓународните документи кои претходно се посочени од страна на Основниот суд во донесената пресуда во врска со прекршувањето на еднаквоста и слободата на движење на тужителката. Во образложението кое го дал Апелациониот суд зошто мисли дека се соодветно применети одредбите на овие закони/ меѓународни документи, само на едно место е воспоставена врска која постои меѓу ограничувањето на движењето и дискриминацијата "... видно од доставените докази во текот на постапката произлегува дека ваквиот третман на тужениот према тужителката бил заснован само поради нејзината етничка припадност".

Од образложението дадено од Апелациониот суд не произлегува дека слободата на движење била ограничена токму и единствено заради тоа што станува збор за припадничка на ромската националност, односно, дека станува збор не за поединечен случај туку за генерален начин на постапување на Министерството за внатршни работи. Укажувањето на ваквиот проблем во рамките на образложението е исклучително важно кога станува збор за случаи на дискриминација направена од страна на државен орган со цел превенирање на истоветни или слични постапки.

Значење на пресудата

Спречувањето и заштитата од дискриминација претставува новина за националните судови (како од аспект на содржината на правата, така и од процедурален аспект). Донесувањето пресуди со кои се утврдува постоење на дискриминација врз основа на индивидуални жалби е од исклучително значење и секоја ваква пресуда претставува позитивен исчекор во заштитата на еднаквоста.

Меѓутоа, пресудите кои што се поврзани со дискриминација имаат и едно многу пошироко значење од едноставното запирање на дискриминирачкото делување во конкретен случај и обесштетувањето на жртвата на дискриминација. Овие пресуди треба да бидат искористени во идентификувањето на шемите на дискриминација посебно оние чиј носител е самата држава и нејзините институции. Во оваа смисла, пресудата на Апелациониот суд со која се одбива жалбата на тужениот (Министерството за внатршни работи) и се потврдува пресудата на Основниот суд во која е констатирана дискриминација не само што треба да овозможи заштита на индивидуално право туку треба да има и превентивна компонента – да создаде простор за превенција на исти или слични случаи на дискриминација.

За да го добие ова значење, пресудата на Апелациониот суд треба да го искористи образложението на пресудата во кое има можност да ги посочи пропустите направени од тужениот кои довеле до дискриминација, да ја потенцира одговорноста на тужениот во однос на идните случаи кои можат да се појават и да иницира евентуални промени во делувањето на тужениот.

Со тоа што Апелациониот суд се задржал на вообичаеното, формално образложение, тој не го прекршил законот, меѓутоа не ја искористил можноста која ја дава соодветно и исцрпно образложение и не посочил дека ова не е прв случај на истоветно или слично постапување на тужениот⁴⁵, и, не ги искористил одредбите на Законот за спречување и заштита од дискриминација, одредбите на Конвенцијата за основните права и слободи на човекот и пресудите на Европскиот суд за човекови права да испрати порака до Министерството за внатрешни работи за неговите обврски како државен орган во утврдувањето на одговорноста за актите на дискриминација и оневозможувањето на ваков вид случаи во иднина.

На овој начин судот посредно или пропуштил да влијае(л) врз ефикасноста како на судската функција така и на заштитата на човековите права која што не е поврзана само со формалното постоење правен лек, туку и со поширокиот правен и политички контекст.⁴⁶ Во конкретниот случај, ако се има предвид дека станува збор за дискриминација на припадници на етничка заедница која генерално во државата е препознаена како дискриминирана и како заедница чии припадници немаат секогаш услови да дојдат до правдата, од исклучителна важност е судот да создаде услови ваков вид дискриминација од истиот сторител да не се повтори.

Отсуството на јасно образложение на пресудата само го надополнува отсуството на било каква санкција за сторителот и отсуството на враќање на направената штета (па дури, ако е тоа можно и *restitutio in integrum*), што би требало да спречи некоја идна штета.⁴⁷ Имено, ефикасноста на еден правен лек (посебно кога станува збор за делувањето на државните органи) е правопрпорционална со потполното обештетување на оштетениот и спречување истата штета да не му биде нанесена во иднина, односно, ваков вид на штета да не биде нанесен на други во случна или истоветна ситуација.

Од исклучителна важност е во образложението на пресудата да се назначи дека тужениот не докажал дека не направил дискриминација (со цел промовирање на одредбите со кои товарот на докажување во случаите на дискриминација се префрла врз тужениот) и да се истакне потребата од преиспитување на постапките на Министерството за внатрешни работи и соодветноста на нивните интерни акти погледнати низ призмата на одредбите на Законот за спречување и заштита од дискриминација.

Вака проширеното разбирање на образложението на пресудите соодветсвува и на интенциите тие да се приближат до моделот на пресудите на Европскиот суд за човекови права и до фактичкото остварување на функцијата на судството како трет столб на власта во државата.⁴⁸

45 Предмет Ц.С. против МВР од 11.04 2014, Основен суд 2, Скопје (каде што е донесена скоро идентична пресуда и изречена апсолутно идентична сума за направена нематеријална штета).

46 Предмет: Đorđević v. Croatia, App. No. 41526/10, 24 July 2012, paragraph 101; Van Oosterwijk v. Belgium, App. No. 7654/76, judgment of 6 November 1980, paragraphs 36-40.

47 Предмет: M.S.S. v. Belgium and Greece, App. No. 30696/09, judgment of 21 January 2011, paragraph 288; Halford v. the United Kingdom, App. No. 20605/92, judgment of 25 June 1997, paragraph 64

48 Види, Лазарова-Трајковска, М., Деловски В., Наумовски Г., (2018), Правна аргументација, структура и образложение на Пресудите - Нацрт-програма за напредна обука на судии, стручни судски соработници и други целни групи, Центар за правни истражувања и анализи, Скопје

Анализа на пресуда која утврдува дискриминација по основ на личен статус, семејна и брачна состојба

Анализа на Благоја Пандовски на пресудата на Апелациониот суд Скопје РОЖ-1019/18.

Фактичка ситуација

Тужителката М.М. Ј. од К., била вработена кај тужениот ООУ „Х.Т.К.“ с.Д., со седиште во, Општина С.Н., а своите работни обврски, ги обавувала на работно место-Училишен педагог. Во оваа смисла, тужителката, кај тужениот, за прв пат, засновала работен однос на определено време, во траење од 3 месеци, по што работниот однос, продолжил врз основа на повеќе склучувања договори за вработување на определено време при што последниот договор бил склучен на ден 01.09.2015 година во траење од 3 месеци. Вкупниот работен стаж на тужителката, кај тужениот, од потпишување на првиот Договор за вработување на определено време, до последниот таков договор, изнесувал 4 години и три месеци. Во текот на учебната 2015 година, директорката на училиштето, односно, сега тужената С. С., доставила документи со барање за трансформација на работниот однос од определено во неопределено време, до надлежната Општина С.Н. и тоа, како за тужителката, така и уште 5 други вработени, на различни работни места во училиштето. Работното место, на кое работела тужителката-училишен педагог, во јули 2011 година, останало испразнето поради заминување во пензија на претходниот работник, од каде што произлегува дека, наведеното работно место било трајно испразнето. Во месец јули 2015 година, откако претходно била поднесена документацијата за трансформација на работниот однос на тужителката од определено во неопределено време, тужителката, на работното место, јавно соопштила дека е во четвртиот месец на бременост. Второтужената С.С., го повлекла барањето за трансформација на работниот однос на тужителката, без налог или барање од која било институција, односно по сопствена одлука. Сите други барања за трансформација на работниот однос од определено во неопределено време освен на тужителката резултирале со трансформација на работниот однос во неопределено време. Факт е и дека по контрола на Државниот просветен инспекторат извршен на ден 19.11.2015 година е утврдено дека тужителката ги исполнувала сите предуслови за трансформација на нејзиниот работен однос од работен однос на определено во работен однос на неопределено време и дека директорката на училиштето второтужена во постапката неосновано го повлекла барањето за трансформација на работниот однос кога е во прашање тужителката. На ден 24.11.2015 година, во јавен оглас е објавено пополнување на работното место - педагог во ООУ Х.Т.К, Општина С.Н. кое е всушност работното место на кое работела тужителката. Од ова се забележува дека првотужениот ООУ Х.Т.К, Општина С.Н. имал реална потреба од работник за позицијата на која работела тужителката. Тужителката веднаш се пријавила на овој оглас во училиштето и поднела молба заедно со пропратна документација, со цел задржување на своето работно место – училишен педагог. Меѓутоа на 12.12.2015 година, до тужителката било доставено известување од училиштето, со кое ја информираат дека со Одлука за склучување на договор за прием на кандидати по Оглас од 24.11.2015 година за работно место педагог е примено друго лице со која ќе биде потпишан Договор за вработување на определено време. Ова лице и денес работи на наведената позиција со договор за неопределено време.

Процесни дејствија, тек на постапката, одлука на понискиот суд

Тужителката поднела тужба до Основниот суд во Куманово со која барала да се утврди дека тужениот ООУ „Х.Т.К.“, со седиште во с. Д, општина С.Н. и директорот на училиштето С.С. од Куманово извршиле дискриминација по основ на личен статус, семејна и брачна состојба односно родителство. Исто така барала да се задолжат тужените, ООУ „Х.Т.К.“ с.Д., со седиште во , Општина С.Н. и директорот С.С. од К. населба К., солидарно, да и платат на тужителката, на име надомест на нематеријална штета, износ во висина од 100.000,00 денари во рок од 8 дена по приемот на пресудата. Во Првостепената постапка се донесени две пресуди. Првата пресуда е донесена на ден 13.04.2017 година но истата е укината со пресуда на Апелациониот суд во Скопје. Втората Пресуда II РО бр.17/2018 е донесена на ден 03.05.2018 година и со истата се усвојува тужбеното побарување на тужителката во целост, и со истата се констатира повлекување на тужбата во делот да се задолжи тужениот да ја врати тужителката на своето работно место и да потпише нов договор за вработување. Оваа пресуда во дел е потврдена со пресудата на Апелациониот суд во Скопје РОЖ- 1019/18 од 26.09.2018 година а во дел е преиначена. Првостепениот суд во постапката ги извел предложените докази од страна на тужителот и тужениот и го применил материјалното право кое кореспондира со конкретното тужбено побарување. Законската рамка која е применета во конкретната ситуација ги опфаќа чл.14 од Европската конвенција за заштита на човековите права, чл.1 од протоколот 12 кон Европската конвенција за заштита на човековите права, чл.2, чл.3, чл.5 ст.1 т.3, чл.14 ст.1 т.8, чл.36 ст.1, чл.38 ст.1 од Законот за спречување и заштита од дискриминација како и чл.9-Б ст.1 и член 10 од Законот за работни односи на РМ.

Образложение на пресудата на Апелациониот суд во Скопје РОЖ-1019/18 од 26.09.2018 година.

Апелационата постапка која резултирала со пресудата на Апелациониот суд во Скопје РОЖ- 1019/18 од 26.09.2018 година, е иницирана по поднесена жалба од страна на тужените во постапката по сите основи по кои може да се поднесе жалба согласно Законот за парнична постапка на Република Македонија односно поради суштествена повреда на одредбите на парничната постапка, поради погрешно или нецелосно утврдена фактичка состојба и поради погрешна примена на материјалното право.

Апелациониот суд во Скопје постапил во рамките на своите надлежности утврдени со Законот за парнична постапка на Република Македонија каде се утврдуваат неговите ингеренции по поднесената жалба. Во Апелационата пресуда судот ја испитува првостепената пресуда во оној дел во кој се побива со жалбата, во границите на жалбените причини, а по службена должност внимава на примена на материјалното право и на повреда на одредбите на парничната постапка.

Во конкретниов случај Апелациониот суд во Скопје делумно ја усвоил поднесената жалба од полномошникот на тужените. Во поглед на обемноста и издржаноста на образложението кое го дал Апелациониот суд со донесување на предметната пресуда предмет на оваа анализа можат да се забележат два различни типови на образложение. Во делот каде ја потврдува првостепената пресуда Апелациониот Суд дава обемно и издржано образложение повикувајќи се на изведените докази во првостепената постапка, одредби од материјалното право и процесни членови. Во делот каде одлучува мериторно односно се преиначува првостепената пресуда при што самиот одлучува за висината на име надомест на нематеријална штета, која тужените треба да и ја исплатат на тужителката може да се забележи дека Апелациониот суд не дал поконкретно образложение зошто и согласно кои причини смета дека износот кој го досудил е правичен и следствено на тоа дека претходно досудениот износ од првостепениот суд е неправичен.

Во делот каде се испитуваат повредите на одредбите од парничната постапка може да се каже дека Апелациониот суд во своето образложение се задржал само на еден дел од суштествените повреди што укажува на тоа дека жалителот истакнал жалбени наводи поврзани со повреда само на оваа околност. Имено судот испитувал само во делот на суштествените повреди дали пресудата има недостатоци поради кои не може да се испита, дали изреката на пресудата е неразбирлива, дали истата противречи сама на себеси или на причините за пресудата, односно дали во пресудата не се наведени причините за решителните факти и дали тие причини се нејасни или противречни како дали за решителните факти постои противречност помеѓу причините на пресудата и доказите. Сепак не е правило дека судот овие околности ги испитува само кога ќе се истакнат во жалба бидејќи судот по службена должност внимава на повреда на одредбите на парничната постапка кои се од суштествена природа. Фактот што судот не дал образложение по основ на другите околности во врска со суштествени повреди а на кои внимава по службена должност може да се толкува дека жалителот не истакнал жалбени наводи по основ на овие околности но и дека судот не нашол неправилности во примената на истите. Гледано во целост образложението на Апелациониот суд во делот на суштествените повреди на одредбите на парничната постапка е објаснето со една реченица на страна 2 од пресудата каде ценел дека обжалената пресуда е јасна, разбирлива и содржи доволно образложени причини за решителни факти од кои се раководел првостепениот суд во одлучувањето без подетално да навлезе во елаборирање на овој заклучок.

Во делот каде судот навлегол во анализа на жалбените наводи поврзани со погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба утврдил дека во побиваната пресуда фактичката состојба е правилно и целосно утврдена и пресудата содржи образложени причини за решителните факти. За разлика од делот на суштествените повреди на одредбите на парничната постапка, каде како што напоменав не е навлезено во подетална елаборација на заклучокот на судот, во овој дел судот детално го образложува својот заклучок држејќи се до жалбените наводи на жалителот, со оглед дека фактичката состојба не е нешто што се испитува по службена должност туку само по истакнати наводи на жалителот. Во оваа насока судот најпрвин ги навел жалбените наводи на жалителот на кои се повикува во жалбата, а потоа детално елаборирајќи ги истите во контекст на оценката на првостепениот суд дал доволно образложение од кое може да се заклучи зошто смета дека истакнатите жалбени наводи во овој дел се неосновани.

Особено е интересно дека во делот на утврдената фактичка состојба Апелациониот суд дал посебна анализа на доказите во смисла на одредбите од Законот за спречување на дискриминација каде е наведено дека ако странката во судска постапка тврди дека согласно со одредбите на истиот закон и е повредено правото на еднакво постапување е должна да ги изнесе сите факти и докази кои го оправдуваат нејзиното тврдење а докажувањето дека нема дискриминација паѓа на товар на спротивната странка. Притоа судот во оваа насока утврдил дека тужените не дале докази од кои може да произлезе дека не постои дискриминација во конкретниот случај. Исто така Апелациониот суд ги елаборирал и заклучоците на првостепениот суд во делот каде се утврдени постулатите на самата дискриминација односно нееднаквиот третман па напишал дека и останатите работници биле во аналогна односно слична ситуација со тужителката но останатите работници имале поповолен третман од каде што произлегува дискриминаторскиот однос према тужителката. Ваквата анализа на Апелациониот суд во Скопје во делот на наводите за погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба е навистина темелна и е добро образложена.

Во делот на Анализа на жалбените наводи поврзани со погрешна примена на материјалното право, судот одлучувал по жалбените наводи на жалителот но и првостепената пресуда ја испитувал по службена должност со оглед дека согласно одредбите од Законот за парнична постапка судот по службена должност внимава на примена на материјалното право. Од образложението на судот во овој дел кое е обемно може да се каже дека Апелациониот суд ги образложил сите релевантни членови од Законот за работни односи и Законот за спречување и заштита на дискриминацијата кои се применливи во конкретната ситуација. Она што е интересно во овој дел и е навистина за пофалба е дека во делот на испитување на материјалното право кое го применил првостепениот суд Апелациониот суд, дал и анализа на одреби од Европската конвенција за човековите права и слободи и нејзиниот Протокол 12. Имено Апелациониот суд ја потврдил како исправна примената на членот 14 од Европската конвенција за човековите права и слободи за забрана на дискриминација и членот 1 од Протоколот 12 на Конвенцијата кој се однесува на општа забрана за дискриминација по било која основа. Примената на одредби од Европската конвенција за човековите права и Слободи, особено кога се работи за дискриминација од страна на домашните судови е секако есенцијална која мора да премине во пракса на судовите. Може да се заклучи дека образложението на Апелациониот суд во делот на примената на материјалното право е опсежна, доволна и во рамките на Законот за парнична постапка.

Во делот на Пресудата каде што Апелациониот суд ги образложува причините поради кои ја преиначил првостепената пресуда во делот на досудената нематеријална штета можат да се забележат неколку интересни работи. Имено Апелациониот суд во овој дел ја анализира фактичката состојба изведена од првостепениот суд, претежно концентрирајќи се на медицинското психијатриското во кое утврдува интензитетот и времетраењето на душевната болка која ја претрпела тужителката и притоа не утврдил дека првостепениот суд погрешно го утврдил времетраењето на душевната болка и нејзиниот интензитет.

Сепак Апелациониот суд ценел дека првостепениот суд превисоко ја определил висината на нематеријалната штета во износ од 100.000 денари и истата ја преполовил односно ја утврдил на износ од 50.000 денари. Сепак Апелациониот суд освен тоа што сметал дека според него овој износ е справедлив и не оди во спротивност со природата на правото на надоместок, не навлегол во подетално образложување на основ на кои реални показатели и факти дошол до ваквиот заклучок. Имено кога повисокиот суд ја преиначува првостепената постапка директно навлегува во одлучување на меритумот на спорот или во конкретниов случај на дел од спорот, па оттука истиот мора да даде детално образложение за тоа зошто одлучил како што одлучил. Користењето на законската терминологија “справедлив” и “не оди во спротивност со природата на правото на надоместок” без да се наведе кои се основите со кои се утврдува справедливоста и правото на надоместок не е доволно образложение за мериторно одлучување. Исто така во овој дел може да се забележи квантитативна разлика на образложението во споредба со образложението во делот каде првостепената пресуда се потврдува при што во овој дел образложението е доста пооскудно.

Заклучок

Генерален заклучок е дека Апелациониот суд во одлучување по жалбата се задржал во рамките на своите надлежности утврдени со Законот за парнична постапка, и тоа во сите три области во кои се истакнати жалбените наводи.

Понатаму, од предметната пресуда може да се заклучи дека судот извршил грижлива оценка на жалбените наводи истакнати од жалителот, и дал добро образложение кои жалбени наводи смета дека се неосновани а кои смета дека се основани. Уште повеќе во постапката Апелациониот суд во Скопје ги разгледал жалбените наводи во поширок и во потесен контекст односно во своето образложение ја ценел нивната основаност користејќи поголем број на законски одредби но не отишол надвор од смислата и причините поради кои овие наводи биле истакнати.

Од анализата на предметната пресуда на Апелациониот суд во делот во кој одлучувал мериторно и ја преиначил првостепената пресуда се заклучува дека требал да даде потемелно објаснување на причините поради кои ја преиначил пресудата. Имено доколку веќе судот во овој дел одмерувал висина на нематеријална штета за конкретната тужителка морал да образложи зошто досудениот износ од 50.000 денари смета дека е посправедлив од претходно досудениот износ од 100.000 денари со првостепената пресуда. Справедливоста на нематеријалната штета е околност која мора да се цени конкретно со околностите на индивидуата која и се досудува и поседиците кои произлегле за истата од дејствието кое ја предизвикало штетата. Паушалното објаснување дека одреден надомест е справедлив а друг не е како субјективно согледување на судиите не е доволно образложена причина за одлучувањето.

Формалното толкување на законските одредби го ограничува правото на пристап до судот

Анализа на *Борјанка Монеvsка* на *Решение ГЖ-1215/18* од 18.10.2018 година на Апелациониот суд Битола.

Фактите за случајот

Со Решение П1-20/17 од 23.04.2018 година на Основниот суд Битола, жалбата на тужениот поднесена преку полномошник адвокат против Пресуда на Основниот суд Битола П1-20/17 од 13.03.2018 година, се отфрла согласно член 98 став 4 вв со член 101 од ЗПП. Со предметното Решение ГЖ-1215/18 од 18.10.2018 година на Апелациониот суд во Битола, жалбата на тужениот се одбива, а Решението на Основниот суд Битола П1-20/17 од 23.04.2018 година, се потврдува.

Имено, причината поради која првостепениот суд ја отфрлил жалбата на тужениот поднесена преку полномошник адвокат, е тоа што како што ценел овој Суд, во жалбата не бил наведен податок за електронското сандаче на полномошникот адвокат на тужениот како што било предвидено во одредбата од член 98 став 4 од ЗПП, а наведената е-маил адреса во жалбата не содржела и податок за електронско сандаче за достава на писмена регистрирано согласно закон.

Во жалбата против ваквата одлука на првостепениот суд тужениот преку својот полномошник адвокат укажал дека е погрешен ставот на првостепениот суд, бидејќи во меморандумот од поднесената жалба бил внесен податок `vip_advokat@t-home.mk` што претставувало е-маил адреса односно електронско сандаче бидејќи тоа било едно исто, како и другите синоними кои се користеле за овој поим (електронска пошта, електронска адреса, е-маил, и-меил, електронско сандаче и слично). Дополнително во жалбата било наведено дека електронскиот систем за судска достава воопшто не функционираше кај полномошникот на тужениот сега жалител подолг временски период за што било пријавено во информатичкиот центар на Судот и информатичкиот центар на Врховен суд, поради што полномошникот на тужениот бил исклучен од овој систем и електронската достава не функционираше за него.

Во објаснувањата дадени од страна на судијата на првостепениот суд пред второстепениот суд согласно член 349 став 2 од ЗПП, дополнително е наведено дека во член 126-а од ЗПП било уредено како се врши електронска достава, како и дека преку проверка во акмис програмата се утврдило дека полномошникот адвокат немал функционално електронско сандаче за прием на писмена, но сепак бил должен во жалбата да наведе податоци за електронско сандаче. Со ставот на првостепениот суд во целост се согласил и второстепениот суд поради што нашол дека не биле сторени повреди на одредбите од парничната постапка од страна на првостепениот суд и ја одбил жалбата на тужениот како неоснована.

Во образложението на предметното решение второстепениот суд навел дека смета дека законодавецот употребил различни термини во одредбите од член 98 став 3 и став 4 од ЗПП, со цел јасно да конкретизира е-маил и електронско сандаче како различни поими, па во жалбата морало да биде наведена не само е-маил адресата туку и податоците за електронското сандаче за достава на писмената регистрирано согласно закон, а како овој податок тужениот го немал наведено во ниту еден претходен поднесок.

Значење и примена на одредбата од член 98 став 4 од ЗПП

Имено, во одредбата од член 98 од ЗПП насловена како „Поднесоци“, се уредуваат основните елементи што треба да ги содржи секој поднесок за да може по истиот да се постапува. Одредбите од став 3, 4, 5 и 8 од член 98 од ЗПП, се донесени со Законот за изменување и дополнување на ЗПП од 01.09.2010 година објавен во Службен весник бр.116/2010, кои измени се донесени како резултат на животната реалност во врска со користењето на интернетот помеѓу физичките и правните лица, кој интернет се покажа како главен економски двигател во многу области, а со донесувањето на многу закони и легислативно се регулираше областа на информатичкото општество и во комуникацијата меѓу државните органи и граѓаните па и во комуникацијата меѓу самите граѓани.

Впрочем, донесените измени на оваа одредба се во смисла на начелото на економичност на постапката и судење во разумен рок, со цел надминувањето на проблемот со одолговлекувањето на постапката и неможноста да се постапува по поднесок заради недоволен број на примероци, нецелосни податоци во поднесокот како и да се обезбеди посериозен пристап од страна на странките и нивните полномошници уште при поднесување на поднесоците до судовите.

Во одредбата од став 3 е предвидено дека, поднесоците мораат да бидат разбирливи и мораат да го содржат сето она што е потребно за да може да се постапи по нив, а покрај другите податоци се наведува дека треба да содржат и е-меил адреса.

Во одредбата од став 4 од член 98 од ЗПП, се предвидува дека поднесоците на одредени учесници во постапката (адвокати, државни органи, односно органи на локалната самоуправа, правни лица и лица кои вршат јавни овластувања) кои можат да се разменуваат по електронски пат, потребно е да содржат и податоци за електронско сандаче за достава на писмената регистрирано согласно закон.

Одредбата од став 4 од член 98 од ЗПП, е конкретизирана и преку одредбите од член 125-а и 126-а од ЗПП, кои се донесени со истите измени на ЗПП, и предвидуваат дека доставувањето на писмената на адвокати и другите лица наведени во член 98 став 4 од ЗПП, се врши по електронски пат во електронско сандаче и дека доставувањето по електронски пат се врши преку информатичкиот систем на судот на адресата на електронското сандаче на примателот на доставата.

Интенцијата на законодавецот употребувајќи го терминот „електронско сандаче за достава на писмената регистрирано согласно со закон“, во одредбата од член 98 став 4 од ЗПП, која се однесува на поднесоците поднесени од адвокати и други лица кои согласно закон се должни да бидат регистрирани на системот за е-достава со свое електронско сандаче односно е-маил адреса, била да стави до знаење дека наведените лица во поднесоците мора да ја наведат онаа е-маил адреса со која се регистрирани во системот за електронска судска достава, а не некоја друга е-маил адреса. Во таа смисла законодавецот прецизирал дека во овие поднесоци поднесени од лица со кои Судот има електронска комуникација, мора да биде наведена адресата на електронското сандаче со која корисникот се регистрирал во системот за електронска судска достава, а со цел Судот да нема пречки при размена на писмена на регистрираната адреса на електронското сандаче.

Додека пак во одредбата од член 98 став 3 од ЗПП, законодавецот го употребил поширокиот термин „е-маил адреса“, од причина што оваа одредба има широка примена и се однесува на поднесоците поднесени од странките физички и правни лица, без разлика дали се поднесени преку полномошник адвокат или лично од самите странки. Ова со оглед дека физичките лица и правни лица како странки не се должни да бидат регистрирани на системот за електронска судска достава со своја е-маил адреса односно електронско сандаче согласно закон, како што е на пример адвокатот.

На тој начин, законодавецот кога употребил различни термини, не сметал дека ќе создаде недоследности во примената на одредбата од член 98 став 3 и 4 од ЗПП, бидејќи термините се наведени така како што налага потребата за исполнување на целта на одредбата. Притоа, сметајќи на тоа дека судиите ќе бидат соодветно обучени за примена и толкување на одредбите за електронската достава и ќе имаат елементарно познавање на терминологијата во оваа смисла.

Согласно стручната литература од областа на информатиката, електронската пошта (е-маил) е сервис на Интернет кој овозможува размена на електронски пораки меѓу корисниците на електронската пошта на Интернет. За да може да се користи електронската пошта секој корисник мора да има своја електронска адреса, или е-маил адреса. За секоја електронска адреса се доделува електронско сандаче. Електронско сандаче (e-mail box) е простор на хард дискот на компјутерот е-mail сервер, во кој се чуваат електронските пораки на корисникот. Е-mail сервер е компјутер поврзан на Интернет кој ги прима и испраќа електронските пораки на корисниците на електронската пошта. За да може да користи електронската пошта, секој корисник мора да има своја електронска адреса. Е-mail адресата ја избира корисникот. Е-mail адресата се состои од два дела: корисничко име кое го избира корисникот при креирање на е-mail адресата и име на е-mail серверот, кои се одделени со знакот @.

Дека е-маил адресата како податок е податокот за адресата на електронското сандаче произлегува и од дефиницијата за „електронско сандаче“ која се користи во Условите за користење на системот за електронска достава на судски документи, а тоа е онаа е-маил адреса која на барање на корисникот, Судот ја одобрува, регистрира на web порталот е-достава, и преку која се извршува безбедно електронско доставување и примање на судски документи.

Со оглед дека како што се наведува во жалбата на тужениот, полномошникот адвокат во жалбата го имал наведено податокот за е-маил адресата со која бил регистриран во електронскиот систем за судска достава, што значи податокот за неговото електронско сандаче, и покрај тоа што истото не функционираше, произлегува дека не биле исполнети условите од член 101 став 1 од ЗПП, жалбата на тужениот поднесена преку полномошник адвокат, да биде отфрлена. Следи дека Судовите сториле погрешна примена на одредбата од член 98 став 4 од ЗПП, кога нашле дека покрај внесениот податок за е-маил адреса полномошникот на тужениот бил должен да внесе и дополнителен податок за електронското сандаче.

Заклучок

Со предметното решение се сторени повреди на постапката со оглед дека второстепениот суд не ги отстранил суштествените повреди сторени во првостепената постапка по член 343 став 1 вв член 98 став 4 и член 101 став 1 од ЗПП и член 343 став 2 точка 7 од ЗПП.

Сторените повреди од страна на првостепениот суд кои не се отстранети од страна на второстепениот суд, се поради погрешната примена на одредбата од 98 став 4 од ЗПП, а која погрешна примена повлекува и повреда по член 343 став 2 точка 7 од ЗПП.

На овој начин на тужениот му е одземена можноста да расправа пред второстепениот суд односно му е повредено правото за пристап пред суд загарантирано член 6 од Европската конвенција за човекови права. Имено, процесните начела имаат значење не само за законодавецот туку и за оној кој ги применува, а тоа се судиите во постапката за давање правна заштита поради што не може истите да не водат сметка за примената и интерпретацијата на процените начела, меѓу кои и принципот на правичност.

Дотолку повеќе што, во конкретниот случај е дискутабилно дали Судот навистина се грижел за остварување на целта на законската одредба за уредноста на жалбата како поднесок, ако се земе во предвид дека, како што е наведено, според Судот полномошникот на тужениот во ниту еден претходен поднесок немал наведено електронско сандаче. Оттука, се поставува прашањето зошто и како, претходно поднесените поднесоци од полномошникот биле уредни за Судот да расправа и одлучува по нив и да предизвикува трошоци за судскиот буџет и за странките, а сега прв пат жалбата како поднесок ја сметал за неуредна и нашол дека не може да се расправа по истата, ограничувајќи му го на тужениот уставно загарантираното право на пристап до Суд.

Заклучокот е дека со ваквиот формален и непрактичен пристап кон начинот на толкување на законските одредби, се одбегнува суштинската примена на процесните начела и се остава простор за сомнеж дека на судиите, одредбата од член 98 вв член 101 од ЗПП, им служи во намерата да прикажат поголем број на решени судски предмети кои ќе влезат во нивната судска норма со што истите би добиле повисока оценка од страна на судскиот совет. Но во борбата за повисока оценка, поголеми бенифиции и лично напредување, судиите забораваат дека истите вршат судска функција чија основна улога е правораздавањето, преку мериторно одлучување за некое право или правен однос, а се со цел остварување на поголема правна сигурност и предвидливост во правниот промет.

Токму правната сигурност е една од придобивките која се очекува да се постигне во пресрет на реформскиот процес кој што му следи на судството во Република Северна Македонија, од која причина дополнително е значаен придонесот на судиите во овој процес, преку правилно и целесообразно толкување и примена на законските одредби во изречените одлуки, а во насока на зачувување и промовирање на основните човекови права и слободи.

Повреда на правото на сопственост на лицата кои не користат топлинска енергија

Анализа на *Владимир Донеvски* на Пресуда ГЖ-3957/16 од 26.05.2017 година од Апелационен суд Скопје.

Факти за случајот

Тужениот е сопственик на стан во колективна станбена зграда која се наоѓа во Скопје во која немало инсталација за централно греење и никој од сопствениците на становите не бил евидентиран како корисник на топлинска енергија, но на барање на сопствениците на 5 стана во влезот на тужениот правното лице АД „Топлификација Скопје“ кое обезбедувало топлинска енергија инсталирало радијатори во тие 5 станови и потпишало договор за топлинска енергија со нив, без притоа цевките од инсталацијата да поминуваат низ другите станови туку само низ заедничките простории на зградата.

Со Пресуда ГЖ-3957/16 од 26.05.2017 година Апелациониот суд Скопје ја одбил жалбата на тужениот како неоснована и ја потврдил Пресудата на Основниот суд Скопје II Скопје ПЛ1-П-1610/15 од 20.04.2016 година.

Причината поради која првостепениот суд го одбил приговорот на тужениот како неоснован е тоа што иако тој не е корисник на топлинска енергија на тужителот, согласно Правилата за снабдување со топлинска енергија и мислењето на Регулаторната комисија истиот е должен да плаќа надоместок за ангажирана моќност (фиксен дел) од надоместокот за топлинска енергија, како исклучен, односно пасивен потрошувач.

Во жалбата против ваквата одлука тужениот му потенцирал на второстепениот суд дека тужениот не бил приклучен на грејната инсталација на тужителот, не ги користел неговите услуги, низ станот во кој живее не поминувале цевки за испорака и поврат на топлинска енергија, ниту тужениот склучил договор за снабдување со топлинска енергија со тужителот, па оттука и нема основ од кој би произлегла обврската да плаќа надометок.

И покрај тоа, со ставот на првостепениот суд целосно се согласил и второстепениот суд, па дошол до заклучок дека првостепениот суд правилно ја утврдил фактичката состојба и правилно го применил материјалното право по што жалбата на тужениот ја одбил како неоснована.

Во образложението на второстепената одлука судот наведува дека првостепениот суд правилно ги применил одредбите од член 53 став 1 и 2 од Правилата за снабдување со топлинска енергија, бидејќи согласно истите во конкретната ситуација тужениот имал статус на исклучен потрошувач, односно пасивен потрошувач, па како таков имал обврска за плаќање надоместок за ангажирана моќност, а дека согласно член 66 став 2 од истите Правила сите исклучени потрошувачи кои немало да склучат договор за снабдување со топлинска енергија со соодветниот снабдувач најдоцна до 01.10.2012 година, должни биле да го плаќаат надоместокот за ангажирана моќност, што се потврдувало и со одлуката на Уставен суд на РМ од 22.05.2013 година. Исто така, според второстепениот суд фактот што тужениот не склучил договор за снабдување на топлинска енергија не го ослободувало од обврската за плаќање на надоместот. Сите овие одредби второстепениот суд во образложението на пресудата ги врзал со одредбите од член 251 од Законот за облигационите односи според кои доверителот во обврзан однос е овластен да бара од должникот исполнување на обврската, а должникот е должен да ја исполни совесно во сето како што гласи таа.

Значење и примена на материјалното право

Во конкретниов случај, единственото материјално право на кое се повикува првостепениот суд во Пресудата ПЛ1-П-1610/15, е членот 53 ставови 1 и 2 од Правилата за снабдување со топлинска енергија (Сл.В. на РМ бр.97/12) и членот 10 од Законот за облигационите односи.

Во одредбата од член 53 од Правилата за снабдување со топлинска енергија, насловена како „Исклучување по барање на потрошувачите во колективни објекти“, се уредува ситуацијата кога во еден колективен објект за домување, приклучен на системот за топлинска енергија и кај кој преку еден мерен уред се врши распределба на надоместокот, поединечни потрошувачи сакаат да се исклучат од системот. Ставот 1 од овој член прокламира дека потрошувачите може да бидат исклучени на нивно барање, меѓутоа за тоа е потребна согласност од вкупниот број на потрошувачи во колективниот објект. Ставот 2 пак од истоимениот член ја пропишува должноста за потрошувачите кои побарале исклучување да плаќаат надоместок за ангажирана моќност.

Притоа целта која сакала да се постигне со оваа одредба, била да се спречи зголемување на надоместокот за топлинска енергија на потрошувачите кои сè уште се приклучени на системот за топлинска енергија. Впрочем, со цел да не се теретат активните потрошувачи со високи сметки, надоместокот за ангажирана моќност се распределувал на сите сопственици на станови во еден колективен објект за домување.

Потрошувачите кои побарале и биле исклучени од системот за топлинска енергија всушност ги амортизирале трошоците на активните потрошувачи. Крајната цел пак на сето ова било да се спречи спирала на исклучувања, затоа што доколку трошоците за ангажирана моќност ги плаќаат само активните потрошувачи нивните сметки би биле далеку повисоки, па тоа би предизвикало и нивно исклучување, а на крајот и колапс на системот за централно греење како еден од основните столбови на урбаните средини. Во одредбата од член 10 од Законот за облигационите односи, насловена како „Должност за исполнување на обврски“ законодавецот на ниво на основно начело на облигационото право ја издигнува должноста на учесниците во облигациониот однос да ги исполнуваат своите обврски и дека истите се одговорни за исполнувањето.

Во второстепената одлука пак, со број ГЖ-3957/16 второстепениот суд, покрај овие, во насока на оправдување на правилно применето материјално право и правилно утврдена фактичка состојба од страна на првостепениот суд, ги цитира и одредбите од член 15 и член 66 од Правилата за снабдување со топлинска енергија, како и одредбите од член 251 од Законот за облигационите односи.

Имено, во одредбата од член 15 од Правилата за снабдување со топлинска енергија насловена како „Цена и надомест за испорачана топлинска енергија“ уреден е начинот на формирање и пресметување на цената за испорачаната топлинска енергија. Во одредбата од член 66 од Правилата пак, прокламирана е должноста на сите претходно исклучени потрошувачи од колективните објекти за домување да склучат договор за снабдување со топлинска енергија со соодветен снабдувач, а во спротивно дека ќе бидат задолжувани со надомест за ангажирана моќност, како и должноста за снабдувачот на сите исклучени потрошувачи да им понуди договор за снабдување со топлинска енергија.

Притоа овие обврски второстепениот суд ги врзува со одредбата од член 251 став 1 од Законот за облигационите односи, насловена како „Исполнување на обврската и последици од неисполнувањето“ во која е конкретизирано погоре споменатото основно начело на облигационото право, односно должноста на должникот од обврзан однос да ја исполни обврската совесно во сето како што гласи таа.

Правната неиздржаност на овие две пресуди е очигледна и само со проста анализа на одредбите на кои се повикуваат судовите во образложенијата на соодветните пресуди.

Имено цитирајќи ги одредбите од Законот за облигационите односи, произлегува дека истите обврзниот однос во кој се наоѓале странките во постапката, го црпат од закон, меѓутоа пропуштаат да наведат од кој Закон произлегува обврската која му ја наметнуваат на тужениот. Тоа е така, затоа што во Законот за енергетика, ваква должност за тужениот не е пропишана. Со самото тоа што законодавецот во кодификацијата на оваа тематика не пропишал должност за ваквата категорија на сопственици на станови во објект за колективно домување, се потврдува и неговата намера овие граѓани да не се задолжуваат со надоместоци услуги кои не ги користат.

Дотолку повеќе што во членот 28 од Законот за енергетика, врз основа на кој се донесени цитираните Правила, пропишано е дека со истите поблиску ќе се уредат општите услови, начинот на снабдување со топлинска енергија, како и меѓусебните права, обврски и одговорности меѓу снабдувачите и потрошувачите на топлинска енергија, а како дел од овие односи со правилата да се уреди и начинот на пресметка и фактурирање за испорачана енергија. И во овој случај јасно се потврдува целта на законодавецот правилата да се однесуваат на потрошувачите на топлинска енергија на кои им е испорачана топлинска енергија, спротивно на толкувањата на судиите од првостепениот и второстепениот суд.

Од поставените цели кои се сака да се постигнат со законот очигледен е опсегот на лица на кои се однесува законот и преку кои се сака да се постигне поставената цел. За тоа кој е потрошувач пак законодавецот уште на почетокот на законскиот текст во членот 3 во кој се даваат дефиниции на одделни термини кои се користат во законскиот текст јасно наведува дека потрошувач на енергија или енергент е купувач кој набавената енергија или енергент ја користи за сопствена потрошувачка, додека пак купувач на енергија или енергент е физичко или правно лице кое купува енергија или енергент за сопствена потрошувачка или за натамошна продажба.

Согласно член 6 од Правилата снабдувачот е должен со потрошувачот да склучи договор за снабдување со топлинска енергија во согласност со овие Правила. Воедно, согласно член 62 став 1 точка 4, 6, 8 и 9 од истите правила, снабдувачот е должен да изготвува договори, пресметки и известувања кои се доставуваат до потрошувачите, да води и ажурира документација во врска со фактурирањето и наплатата на сметките или било која друга документација предвидена со овој Правилник и соодветните мрежни правила, како и да ги извести писмено потрошувачите барем еднаш годишно, за нивните права и обврски со потпишаните договори за снабдување. Исто така, и согласно Лиценцата за вршење на енергетска дејност снабдување со топлинска енергија издадена со Одлука на Регулаторната комисија за енергетика на РМ (УП1 бр. 11-293/12 од 31.12.2012 година) обврска на носителот на лиценцата е да склучува договори со потрошувачите за снабдување со топлинска енергија.

Согласно член 51 од Уставот на Република Северна Македонија, законите мораат да бидат во согласност со Уставот, а сите други прописи со Уставот и со закон. Тоа значи дека предметните правила, кои се подзаконски пропис, мораат да бидат во согласност и со Уставот и со Законот за енергетика. Притоа во членот 28 од Законот за енергетика јасно се наведени прашањата кои со предметните Правила треба да се доуредат, а не и да нормираат други прашања кои се спротивни на законот и со кои се излегува надвор од границите на доуредување на одреден член од законот, како што е тука случај.

Покрај одредбите од Правилата, првостепениот суд во конкретниот случај го задолжил тужениот со предметниот долг и врз основа на мислење на Регулаторната комисија според кое во колективен објект каде се врши испорака на топлинска енергија, при што приклучените станбени единици на грејната инсталација на објектот се активни потрошувачи на топлинска енергија, а оние станбени единици кои не се приклучени на грејната инсталација на објектот (со третман на исклучени потрошувачи на топлинска енергија) се пасивни потрошувачи на топлинска енергија. Единствено „мислење“, односно толкување на одредби кое е правно релевантно е автентичното толкување на закони дадено од законодавниот орган и само на вакво толкување судовите може во своите одлуки да се повикуваат и да засноваат одлуки.

Согласно член 2 став 1 од Законот за судовите, судовите судат и своите одлуки ги засноваат врз основа на Уставот, законите и меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот на РМ, и согласно ставот 2 од истиот член судиите во примената на правото ги заштитуваат човековите права и слободи. Спротивно на ова, судовите во конкретниот случај своите одлуки ги засновале на подзаконски пропис и на мислење од државен орган.

Имено, постапувајќи на начин како конкретниот, судовите го повредиле уставно загарантираното право на сопственост на тужениот и всушност темелната вредност на Уставот на РМ – сопственоста, а воедно и основно човеково право загарантирано со Европската конвенција за човекови права.

Заклучок

Од сето погоре наведено неспорно може да се заклучи дека во конкретниот случај судовите сториле повреда на материјалното право, како и повреда на основно човеково право загарантирано со Устав и со Европската Конвенција за човекови права.

Имено, како што наведовме и погоре, во Правилата за снабдување се регулирани меѓусебните права, обврски и одговорности на снабдувачот и потрошувачот на топлинска енергија, односно со правилата се уредуваат правата и обврските на потрошувачите, а тужениот во конкретниот случај не претставува потрошувач на топлинската енергија која ја снабдува тужителот, па оттука произлегува дека овие правила не важат за тужениот.

Во конкретниот случај не наоѓаат примена одредбите од ЗОО, со оглед дека тужителот не ја испочитувал својата обврска да достави договор за снабдување со топлинска енергија на тужениот како исклучен потрошувач, што значи дека договор помеѓу странките за снабдување со топлинска енергија нема и никогаш не бил доставен ниту понуден од страна на тужителот до тужениот, а ниту пак во Законот за енергетика, не е предвидена обврска за сопствениците на станови кои никогаш не биле приклучени на системот за топлинска енергија, па во вакви услови нема ниту обврска на тужениот за плаќање на побаруваниот износ со тужбата.

Може да се заклучи дека судовите во конкретниот случај постапувале летаргично, не се впуштиле во испитување на суштината на проблемот, во системско толкување на законските одредби, и толкување во духот на Уставот и Европската Конвенција за човекови права, па ги прекршиле и одредбите од Законот за енергетика и Законот за облигационите односи и уставно и меѓународно загарантираното право на сопственост. Летаргичноста на судовите се потврдува и од фактот што во недостиг на докази за основаноста на побарувањето тие усвоиле тужбено барање и го задолжиле тужениот со долг.

Впрочем дека интенцијата на законодавецот не била да се задолжуваат со надоместоци и граѓаните кои не се приклучени на системот за топлинска енергија говори и фактот што и Врховниот суд на Република Македонија на 20.02.2018 година дал мислење дека станарите кои никогаш не биле приклучени на систем на топлинска енергија, не склучиле договор за снабдување со топлинска енергија и немале поставено внатрешна инсталација од снабдувачот на топлинска енергија, немаат статус на исклучени пасивни потрошувачи и со тоа не треба да плаќаат надомест за ангажирана моќност и во новите Правила за снабдување со топлинска енергија од 28.03.2019 година, изрично е пропишано дека исклучените потрошувачи немаат обврска за плаќање на надоместок за ангажирана моќност, а како би се избегнало и злоупотреба на овие одредби од страна на снабдувачите и погрешно толкување на истите од страна на судовите, што е случај во постапката чии што пресуди се предмет на оваа анализа.

Анализа на пресуда на Апелациониот суд Скопје за клеветата и штета нанесена на угледот и честа и повреда на личните права

Анализа на проф. д-р Игор Камбовски на Пресуда ГЖ бр.3811/18 на Апелациониот суд Скопје.

Факти за случајот:

Лицето Л. Ш. (тужител) од К. е поранешна наставничка вработена во Основното училиште К. Р. во К. На нејзино барање, со Решение на ОУ К.Р. К. бр 04-435/2 од 03.11.2015 година бил раскинат договорот за вработување Спогодбениот престанок на работниот однос бил инициран како резултат на лична проценка на тужителката која сметала дека истото е потребно ако се има предвид непријатната состојба во која таа се наоѓала во тој момент. Имено, непосредно пред да го раскине договорот за вработување, од страна на трето лице, со кражба на хардвер и со неовластено влегување во компјутерски систем, на тужителката и биле украдени кориснички податоци за влез во нејзината електронска пошта и во нејзиниот Facebook профил со што биле злоупотребени нејзините лични податоци. Поради таквиот противправен чин тужителката го загубила непречениот пристап и владението над својата електронска пошта и својот Facebook профил.

Тужителката преку електронска пошта на 27.09.2015 година испратила електронска порака до Дирекцијата за заштита на лични податоци (тужен) на нивната службена електронска пошта info@privacy.mk со која побарала заштита од злоупотреба на податоците од нејзиниот Facebook профил. Во дописот тужителката на тужениот му ги соопштила своите лични податоци, адресата на живеење и се пожалила на злоупотреба на личните податоци наведувајќи дека нејзината електронска пошта, со која пристапувала на својот Facebook профил е хакирана, и дека истите повеќе не се во нејзино владение.

Со таквото дејствие тужителката побарала инспекциски надзор и заштита од тужениот.

Понатаму навела дека, во меѓувреме, третото лице кое извршило упад во електронската пошта и Facebook профилот, неовластено манипулирало со Facebook профилот и личните содржини, на начин што податоците и фотографиите кои се наоѓале на профилот ги направило јавно достапни и видливи, со што било повредено нејзиното право на приватност. На крајот од обраќањето, побарала од тужениот во најкраток рок (следниот ден) да ја повика и да закаже средба со неа, или да го стави нејзиниот Facebook профил под заштита, односно да го оневозможи неовластеното користење и манипулирање со нејзините податоци и фотографии на профилот. Врз основа на поднесеното барање од страна на тужителката до тужениот, Дирекцијата донела решение УП 1 бр. 10-397 од 27.10.2016 година со кое ја прифатило иницијативата за вршење на инспекциски надзор на тужителката, а воедно утврдила повреда на правото на заштита на личните податоци.

Тужениот, во врска со нејзината иницијатива за вршење инспекциски надзор и одговорил на тужената дека истата е вклучена во месечниот план за инспекциски надзор. Тужениот навел дека предметот е распределен кај овластеното лице за вршење на инспекциски надзор и дека за исходот од постапката и начинот на кој ќе биде одлучено, тужителката благовремено ќе биде информирана од страна на овластеното лице. Овластеното лице вработено кај тужениот преку електронска пошта ја известило тужителката дека социјалната мрежа Facebook ќе и обезбеди инструкции за пристап, деактивирање и бришење на нејзиниот злоупотребен профил. Во меѓувреме, третото лице стапило во контакт со тужителката и ја уценувало да врши одредени работи во негова корист,

со закана дека содржините и фотографиите кои се наоѓале на Facebook профилот на тужителката јавно ќе ги објави. Откако тужителката не одговорила на барањата и заканите, третото лице продолжило неовластено и противправно да врши дејствија и активности на приватната електронска пошта и на Facebook профилот на тужителката и објавувало во јавност компромитирачки фотографии на тужителката.

Како резултат на уцените и заканите, тужителката, свесна за опасноста од нарушување на нејзината чест, углед и положба во општеството како наставник и пример на своите ученици, побарала од директорот на училиштето спогодбено да го раскине договорот за вработување. Фотографиите биле објавени и на Телевизија Сител на 06.11.2015 година во посебен прилог насловен „Голата наставничка си замина од катедрата, остана на Facebook“⁴⁹. На прашање на новинарот - на кој начин постапува Дирекцијата во вакви случаи на злоупотреба на Facebook профили, од страна на овластено лице вработено во Дирекцијата за заштита на личните податоци (тужениот) меѓу останатото била дадена изјава во која се содржани невестинити факти штетни за честа и угледот на тужителката, и тоа во делот каде се вели: „Она ги објавила фотографиите, она може да ги тргне. Ние нема зошто тука да се мешаме во таа работа. Доколку се работи за злоупотреба од некој друг на нејзини фотографии во тој случај можеме да реагираме. Но друг надлежен орган во Република Македонија не постои“. Ваквата изјава на овластеното лице вработено кај тужениот била повод тужителката да поднесе тужба за клевета изјавена преку средства за јавно информирање поради нанесена штета на нејзината чест и углед против Дирекцијата за заштита на личните податоци.

Процесни дејствија, првостепена одлука:

Во врска со уцената и останатите противправни дела се поведени соодветни постапки пред надлежни органи за кривично гонење - Кражба по член 235 став 1 од Кривичниот законик (КЗ)⁵⁰, Злоупотреба на лични податоци од член 149 став 1 од КЗ, Неовластено навлегување во компјутерски систем по член 251 став 1 од КЗ и Уцена по член 259 став 1 од КЗ. Во поглед на нанесената штета на нејзината чест и углед, тужителката поднела тужба согласно член 8 став 1 од Законот за граѓанска одговорност за навреда и клевета (ЗГОНК)⁵¹ до Основниот суд Скопје 2-Скопје (Граѓански суд). Тужбата е поднесена против тужениот-Дирекцијата за заштита на личните податоци, за утврдување на граѓанска одговорност за клевета и надомест на штета. Основ за тужбата, односно тужбеното барање, е клеветата содржана во изјавата на овластеното лице вработено кај тужениот, со која јавно биле изнесени невестинити факти кои се штетни за нејзиниот углед и чест, а која била објавена преку средствата за јавно информирање, во Дневникот на телевизија Сител на ден 06.11.2015 година. По објавување на прилогот тужителката претрпела нематеријална штета поради повреда на нејзините лични права, бидејќи била изложена на срам и непријатности не само во семејството, поблиската средина туку и во општеството воопшто, а кои резултирале и со нарушување на нејзината здравствена состојба. Првостепениот граѓански суд донел Пресуда П5 бр.7/16 од 10.10.2017 година со која делумно го уважил тужбеното барање, односно утврдил граѓанска одговорност за клевета, а во делот за надомест на нематеријална штета за повреда на личните права тужбеното барање било одбиено. Првостепениот суд во постапката ги извел предложените докази од страна на тужителот и тужениот и го применил материјалното право кое кореспондира со конкретното тужбено барање. Законската рамка која е применета во конкретната ситуација ги опфаќа: член 8 став 1 од Законот за граѓанска одговорност за навреда и клевета-за клевета одговара тој што за друго лице со утврден

49 <https://www.youtube.com/watch?v=dfYT3wEypCA>

50 „Службен весник на Република Македонија“ број 37/96, 80/99, 4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 7/2008, 139/2008, 114/2009, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13 и 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15 и 97/17

51 „Службен весник на Република Македонија“ број 143/2012

или очевиден идентитет, со намера да наштети на неговата чест и углед, пред трето лице изнесува или пронесува невестинити факти што се штетни за неговата чест и углед, а знае или бил должен и може да знае дека се невестинити; и, во поширок контекст, член 25 од Уставот на РСМ^[iv]- на секој граѓанин му се гарантира почитување и заштита на приватноста на неговиот личен и семеен живот, на достоинството и угледот; како и член 8 став 1 од Европската Конвенција за заштита на човековите права⁵² -секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.

Анализа на Пресуда ГЖ бр.3811/18 на Апелациониот суд Скопје

Второстепената постапка која резултирала со Пресуда ГЖ бр.3811/18 на Апелациониот суд во Скопје од 12.09.2018 година, е иницирана по жалбата на тужениот, изјавена против пресудата на Основен суд Скопје II Скопје П5бр.7/16 од 10.10.2017 година. Во жалбата тужениот се повикува на два основи по кои може да се поднесе жалба согласно Законот за парнична постапка (ЗПП)⁵³, односно поради погрешно или нецелосно утврдена фактичка состојба и погрешна примена на материјалното право, како и поради одлуката за трошоци. Според тужениот, во жалбата е наведено дека спорната изјава на неговиот претставник во прилогот објавен на телевизија Сител не содржи елементи на клевета, па поради тоа истата не може да предизвика за последица одговорност на тужениот за клевета во смисла на Законот за граѓанска одговорност за навреда и клевета. Ова од причина што претставникот на Дирекцијата за заштита на лични податоци на барање на редакцијата на Сител Телевизија на ден 6.11.2015 година дал кратко интервју во врска со објавување на спорните фотографии на тужителката на социјалната мрежа Facebook, при што интервјуто ниту било тенденциозно, а уште помалку со намера да се наштети на честа и угледот на тужителката. Според тужениот единствената цел на дадената изјава е да се појасни што се случува кога се објавуваат фотографии на социјалната мрежа Facebook и појаснување дека, доколку се работи за злоупотреба од некој друг, во тој случај може да реагира Дирекцијата за заштита на лични податоци како единствен надлежен орган за оваа цел во државата.

Во жалбената постапка, Апелациониот суд испитувајќи ја обжалената пресуда во граница на жалбените наводи, ја одбил жалбата на тужениот како неоснована и ја потврдил првостепената пресуда П5 бр.7/16 од 10.10.2017 година на Основниот суд Скопје 2, Скопје. Апелациониот суд, согласно чл.354 ст.1 од ЗПП внимавајќи по службена должност на сторени суштествени повреди на одредбите на парничната постапка од чл.343 ст. 2 т. 1,2,3,5,10,11,13,14 и 15 од ЗПП, констатирал дека со донесување на обжалената пресуда не е сторена ниту една од суштествените повреди на кои овој суд внимава по службена должност. Во поглед на жалбените наводи за погрешна примена на материјалното право, Апелациониот суд сосема кратко, во еден став, констатира дека и материјалното право е правилно применето кога првостепениот суд одлучил како во изреката на обжалената пресуда. Истата концизност се забележува и во делот за трошоците, каде Апелациониот суд проценил дека првостепениот суд согласно чл. 148 од ЗПП правилно ги одмерил и досудил парничните трошоци со кои го задолжил тужениот, со јасно образложени причини на кои преземени процесни дејствија истите се однесуваат. Што се однесува до образложението на жалбените наводи за погрешно и нецелосно утврдена фактичка состојба, Апелациониот суд во целост ги прифатил аргументите на првостепениот суд содржани во првостепената пресуда и жалбените наводи на тужениот ги отфрлил како неосновани. Апелациониот суд особено го прифаќа образложението на првостепениот суд кој оценил дека тужениот не постапувал со доволно ниво на претпазливост преку давањето на изјавата на овластеното службено лице во делот кој се однесува на тужителката. Имено, тужениот не смеел да си дозволи да изнесува невестинити

⁵² <https://www.sobranie.mk/content/Odluki%20USTAV/UstavSRSM.pdf>

⁵³ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_MKD.pdf


факти во јавност, затоа што тужителката, пред да биде објавен телевизискиот прилог, побарала заштита од тужениот заради злоупотреба на податоците на нејзиниот Facebook профил, а нејзиното барање било усвоено со решение со кое воедно е утврдена и повреда на правото на заштита на личните податоци на тужителката. Исто така, во изјавата на овластеното лице објавена во прилогот на телевизија Сител, акцентот е ставен токму на тужителката, односно се тврди дека тужителката самата ги објавила компромитирачките фотографии и дека самата таа може да ги тргне. Првостепениот суд утврдил дека токму во овој дел изјавата на сведокот содржи невестинити факти кои можат да наштетат на честа и угледот на тужителката, затоа што тужителката на овој начин пред јавноста е претставена како личност која објавува лични компромитирачки материјали (фотографии) на социјалната мрежа Facebook, што може да се смета како неморално однесување во средината во која живее и работи тужителката. Интересно е да се спомне тоа што првостепениот суд го утврдил, а и Апелациониот суд истото го наведува и потврдува во образложението, дека професијата на тужителката е потенцирана во насловот на прилогот на телевизија Сител. Овој објавен податок на кој тужениот неспорно не влијаел, ниту можел да влијае, во контекст на изјавата дава уште поголемо значење за тежината на повредата на личните права на тужителката и на нејзината чест и углед. Ова можело да претставува основ за тужба и против телевизијата Сител, односно против авторот на изјавата, уредникот или лицето кое го заменува во средството за јавно информирање и правното лице, но тужителката, од за неа познати причини и побуди, не иницирала таква постапка против средството за јавно информирање. Понатаму, во тој контекст, тужениот во жалбата направил обид да се повика на основот за исклучување на одговорност предвиден во член 9 став 2 и член 8 став 3 од ЗГОНК, каде таксативно се наброени лицата кои можат да одговараат за клеветата доколку изнесувањето или пронесувањето невестинити тврдења за факти е сторено преку средство за јавно информирање, кој се однесува на круг на лица во кои не спаѓа тужениот. Сепак, правилно првостепениот суд утврдил, а Апелациониот суд ја потврдил одговорноста на тужениот за клеветата спрема тужителката сторена на опишаниот начин согласно член 8 став 1 од ЗГОНК. Што се однесува до делот на тужбеното барање во кој тужителката бара да и биде определен надомест за причинета нематеријална штета, првостепениот суд, и покрај утврдената одговорност за клеветата и навреда, утврдил дека не се исполнети условите за досудување на паричен надомест на нематеријална штета на тужителката поради повреда на нејзините лични права на чест и углед. Дадено е образложение дека судот досудува справедлив паричен надомест ако најде дека тежината на повредата и околностите на случајот го оправдуваат тоа. Судот сметал дека доволна и реална сатисфакција за претрпената штета на тужителката како резултат на преземените дејствија на тужениот претставува самото утврдување на одговорноста на тужениот за сторената клеветата. Уште поиндикативно е што тужителката воопшто не изјавила жалба против првостепената пресуда во делот на надомест на штета. Исто така, во овој контекст сметам дека тужителката можела да иницира постапка и да го насочи тужбеното барање, особено во делот на надомест на штета, кон средството за јавно информирање-телевизијата Сител. Иако субјективната одговорност е на страната на тужениот-Дирекцијата, а телевизијата Сител е медиумот преку кој клеветата е дистрибуирана во јавност, Сител како телевизија со национална концесија и со голема гледаност би можел да одговара за прилогот во кој е изнесена клеветата и верувам дека судот би пресудил во корист на тужителката и би досудил правичен паричен надомест.

Во тој контекст, во нашата судска пракса постојат голем број одлуки во кои е досуден справедлив паричен надомест за нематеријална штета поради повреда на личните права и честа и угледот, сторени од страна на средствата за јавно информирање. Што се однесува до поширокиот контекст на постоење реален ризик и закана за повреда на приватноста, личните права и злоупотреба на личните податоци, со потенцијален ефект на штета на честа и угледот, секој корисник на социјалната мрежа Facebook се

соочува со таков ризик. Причината лежи во фактот што сите содржини поставени на платформата на социјалната мрежа стануваат јавни и се подложни на злоупотреби. Степенот на јавност и достапност го определува самиот корисник, согласно Политиката за податоци^[vii] на Facebook и опцијата за технички подесувања (поставување, измени, бришење). Facebook често е на мета на напади и тужби поради начинот на кој ги собира, чува и користи личните податоци на корисниците, но од компанијата Facebook изјавуваат дека прават силни напори за соодветна техничка и правна заштита на личните податоци, фотографии и содржини на корисниците. Сепак, искуството и праксата покажуваат дека постојат пропусти и „протекувања“ на податоците во јавност, најчесто од злонамерни или лукративни побуди.

Заклучок

Апелациониот суд Скопје во постапката на одлучување по жалба одлучувал согласно надлежностите кои произлегуваат од Законот за парнична постапка, како второстепенa инстанца. Судот внимателно ги анализираше жалбените наводи на тужениот, по сите основи за жалба, истите ги отфрлил како неосновани и ја потврдил првостепената одлука со темелно и прецизно образложение. Генерален впечаток е дека Пресудата на Апелациониот суд е во согласност со домашното законодавство и востановената судска пракса, пред се од формален аспект. Сметам дека судскиот совет кој ја донел второстепената одлука немал големи дилеми во процесот на одлучувањето, пред се поради прецизноста и јасноста на обжалената првостепенa пресуда која била предмет на преиспитување и анализа. Но, гледано во поширок контекст, целата постапка добива поинаква димензија бидејќи станува збор за своевиден преседан во македонската судска пракса. Имено, во постапката во својство на тужена странка се јавува државен орган со јасни законски ингеренции во функција на заштитата на личните податоци. Предмет на заштита е субјективно граѓанско право-правото на приватност, угледот и честа и правото на заштита на личните податоци. Но, она што го прави предметот посебен е фактот што, посредно, повредата на субјективните граѓански права се врши преку еден современ јавен медиум (социјалната мрежа Facebook) кој служи, пред се, за забава, но и за комуницирање и јавно споделување лични мислења, ставови, фотографии, аудио и видео материјали и други содржини. Таквите содржини во својата суштина претставуваат ризичен објект на заштита, поради заканите за повреда на приватноста, личните права и злоупотребата на личните податоци, со можен негативен ефект на честа и угледот на корисниците на Facebook.

The background features abstract, overlapping curved shapes in various shades of blue, ranging from a deep navy to a lighter sky blue, set against a white background. The shapes create a sense of movement and depth, framing the central text.

*Анализа на
пресуди на
Европскиот суд
за човекови права*

Селмани и други против Република Македонија: Слобода на примање и пренесување на информации

Анализа на д-р Билјана Пулеска Јанушевска на пресудата „Селмани и други против Република Македонија“ (жалба бр 67259/14) од Европскиот суд за човекови права.

На 9 февруари 2017 година, Европскиот суд за човекови права изрече важна пресуда во случајот „Селмани и други против Република Македонија“ (жалба бр 67259/14). Во пресудата се утврдува повреда на член 6 од Конвенцијата во врска со неодржување на усна расправа во постапката пред Уставниот суд и повреда на слобода на изразување загарантирана со член 10 од Конвенцијата, во врска со насилно отстранување на новинари од галеријата на Собранието од каде што известувале како акредитирани лица.

Случајот ја истакнува основната природа на слободата заштитена со член 10 од Конвенцијата како една од суштинските темели на демократското општество и еден од основните услови за општествениот напредок. „Селмани и други против Република Македонија“ се однесува на слободата на изразување сфатена како слобода на примање и соопштување на информации и идеи. Во пресудата се реafirмира содржината на слободата на изразување како слобода на поседување на мислење, примање и соопштување на информации и идеи на претставниците на медиумите при вршење на професионална дејност, без мешање на органите на власт. Истотака, Судот ја потврдува воспоставената практика дека медиумите имаат задача да пренесуваат информации во јавен интерес и круцијалната улога на медиумите во обезбедување на информации за постапувањето на органите при јавни демонстрации и спречувањето на нарушувањето на редот. Судот ја реafirмира улогата на медиумите како „кучиња-чувари“ - нивното присуство е гаранција дека органите на власт може да бидат одговорни за своето однесување *vis-à-vis* демонстрантите и јавноста во целина кога станува збор за контролирање на големи собири, вклучително методите што тие ги користат за контрола или растерување на демонстрантите или за зачувување на јавниот ред. Сепак нејзината посебна важност произлегува од афирмирање на новата улога на медиумите во контрола на постапките во законодавниот дом и гаранции за слободата да добиваат непосредни и директни информации врз основа на нивното лично искуство како важен елемент во вршењето на новинарската функција.

Уште поважно, пресудата содржи јасни индикации за Уставните судови како да вршат проценка на оправданите причини поради кои слободата на изразување може да се ограничи заради безбедност како легитимен јавен интерес.

Според наодите во пресудата, отстранувањето на новинарите од парламентарната галерија претставува повреда на слободата на изразување според член 10 од ЕКЧП.

Факти

Случајот произлегол од настаните од 24 декември 2012 година во врска со постапката пред Собранието на Македонија за усвојување на Законот за буџетот за 2013 каде што новинарите известувале од галеријата на Собранието, која се наоѓала над собраниската сала. Расправата за одобрувањето на законот за државниот буџет привлечла значително внимание во јавноста и медиумите, што се должело на судирот помеѓу опозициските и пратениците на владеачката партија во однос на легалноста на постапката за усвојување на законот. Протестот на опозициските пратеници резултираа со интервенција на собраниското обезбедување во салата и насилно отстранување на пратениците на опозицијата од собраниската пленарна сала и насилно отстранување на жалителите и други новинари од собраниската галерија.

Потоа, Уставниот суд на Македонија ја отфрли уставната жалба од новинарите дека нивното отстранување го нарушило правото на слобода на изразување. Во својата одлука, Уставниот суд утврдил дека претседателот на Собранието има овластување според членот 43 од Законот за Собрание и Деловникот за работа да им нареди на полициските службеници задолжени за безбедноста во Собранието да воспостават ред во собраниската сала и да создадат услови за отпочнување на седницата. Уставниот суд заклучил дека постоеле оправдани причини поради кои собраниското обезбедување проценило дека е потребно галеријата да се испразни, заради безбедност на присутните во галеријата и оние кои се наоѓале во салата. Сите присутни во галеријата, меѓу кои се наоѓале и подносителите на барањето, биле замолени, од обезбедувањето да ја напуштат галеријата од безбедносни причини и случувањата да ги следат од прес центарот, а подоцна отстранети. Според оценката на Уставниот суд, дејствието на отстранување на новинарите од галеријата на собраниската сала претставува попречување на правото на новинарите непречено да ја обавуваат својата дејност и да ја информираат јавноста за настан кој е од несомнено големо значење за граѓаните на Република Македонија. Сепак Уставниот суд оценувајќи ја неопходноста, заклучил дека оспорената мерка на насилно отстранување на новинарите е неопходна и оправдана затоа што е во интерес на заштита на новинарите и нивната безбедност. Ова, Уставниот суд го смета за вообичаен начин на постапување во вакви и слични ситуации кога станува збор за загрозување, односно гарантирање на безбедноста на претставниците на средствата за информирање при известување од кризни подрачја, демонстрации и други потенцијално опасни настани.

За Уставниот суд, фактот што новинарите уште од изутрината на 24 декември 2012 година биле присутни во Собранието како и пред зградата на Собранието и известувале за случувањата, укажувал дека однапред не постоела намера кај органите новинарите да бидат попречени и оневозможени во известувањето за седницата. Уставниот суд, исто така, забележа дека фактот што повеќето од присутните новинари истиот ден, ги доставиле и објавиле своите извештаи во вечерните изданија на своите медиуми, укажувало дека не може да стане збор за повреда на слободата на изразување на присутните новинари и правото да се присутни на собраниските седници и да известуваат за настаните. Новинарите по напуштањето на галеријата имале можност да останат во другите простории во зградата – во прес центарот на Собранието од каде што можеле да го следат во живо преносот од седницата на собраниската интернет страница и на

собранискиот канал на МРТ. Со ова Уставниот суд ја пропуштил можноста да постави стандарди за помирување на двата легитимни јавни интереси. По оваа одлука, шест новинари поднесоа апликација до Европскиот суд врз основа на повреда на нивните права од член 10 од Конвенцијата.

Пресуда

За Судот и за страните постои заеднички став дека отстранувањето на новинарите од собраниската галерија од каде известувале за собраниската седница и подоцнежните инциденти во салата претставувале попречување на нивното право на слобода на изразување во смисла на член 10 став 1 од Конвенцијата. Со ова, пресудата се вбројува во мнозинството случаи за повреда на правата од член 10, сфатени како слобода на мислење, слобода на примање на информации, слобода на соопштување на информации и идеи, и слобода на средствата за комуникација.

Во контекст на проширување на содржината на слободата на изразување, важна е проценката на Судот дека важна карактеристика на правото на примање на информации без мешање на органите е примањето на информации да е ефективно, непосредно и со можност за „ефективен увид“ на однесувањето на органите односно да добиваат непосредни и директни информации врз основа на нивното лично искуство како важен елемент во вршењето на новинарската функција за прашања кои се квалификуваат како „легитимен јавен интерес“. За судот, реалокацијата на новинарите и спречувањето да добиваат непосредни и директни информации врз основа на нивното лично искуство се смета за мешање на јавните власти во остварување на слободата на изразување. За судот и за страните постои заеднички став дека отстранувањето на новинарите од собраниската галерија е повреда на негативната обврска на државата – да се воздржува од мешање односно попречување. Па консеквентно, Судот испитувал дали попречувањето е легално и во согласност со Конвенцијата. Како што стои во став 2 на членот 10, остварувањето на слободата може да биде предмет на одредени формалности, услови, ограничувања и санкции само доколку истите кумулативно ги исполнуваат следните услови:

- да се предвидени со закон,
- да се во насока на осварување на легитимна цел (државната безбедност, територијалниот интегритет и јавната безбедност, заштитата на редот и спречувањето на нереди и злосторства, заштитата на здравјето или моралот, угледот или правата на другите, за спречување на ширењето на доверливи информации или за зачувување на авторитетот и непристрасноста на судството),
- да има карактер на „неопходно во едно демократско општество“.

За страните било спорно дали таквото попречување било „пропишано со закон“, заради една или повеќе легитимни цели во смисла на став 2 од членот 10, и дали било „неопходно во едно демократско општество“, поточно што државата смеела да направи и во кој обем можела да наметне рестрикции за уживање на правата загарантирани со член 10 од Конвенцијата. При оценката дали попречувањето било „пропишано со закон“, Судот тргнува од својата востановена пракса и бара спорната мерка не само да биде во согласност со домашните закони односно да постои правен основ, туку укажува и на природата на тој правен основ – да биде „достапен“ и „предвидлив“. Според утврдената судска практика, правилото е „предвидливо“ ако е формулирано со доволна прецизност за да му овозможи на секој поединец да го усогласи неговото однесување. Во конкретниот случај, Судот забележал дека Уставниот суд во својата одлука од 16 април 2014 година го утврдил правниот основ за

отстранување на новинарите од собраниската галерија (членот 43 од Законот за Собранието и членовите 91-94 од Деловникот на Собранието). Според правниот основ, претседателот на Собранието бил одговорен за одржувањето на редот за време на собраниските седници и наредил на специјалната служба за обезбедување на Собранието да превземе мерки за да го врати редот. Овие одредби се примениле за сите учесници во постапката, кои, според толкувањето на Уставниот суд, ги вклучува и новинарите во галеријата. Имајќи во предвид дека сепак, толкување и примена на домашното право е примарна должност на органите на власт, особено судовите, не е јасно зошто Судот го прифатил екстензивното толкување на Уставниот суд за одредбата од Деловникот за работа, класифицирајќи ги претставниците на средствата за јавно информирање како „учесници на седницата“ за кое се однесува „одредбите за одржување на редот на седницата на Собранието“. Во текот на седницата, новинарите се пасивни набљудувачи кои ја вршат својата работа и ги следат настаните. Уште повеќе, иако Судот заклучува дека „наведениот правен основ не содржи експлицитни одредби кои на собраниското обезбедување му дава право да ги отстранат акредитираните новинари од собраниската галерија“, го прифаќа толкувањето на националниот суд и непрвредно заклучува дека, „не е неразумно дека такво овластување било неопходно за уредното функционирање на Собранието“ што резултира со оценка дека отстранувањето на новинарите било „пропишано со закон“. Имајќи ги предвид сите околности, чудно е што Судот „не гледа индикација дека наодите на Уставниот суд се арбитрарни или очигледно неразумни“. Во таа смисла стои констатацијата дека Судот не успеал да утврди дека Уставниот суд, со своето постапување- донесување одлука на основа на прифатлива, разумна проценка на релевантните факти- очигледно го прекршил правото на фер судење според член 6 од Европската конвенција за човекови права. Судот, исто така, утврдил дека попречувањето имало легитимна цел - обезбедување на јавната безбедност и спречување на нарушување на редот.

При оценувањето дали отстранувањето било „неопходно во едно демократско општество“, Судот преку потврда на веќе установените правни принципи, одлучил дека мерката отстранување на новинарите од галеријата не била неопходно во едно демократско општество и не го исполнила условот за „итна општествена потреба“. Како што е предвидено со членот 10, слободата е подложна на исклучоци, кои пак мора да бидат стриктно формулирани, а потребата за било какво ограничување мора да се утврди убедливо. Имено, придавката «неопходно», во рамките на значењето на член 10 став 2, согласно востановената пракса на судот имплицира постоење на «итна општествена потреба». Државите-договорни страни имаат одредена маргина на уважување во оценувањето дали постои таква потреба, но притоа се подложни на европскиот надзор, кој освен законодавството ги опфаќа и одлуките за неговата примена, дури и оние дадени од страна на независен суд. Според тоа, Судот е овластен да даде конечна одлука за тоа дали „ограничувањето“ може да се усогласи со слободата на изразување заштитена со член 10.

Во конкретниот случај, Судот смета дека секој обид за отстранување на новинарите од местото на немири мора да биде предмет на строга контрола, а причините за отстранувањето на новинарите од галеријата во дадените околности не се доволни за да се оправда оспорената мерка.

Имено, Судот прифатил дека во услови на напната атмосфера и нарушен ред, претседателот на Собранието наложил на обезбедувањето да превземе мерки со цел да се воспостави редот и да се обезбеди нормална работа на Собранието. Во тој контекст, Судот заклучува дека органот има право да реагира кога пратениците ќе се вклучат во нарушување на редот попречувајќи го нормалното функционирање на законодавниот дом, односно смета дека нарушувањето на редот во собраниската сала и начинот на кој органите се справиле со тоа биле прашања од легитимен јавен интерес. При оценувањето дали било потребно отстранувањето на новинарите од галеријата од страна

на службата за безбедност на Собранието, Судот имал во предвид дека интересите што треба да се одмерат во конкретниот случај се јавни по природа (интересот на службата за обезбедување за одржување на редот во Собранието и обезбедување на јавна безбедност, како и интересот на јавноста за примање на информации за прашање од општ интерес.). Но, Судот не се уверил дека домашните органи ги примениле стандардите кои се во согласност со начелата содржани во член 10 и уште повеќе не се темелат на прифатлива, разумна проценка на релевантните факти.

Конечно, Судот поставил насоки при оценката дали едно попречување на правото, гледано во целина, е поткрепено со релевантни и доволни причини и дали било пропорционално на саканите легитимни цели. Во таа смисла, релевантно е:

- дали фактичката состојба е точно и целосно утврдена;
- дали сепак имало можност за реализација и покрај попречувањето, и
- дали оштетените со своето однесување придонеле кон попречувањето.

Во конкретниот случај се оценува дали отстранувањето на жалителите било врз основа на разумна проценка на фактите. Судот не утврдил докази дека нарушувањето на редот во салата било насилно и дека било кој, во салата или на друго место, се здобил со повреда како резултат на таквото нарушување на редот. Судот не утврдил доволно докази дека животот и физичкиот интегритет на новинарите биле во опасност, што инаку било наведено како основна причина за оспорената мерка, ниту пак утврдил постоење на фактичка основа на која се повикува Уставниот суд за да дојде до заклучок дека отстранувањето е оправдано. Имено, Судот не нашол ниту еден факт за тоа дали и до кој степен протестите кои се случувале надвор од зградата на Собранието ќе ја загорзат безбедноста на оние во внатрешноста на зградата, вклучувајќи ги и жалителите. Уште повеќе, новинарите биле отстранети од собраниската галерија, а не од зградата без оглед на наводната закана за „безбедноста во Собранието“.

Во однос на прашањето дали жалителите биле во можност да известуваат за инцидентот во Собранието, Судот е на мислење дека жалителите немале ефективна можност да го следат тековното отстранување на опозициските пратениците од страна на собраниската служба за обезбедување, а што било прашање од легитимен јавен интерес. Понатаму, отстранувањето на жалителите опфатило непосредни несакани ефекти кои моментално ги спречиле да добиваат од прва рака и директни информации врз основа на нивното лично искуство за настаните кои се одвивале во салата и за постапувањето на органите, што е важен елемент во вршењето на новинарската функција на жалителите, од која јавноста не треба да биде лишена.

Во поглед на прашањето за однесувањето на жалителите и нивниот придонес, Судот утврдил дека во текот на нарушувањето на редот во салата, жалителите биле пасивни набљудувачи кои едноставно си ја вршеле својата работа и ги следеле настаните. Тие ниту придонеле за, ниту учествувале во нарушувањето на редот во салата. Според тоа, тие не претставувале никаква закана за јавната безбедност, редот во салата или било што друго.

Влијание на пресудата врз правниот поредок на Република Македонија

Оваа пресуда во суштина ја проширува содржината на слободата на изразување такашто покрај задачата на медиумите да пренесуваат информации во јавен интерес особено за постапувањето на органите при јавни демонстрации и спречувањето на нарушувањето на редот, пресудата ја афирмира новата улога на медиумите во контрола на постапките во законодавниот дом. Нејзината посебна важност е што во содржината на правото на изразување, ги додава и гаранциите за претставниците на медиумите да добиваат слободно непосредни и директни информации врз основа на нивното лично искуство како важен елемент во практикување на слободата на изразување на носителите на новинарската функција.

Вака сфатена, пресудата треба да доведе до примена на општи мерки во правниот поредок на Република Македонија за ефективно надминување на утврдената недоволна правна регулираност, а при постоење на законска рамка и нејзина правилна примена, како и усогласување на домашната регулатива со стандардите и обврските согласно со образложението и насоките на Судот во донесената пресуда. Ова особено подразбира измена на Законот за Собрание и Деловникот за работа на Собранието и вклучување на обврската државата да превенира идни слични повреди на слободата на изразување преку арбитрерно вмешување од страна на органите, како и гаранции за воздржување на органите и гаранции за претставниците на медиумите слободно, лично, непосредно и директно да добиваат информации за постапките во законодавниот дом.

Пресудата ќе влијае и на праксата на судовите. При постапување во идни слични ситуации, судовите ќе треба да ја променат својата пракса и да ја аргументираат проценката за примена на друга алтернатива за добивање непосредни, директни информации преку користење на радиодифузниот сервис како соодветна алтернатива која нема да претставува значително попречување во вршење на новинарската функција. Уште поважно, пресудата содржи јасни упатства за националните судови, кои се однесуваат на проценката на околностите доволни за да се оправда ограничувањата на слободата на изразување со легитимен интерес за обезбедување јавна безбедност и спречување на нереди. Судовите во својата понатамошна пракса ќе треба врз основа на прифатлива проценка на релевантните факти, да утврдат дека ограничувањето на слободата се заснова на правниот принцип за неопходност во демократско општество. Во таа смисла, ќе мора да одредат не само дека државата дејствувала разумно, внимателно и со добра волја, туку и дека ограничувањето било пропорционално и оправдано со релевантни и доволни причини. Ова значи дека судовите мора да се концентрираат на потребата, неопходноста од дадено ограничување во контекст на ограничувањето, но постепено да изградат подлабока и посеопфатна демократска теорија за неопходност. Истотолку, важен аспект за промена на постапувањето на судовите е укажувањето дека постапките поврзани со заштитата на слободата на изразување пред Уставниот суд треба да бидат јавни со можност за усна расправа. Јавноста на судската заштита треба да обезбеди јавен надзор во практикувањето на правото и правдата.

Признавајќи дека отстранувањето на претставници на медиумите од парламентот може да претставува кршење на правото на слобода на изразување, особено кога новинарите се пасивни набљудувачи во услови на примена на физичка сила од страна на овластени органи или други поединци во парламентот, пресудата треба да доведе и до промена на постапувањето на надлежните државни органи. Како што укажува пресудата, несомнено е дека постои законска рамка за интервенција на собраниското обезбедување во случаи кога има потреба да се воспостави редот во Собранието или да се заштити живот на пратеници, новинари или други лица присутни во собраниската сала. Сепак, во конкретната ситуација, во однос на новинарите не било неопходно да се примени сила за нивно отстранување. Оттаму важно е важечките законски и подзаконски акти правилно да се применуваат од оние кои ја практикуваат власта.

Еуромак Метал ДОО против Република Македонија: Принцип на праведност и рамномерност во оданочувањето

Анализа на *д-р Елена Нешовска Косева* на пресудата „Еуромак Метал ДОО против Република Македонија“ (жалба бр. 68039/14) од Европскиот суд за човекови права.

Оваа анализа се однесува на пресудата во случајот „ЕУРОМАК МЕТАЛ ДОО против РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА“, која Европскиот суд за човекови права (во понатамошниот текст: Судот) ја донел во корист на компанијата – жалител на седница одржана на 22.5.2018 година. Во овој случај, Судот одлучил дека има повреда на членот 1 од Протоколот бр. 1 на Европската конвенција за заштита на човековите права, кој се однесува на правото на заштита и мирно уживање на сопственоста.

Случајот бил покренат по поднесена жалба до Судот против Република Македонија од страна на компанијата ЕУРОМАК МЕТАЛ ДОО (во понатамошниот текст: компанија – жалител), семеен бизнис чија основна дејност била трговија со старо железо. Во постапката пред Судот компанијата – жалител била застапувана од г-дин Игор Спировски, адвокат од Скопје.

Во овој случај, компанијата – жалител тврдела дека била обврзана да плати данок на додадена вредност, со засметана камата, кој веќе претходно го одбил врз основа на влезните фактури издадени од нејзините добавувачи. По спроведена контрола, Управата за јавни приходи донела решение во кое констатирала дека компанијата – жалител направила грешка при пресметување на износот кој се побарувал од државата по основ на поврат на ДДВ, платен при набавка на стоки, бидејќи нејзините добавувачи не го пријавиле или платиле данокот на додадена вредност кон државата.

Од оваа причина, и компанијата – жалител немала право на одбиток на претходно платениот ДДВ. Во подоцнежната постапка, овие наоди на УЈП, биле потврдени од Министерството за финансии и управните судови во Република Македонија.

Повикувајќи се на чл.1 од Протоколот бр. 1 на Европската конвенција (заштита на правото на сопственост), компанијата – жалител тврдела дека, и покрај фактот што истата уредно и навремено ги исполнила сите свои законски обврски како даночен обврзник за целите на ДДВ предвидени со Законот за данокот на додадена вредност⁵⁴, македонските даночни власти ја лишиле од правото на одбиток на ДДВ, поради неисполнување на даночните обврски од страна на добавувачите, што секако претставуваат околности кои што не зависат од компанијата – жалител.

Факти за случајот

Компанијата – жалител била основана во 1998 година како друштво со ограничена одговорност, во сопственост на брачните другари Жанета и Рашко Павловски. Компанијата – жалител се занимавала со трговија со старо железо и за таа цел купувала отпаден алуминиум, бакар, железо и други матели, ги преработувала, а потоа производот го продавала.

⁵⁴ Сл.весник на РМ, бр. 44/99, 59/99, 86/99, 11/00, Уставен суд бр. 93/00, 8/01, 21/03, Уставен суд бр. 17/04, 19/04, 33/06, 45/06, 101/06, 114/07, 103/08, 114/09, 133/09, 95/10, 102/10, 24/11, 135/11, 155/12, 12/14, 112/14, 130/14, 15/15, 129/15, 225/15, 23/16, 189/16 и 198 од 31.10.2018 година

Компанијата – жалител била регистрирана како даночен обврзник за целите на ДДВ и уредно ги исполнувала сите обврски пропишани во соодветниот Закон, во смисла на искажување на ДДВ во сите излезни фактури, поднесување на даночни пријави и остварување на правото на поврат на повеќе платениот ДДВ искажан во влезните фактури, согласно методот на даночен кредит.

Во периодот октомври – ноември 2009 година компанијата – жалител била предмет на контрола од страна на Управата за јавни приходи при што предмет на контрола бил периодот од 1.1.2005 – 30.6.2009 година. На 6.11.2009 година УЈП донела решение во кое констатирала дека некои од добавувачите на компанијата – жалител, кои биле регистрирани за даночни цели на ДДВ, немале пријавено или платено ДДВ кон државата, иако ДДВ бил искажан во фактурите кои ѝ биле издадени на компанијата – жалител.

Ваквиот заклучок УЈП го темелела на претходно спроведени контроли во тие компании, но без да бидат дадени дополнителни појаснувања. Дополнително, со контролата било утврдено дека во некои од фактурите недостасувале адреси на добавувачите. И конечно, било констатирано дека компанијата – жалител им ги платила сите фактури на добавувачите и дека ДДВ бил искажан во сите фактури кои ги издала компанијата – жалител. По однос на наодите поврзани со добавувачите, УЈП во решението заклучила дека компанијата – жалител не ги исполнила неопходните услови за одбивка на претходниот данок, согласно чл.33 и 34 од Законот за ДДВ.

Како резултат на контролата, компанијата – жалител била обврзана да ѝ плати на државата дополнителен износ од 3.827.546 денари, со засметана камата, по основ на ДДВ, бидејќи во контролираниот период погрешно го одбила претходно платениот ДДВ. На 22 март 2010 година, пак, УЈП пратила писмена опомена до компанијата – жалител во која истата се обврзувала да ја плати целата сума, зголемата за висината на каматата, односно вкупен износ од 6.050.124 денари.

Компанијата – жалител го обжалила ваквото решение на УЈП, најпрвен до министерот за финансии, а потоа во два наврати, и со тужба до Управниот суд. Управниот суд ја отфрлил тужбата со образложение дека компанијата – жалител не ги исполнувала кумулативните услови за да се оствари право на одбивка на претходно платениот данок со оглед дека некои од нејзините добавувачи не го пријавиле или платиле ДДВ-то. Дополнително, Судот навел дека компанијата – жалител имала обврска да знае и да биде свесна за субјектите со кои се впушта во деловна активност и, во оваа смисла, истата треба да сноси одговорност за нивните противзаконски дејствија. Во меѓувреме, Основното јавно обвинителство за гонење на организиран криминал и корупција покренало тужба против некои од физичките лица кои се јавувале како добавувачите на компанијата – жалител за злоупотреба на положба и даночно затајување, поради постоење на сомнение дека ги користеле компаниите за издавање на лажни фактури. Компаниите – снабдувачи како правни лица, пак, не биле опфатени со тужбата.

Во февруари 2017 година компанијата – жалител била избришана од Централниот регистар, поради неподнесување на завршна сметка за 2014 година, и престанала да постои. Во моментот на затварање, банкарската сметка на компанијата – жалител била блокирана и УЈП не успеала да го наплати даночниот долг.

Во 2014 година, компанијата – жалител поднела жалба до Европскиот суд за човекови права повикувајќи се на чл.1 од Протокол бр.1⁵⁵. Во жалбата компанијата – жалител тврдела дека истата имала оправдани очекувања по однос на остварување на право на одбиток на претходно платениот данок и дека државата го повредила нејзиното право на мирно уживање на сопственост, поради околности кои не зависеле од компанијата – жалител.

⁵⁵ Член 1 од Протоколот бр.1 гласи: „Секое физичко или правно лице има право на мирно уживање на сопственоста. Никој не треба да биде лишен од неговата сопственост, освен кога се работи за јавен интерес и според условите предвидени со законот и општите начела на меѓународното право. Сепак, претходните одредби на никој начин нема да го нарушат правото на државата да спроведе такви закони кои ги смета за неопходни заради контрола на користењето на сопственоста во согласност со општиот интерес или за да го осигура плаќањето на даноците или други придонеси или казни“.

Пресуда

Одлучувајќи по поднесената жалба, Судот одлучил дека: (1) жалбата е допуштена, и (2) жалбата е основана. По однос на прашањето за допуштеност, Судот ги отфрлил тврдењата на Владата на Република Македонија аргументирајќи дека компанијата – жалител постоела во моментот на поднесување на жалбата и дека нејзините основачи имаат легитимен интерес за донесување на конечна одлука пред Судот. Дополнително, Судот одлучил дека компанијата – жалител, поднесувајќи жалба и тужба по даночното решение донесено од УЈП, ги исцрпела сите правни лекови предвидени со домашното законодавство во врска со предметот на жалбата поднесена до Судот.

Судот утврдил повреда на чл.1 од Протоколот бр.1 на Европската конвенција за заштита на човековите права. Иако во овој случај било очигледно дека со мешање во правото на сопственост државата имала за цел „да осигура плаќање на даноци“, Судот го потврдил општо прифатениот принцип дека иако државата има широки овластувања во областа на оданочувањето, во случај на мешање мора да воспостави „правична рамнотежа“ помеѓу барањата на општиот интерес на заедницата и потребата за заштита на основните права на поединецот.

Судот забележил дека, без сомнение, компанијата – жалител имала право да бара одбиток на претходниот данок најмалку во висина на оправданите очекувања за остварување на правото на слободно уживање во сопственоста. Понатаму, Судот посочил дека компанијата – жалител навремено и целосно ги исполнувала сите свои законски обврски согласно Законот за данокот на додадена вредност, дека не постоела измама во системот на ДДВ за кој истата имала сознанија и дека не знаела ниту, пак можела да знае дали нејзините добавувачи ги исполниле своите даночни обврски. Судот утврдил дека истата не треба да ги сноси последиците поради тоа што нејзиниот добавувач не пријавувал или плаќал ДДВ со тоа што ќе ѝ биде одземено правото на поврат на претходно платеното ДДВ при набавка на добра и ќе биде задолжена повторно да плати ДДВ со засметана камата. Судот сметал дека ова претставува прекумерен индивидуален товар за компанијата – жалител кој се коси со принципот на рамнотежа помеѓу барањата на заедницата и потребите за заштита на правото на сопственост. И конечно, Судот ја задолжил Република Македонија да ѝ плати на компанијата – жалител 4.000 евра во денарска противвредност на име надоместок на нематеријална штета и 1.500 евра во денарска противвредност на име надомест на трошоци.

Значење на пресудата

Најзначајна карактеристика кај данокот на додадена вредност претставува самоконтролниот механизам, што придонесува овој даночен облик да биде најтежок за даночна евазија. Во оваа смисла, даночните обврзници меѓусебно се контролираат во процесот на набавка и продажба на производите. Тие се мотивирани да внимаваат дали нивниот претходник, во процесот на производство, продажба или дистрибуција, го пресметал и искажал данокот во издадените фактури. Евиденцијата и документацијата претставуваат *conditio sine qua non* за непречено функционирање на ДДВ. На ваков начин, даночните обврзници се стекнуваат со право на одбиток на претходно платениот ДДВ, согласно методот на даночен кредит како највитален елемент на овој данок.

Согласно позитивното даночно законодавство на Република Македонија, кое во најголема мера е хармонизирано со законодавството на ЕУ во однос на ДДВ, правото на одбиток на претходно платениот данок не се остварува автоматски, туку ако кумулативно се остварени следните услови: (1) ако даночниот обврзник набавува или увезува добра за цели на неговата стопанска дејност, и (2) врз основа на издадени фактури во кои

е посебно искажан платениот данок, а истите се евидентирани во книговодството на даночниот обврзник. Сето ова го потврдува тврдењето на компанијата – апликант дека истата, исполнувајќи ги условите пропишани со Законот за ДДВ, имала легитимно право да бара и да оствари поврат на ДДВ, и дека на никаков начин не извршила повреда на Законот, што од друга страна е потврдено низ долгогодишната работа на компанијата и во образложението на даночното решение на УЈП.

Исполнувањето на обврските, пак, од страна на компаниите добавувачи на ниту едно место во Законот за ДДВ не се предвидува како услов за остварување на право на одбиток на претходно платениот данок. Сепак, ова е главниот аргумент за изречената санкција од страна на УЈП.

Со оваа пресуда, Судот уште еднаш го потврдува принципот дека еден совесен ДДВ даночен обврзник, кој уредно и навремено ги исполнува сите законски пропишани обврски, има право на поврат на ДДВ, согласно т.н механизам на даночен кредит, кое не може да биде условено од однесувањето на другите даночни обврзници во системот на ДДВ. Ова е од причина што ниту еден даночен обврзник не може да одговара за однесувањето на своите добавувачи во смисла на тоа дали тие го пријавуваат и плаќаат ДДВ-то на државата. Впрочем, Управата за јавни приходи е надлежна и одговорна, како за утврдување и наплата на даноците, така и за контрола на даночните обврзници за почитување на даночните правила и прописи и исполнување на законските обврски. Од друга страна, пак, оваа пресуда е од особено значење и за останатите компании – регистрирани ДДВ обврзници за даночни цели, гарантирајќи им правна сигурност при остварување на правото на одбиток на претходно платениот ДДВ, при набавка на добра, во услови кога ги имаат исполнето сите свои законски пропишани даночни обврски спрема државата. И конечно, во даночно-правна смисла, пресудата на Судот е сразмерна и праведна. Во иднина, во постапката на утврдување и наплата на даноците, даночните власти и управните судови во Република Македонија треба да водат сметка за примена на принципот на праведност и рамномерност во оданочувањето. Оданочувањето во ниту еден случај не смее да претставува прекумерен товар за даночниот обврзник.

Сејдији против Република Македонија: Злоупотреба на мерката притвор

Анализа на проф. д-р Гордана Лажетик на пресудата „Сејдији против Република Македонија“ (жалба бр. 8784/11) од Европскиот суд за човекови права.

Факти и околности на случајот

Апликантот заедно со уште други 13 лица бил обвинет за повеќе кривични дела во неколку одделни постапки во коишто му била определена мерката притвор. Апликантот бил обвинет за перење пари и насилство. Во конкретниот предмет ЕСЧП оцената во однос на наводната повреда на членот 5 ст. 3 ја вршел во однос на мерката притвор која била определена на 25 Декември 2009 година и траела до 26 Јануари 2011 година, или вкупно една година, еден месец и два дена. Во овој временски период притворот бил повеќепати продолжуван, а апликантот вложувал правни лекови и давал предлози за замена на мерката притвор со гаранцијата. Неколку предлози на одбраната за замена на притворот со гаранција останале безуспешни. Притворот траел до донесување на првостепена пресуда со која апликантот бил огласен за виновен и останал во притвор до правосилноста на пресудата.

Релевантно домашно законодавство

Законот за кривична постапка од февруари 2005 година ги специфицира мерките кои може да ги изрече судот заради обезбедување присуство на обвинетиот во текот на постапката (членови 185-199); Според членот 198 став 2 од Законот траењето на затворскиот притвор треба да биде што е можно пократко. Според членот 199 став 1 (1-3) од Законот затворскиот притвор може да се одреди врз основа на разумни сомневања дека односно лице сторило дело, доколку постои ризик од негово бегство, влијание врз истрагата или опасност од повторување на делото.

Според членот 200 ставови 1 и 6 од Законот истражниот судија е овластен да одредува притвор. Засегнатото лице може да поднесе жалба пред Кривичниот совет. Членот 205 ставови 2 и 6 од Законот утврдуваат дека Кривичен совет составен согласно членот 22 став 6 од Законот одлучува за продолжување на притворот по барање на истражниот судија или јавниот обвинител. Решението за продолжување на притворот може да биде обжалено пред повисок суд.

Според членот 397 од Законот, доколку Второстепениот суд смета дека основите за жалба можат да се применат на било кој друг сообвинет кој не можел да вложи формална жалба, тој може по свое сопствено наоѓање да постапува како жалбата да била поднесена и од односните сообвинети (правилото *beneficium cohaesionis*).

Општи принципи

(Buzadji v. the Republic of Moldova ([GC], no. 23755/07, §§ 84-91, ECHR 2016 (extracts)); Vasilkoski and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia (no. 28169/08, 28.X.2010); Miladinov and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia (nos. 46398/09, 50570/09 and 50576/09, §§ 45-49, 24.IV.2014):

- Постоенето разумни основи за сомневање дека уапсеното лице сторило кривично дело е услов *sine qua non* за законитоста на континуираниот притвор. Сепак по истек на одредено време тоа повеќе не е доволно. Во таквите случаи Судот мора да утврди дали другите основи прикажани од страна на судските власти, продолжуваат да го оправдуваат лишувањето на слободата (Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, §§ 152 and 153, ECHR 2000-IV);
- Се претпочита фаворизирање на ослободувањето. Обвинетото лице за сторено кривично дело мора секогаш да биде слободно во текот на судењето, освен ако државата може да докаже дека постојат релевантни и доволни причини да го оправдаат континуираниот притвор (види помеѓу другото *Castravet v. Moldova*, no. 23393/05, §§ 30 и 32, 13 March 2007; *McKay v. the United Kingdom* [GC], no. 543/03, § 41, ECHR 2006; *Jabłoński v. Poland*, no. 33492/96, § 83, 21 December 2000; и *Neumeister v. Austria*, judgment of 27 June 1968, Series A no. 8, § 4);
- Неспорно е дека одговорност е на домашните власти да го утврдат постоењето на конкретни факти, релевантни за основите на продолжениот притвор. Националните судски власти мора да ги испитаат сите факти во корист на или против постоењето на вистинските барања на јавниот интерес кој што го оправдуваат, во правец на постоење на принципот на презумпција на невиност, напуштањето на правилото за почитување на слободата на личноста и носењето на одлуки со кои што се напушта примената на ова правило. Не е работа на Судот да ги утврдува таквите факти, и да го земе местото на националните власти кои одлучуваат за притворот на жалителот. Во суштина, врз основа на причините дадени во одлуките на домашните судови и фактите споменати од жалител во нивните апликации, Судот е повикан да одлучи дали има, или нема повреда на правата од член 5 став 3 од Конвенцијата (*Korchuganova v. Russia*, no. 75039/01, § 72, 8 June 2006; *Ilijkov*, cited above, § 86; and *Labita*, cited above, § 152).

Релевантни аспекти во конкретниот случај

Евидентно е дека домашните судови, при одлучувањето за определување и продолжување на притворот и одбивањето на предлогот за замена на притворот со гаранција, прекршиле неколку принципи поврзани со оправданото и законитото продолжување на притворот.

Притворот треба да се смета како најтешка мерка за обезбедување присуството на обвинетиот, и оттука поблага мерка за обезбедување присуство треба да се определи секогаш кога тоа ќе се оцени како оправдано. Времетраењето на притворот мора да биде разумно. Судските одлуки треба да содржат релевантни аргументи за утврдување и продолжување на притворот во однос на секој обвинет и во врска со различни основи за определување или продолжување на притворот. Различните основи поради коишто судот утврдил повреда на членот 5 став 3 може да се групираат на следниов начин:

1. Судовите користеле стереотипни формулации во сите решенија за продолжување на притворот без притоа да внесат индивидуализирани аргументи во однос на апликантот – ЕСЧП смета дека секое продолжување на мерката притвор треба да има статус на ново определување на притворот од аспект на аргументите коишто ги оправдуваат основите за продолжување на притворот - личните околности и личната ситуација на апликантот.

Во оваа смисла континуираниот притвор може да биде оправдан само доколку постојат специфични индикации за реалната потреба на јавниот интерес, која, независно од презумцијата на невиност, претежно во однос на правилото за почитување на личната слобода предвидено во членот 5 од ЕКЧП (*Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 110, ECHR 2000-XI; *Perica Oreb v. Croatia*, no. 20824/09, § 107, 31.X.2013, §§ 114 и 116; *Panchenko v. Russia*, no. 45100/98, § 105, 8.II.2005; *Letellier v. France*, пресуда од 26.VI.1991, Series A no. 207, § 43);

- 2) Продолжување на притворот со т.н. колективни решенија кои содржат воопштени и збирни образложенија е во спротивност со чл. 5 ст. 3 од ЕКЧП. Ова претставува долгогодишна погрешна практика на македонските судови констатирана и во претходни пресуди против Македонија (*Vasilkoski and Others v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 28169/08, 28.X.2010);
- 3) Процена на ризикот од бегство без конкретно наведување на околностите што го оправдуваат ризикот - ЕСЧП смета дека опасноста за бегство како основ за притвор мора да биде конкретизирана со елаборирање на околности поврзани со личните и семејните прилики на обвинетиот, неговото однесување и конкретни постапки односно дејствија кои водат кон заклучок дека обвинетиот се подготвува за бегство. Во однос на опасноста од бегство, ЕСЧП зазел став дека опасноста од бегство не може да се мери односно оценува чисто апстрактно и исклучиво според висината на казната со која апликантите се соочувале. Аргументите за и против пуштањето на слобода не смее да бидат општи и апстрактни (*Smirnova v. Russia*, nos. 46133/99 и 48183/99, § 63, ECHR 2003-IX);
- 4) Природата, карактерот и видот на кривичното дело – оваа околност била повторувана како основ за продолжувањена мерката притвор во повеќе наврати од страна на Апелациониот суд што претставува апстрактна околност што не може да го оправда продолжувањето на притворот;
- 5) Сериозноста на пропишаната санкција сама по себе не треба да биде сметана како основ за определување и продолжување на притворот бидејќи притворот е мерка за обезбедување присуство на обвинетиот во текот на конкретна кривична постапка, а пропишаната санкција во Кривичниот законик апстрактно се определува и зависи од видот на заштитеното добро;
- 6) Судот не се впуштил во оцена на доказите поднесени од страна на апликантот – домашните судови во ниту едно решение не дале образложение од кои причини оцениле дека поднесените докази од страна на апликантот (медицинска документација за здравјето на неговата сопруга; фактот дека семејството му живее во Македонија и сл.) не биле релевантни да го намалат ризикот од бегство и притворот да биде заменет со поблага мерка за обезбедување присуство на апликантот во текот на кривичната постапка. ЕСЧП во својата пресуда не навлегува во оцена дали овие околности можеле да бидат или не основи за донесување одлука на судот во поинаков правец, туку само укажува на пропустот што го направиле домашните судови да наведат разумни аргументи зошто сметаат дека семејната и финансиската состојба на обвинетиот не се доволна гаранција дека тој редовно ќе се јавува на рочиштата и нема да го отежнува текот на кривичната постапка;

- 7) Недоволна аргументираност на одлуката со која не се прифаќа замена на притворот со гаранција – ЕСЧП констатира дека домашниот суд за да го одбијат предлогот на обвинетиот мерката притвор да се замени со гаранција ја користеле следнава фразеологија „... имајќи предвид сериозноста на обвинението, потенцијалната казна и сложеноста на постапката со многу обвинети и обемен доказен материјал..“ и на тој начин недоволно се произнел во однос на личните, семејните и имотните прилики на обвинетиот. Недоволно е што судот само штуро навел дека „фактот што апликантот имал семејство и имот во тужената држава не дава доволно гаранција за негово присуство во текот на постапката“. Ваквото постапување носи ризик судот да не постапи според обврската што ја има во Законот за кривичната постапка – секогаш да ја определи најлесната мерка за обезбедување присуство и да се одбегнува притворањето кога тоа не нужно и оправдано;
- 8) Поранешен „судир со законот“ – сосема погрешно постапил Апелациониот суд кога констатирал дека не е оправдано притворот да се замени со гаранција бидејќи апликантот во минатото „бил во судир со законот“ со оглед на фактот што околностите што го оправдуваат притворот се врзуваат за конкретна тековна постапка, а рецидивизмот не е критериум ниту за определување ниту за продолжување на притворот;
- 9) Повреда на презумпцијата на невиност – домашните судови во своите одлуки ја наведувале како релевантна околноста дека против апликантот биле во тек и други кривични постапки кои не биле завршени со правосилна судска одлука. Обвинетиот го штити презумпцијата на невиност и фактот што се водат други кривични постапки не може да биде околност за определување или продолжување на притворот или за неприфаќање на предлогот за замена на притворот со гаранцијата. Презумпцијата на невиност не престанува да важи поради тоа што првостепената постапка резултирала со осудителна пресуда кога постапката продолжува со жалбена постапка (Case of Konstas v. Greece (no. 53466/07, Judgment Final 28.11.2011);
- 10) Влијанието на медиумите – јавноста на определен начин претставува контролор на работата на судот, но сосема е неоправдано што медиумското експонирање на случајот на апликантот судот го наведувал како еден од аргументите за продолжување на притворот. Ефектот на медиумското известување врз непристрасноста на првостепениот суд и острите коментари од медиумите, според ЕСЧП понекогаш се неизбежни во предметите што се поврзани со јавниот интерес, но тие не треба да влијаат врз судот (Viorel Burzo v. Romania, nos. 75109/01 et 12639/02, § 160);
- 11) Во образложението на решенијата на судот за определување и продолжување на притворот отсутствува наведување определени факти кои може да се сметаат за релевантни и покрај тоа што тие биле изнесени во медиумите – судот во образложението на решенијата воопшто не се осврнал на фактот дека апликантот бил уапсен на граница со странска држава во обид да избега, ниту на фактот дека против апликантот биле издадени неколку меѓународни потерници за негово апсење. Иако овие околности биле објавени во медиумите, потребно било тие да бидат предмет на оцена на судот во рамките на релевантни околности кои ја оправдуваат опасноста од бегство и убеденоста на судот дека притворот бил оценет како единствена ефикасна мерка за обезбедување присуство на апликантот.

Заклучок на судот

Во пресудата е констатирана повреда на членот 5 ст. 3 од ЕКЧП поради тоа што судот не навел конкретни, релевантни факти кои го оправдуваат притворот на апликантот ниту релевантно ги разгледале предлозите за алтернативни превентивни мерки како резултат на што го продолжиле притворот на апликантот врз основи кои не може да се сметаат за „релевантни и доволни“.

Х против Република Македонија: Право на приватен живот

Анализа на *Игор Спировски* на пресудата „Х против Република Македонија“ (жалба број 29683/16) од Европскиот суд за човекови права.

Во случајот се работи за апликант, трансродово лице, кој сеуште не извршило хирушка промена на полот, кој во Република Македонија безуспешно води постапка за промена на податокот за полот во матичната книга на родените повеќе од 6 години. Судот заклучи дека му е повредено правото на почитување на приватен живот од член 8 од Конвенцијата, во кое спаѓа и личниот, вклучително и половиот идентитет, поради непостоење на регулаторна рамка за правно признавање на неговиот полов идентитет, со што државата ја повредила својата позитивна обврска од член 8 од Конвенцијата.

Фактите

Апликантот, Х., бил роден во 1987 како лице од женски пол. Во 2010 во специјалистичка медицинска установа во Белград, Србија, добил дијагноза дека е “транссексуалец” и започнал со хормонална терапија, како подготовка за хирушка операција за промена на полот во машки.

Во јуни 2011 во Република Македонија поднел барање за промена на личното име и презиме, коешто му било уважено, со што добил машко име и презиме и му била издадена нова лична карта. Меѓутоа, податокот за полот и единствениот матичен број останале неизменети.

Во јули 2011 поднел барање за промена на податокот за полот. Управата за водење на матичните книги го одбила неговото барање затоа што не поднел доказ од кој може да се утврди дека апликантот го променил полот. Апликантот навел дека законот не содржи одредби со кои би се пропишувале такви услови и дека барањето затоа противзаконито одбиено. Неговата жалба до министерството била одбиена.

По тужба на апликантот Управниот суд во јуни 2013 го поништил второстепеното решение и го вратил предметот на повторно разгледување, констатирајќи дека во второстепеното решение не е специфицирано кои се релевантните докази врз основа на коишто управниот орган може да донесе одлука за барањето на апликантот.

Истиот месец апликантот извршил мастектомија (отстранување на градите) и ја продолжил хормоналната терапија.

Во повторната постапка Управата за водење на матичните книги побарала мислење од Институтот за судска медицина во коешто е констатирано дека, иако сеуште не е извршена операцијата на половиот орган, апликантот покажува јасни машки карактеристики и дека би требало да му се уважи барањето.

Министерството за здравство пак, укажало дека не постојат прописи кај нас за ова прашање, но дека треба да се земе предвид претходна медицинска интервенција. Барањето на апликантот по втор пат е одбиено затоа што Управата не прибавила доказ дека фактички настанала промена на полот кај апликантот. Министерството за правда ја одбило жалбата на апликантот.

Управниот суд го поништил второстепеното решение и одново го вратил предметот на повторно разгледување затоа што тужениот орган не му ги доставил списите во предметот. Потоа, Управата за водење на матичните книги го отфрлила барањето на апликантот, овојпат затоа што се огласила за ненадлежна. Министерството го потврдило тоа решение. Постапката пред Управниот суд против второстепеното решение е во тек.

Правото

Апликантот се жалел дека, поради недостиг на правна рамка во Република Македонија за правно признавање на неговиот полов идентитет, како и поради тоа што од него се барало да изврши хирушка операција на половиот орган како предуслов за признавање на неговиот полов идентитет, му е повредено правото од член 8 од Конвенцијата којшто гласи:

1. Секој човек има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката.
2. Јавната власт не смее да се меша во остварувањето на ова право, освен ако тоа мешање е предвидено со закон и ако претставува мерка која е во интерес на државната и јавната безбедност, економската благосостојба на земјата, заштитата на поредокот и спречувањето на кривични дела, заштитата на здравјето и моралот, или заштитата на правата и слободите на другите, во едно демократско општество.

Допуштеност

Судот најпрво прави важна забелешка кога потсетува дека правото на почитување на семејниот и приватниот живот од член 8 од Конвенцијата се протега на половиот идентитет, како компонента на личниот идентитет и дека тоа важи за сите индивиди, вклучувајќи ги и трансродовите лица, како што е апликантот, што не се подложиле на операција за промена на полот, или кои не сакаат да се подложат на таква хирушка операција (see *A.P., Garçon and Nicot v. France*, nos. 79885/12 and 2 others, §§ 92-94 ECHR 2017 (extracts)). Оттука, аспектот на приватен живот од член 8 од Конвенцијата е применлив во конкретниот случај, којшто се однесува на барањето на апликантот за измена на ознаката на полот во матичната евиденција.

Меритумот

Владата наведува дека според член 22 од Законот за матична евиденција постои можност за исправка на грешка или за промена на податоци. Таа негира дека од апликантот било барано да изврши целосна хирушка операција, но дека промената на податоците не може да се изврши само врз основа на самоопределување на лицето или спротивно на одлучувачки биолошки карактеристики. (а) Прелиминарни забелешки: дали случајот се однесува на мешање или на позитивна обврска?

Судот претходно сметал дека иако основниот предмет на членот 8 е да ги заштити поединците од произволно мешање од страна на јавната власт, исто така, може да наметне на државата одредени позитивни обврски заради обезбедување на ефективно почитување на правата заштитени со член 8. Овој член им наложува на државите позитивна обврска да им обезбедат на своите граѓани право на ефективно почитување на нивниот физички и психолошки интегритет. Ова обврската може да вклучи и усвоју-

вање на конкретни мерки, вклучувајќи и обезбедување на ефективни и достапни средства за заштита на правото на почитување на приватниот живот. Таквите мерки може да вклучуваат и обезбедување на регулаторна рамка на механизми за одлучување и спроведување заштита на правата на поединците и спроведување, каде што е соодветно, на овие мерки во различни контексти (види *Hämäläinen v. Finland* [GC], no. 37359/09, §§ 62 и 63, ECHR 2014).

Судот констатира дека жалбите на апликантот се однесуваат на наводниот недостаток на регулаторна рамка за законско признавање на полот и дека, наводно, таквото признавање е условено со комплетна операција за промена на полот. Имајќи ги предвид фактите на случајот и наводите на странките, Судот смета дека примарното прашање што треба да се одговори е дали или не тужената држава пропуштила да ја исполни својата позитивна обврска да воспостави ефикасна и достапна постапка, со јасно дефинирани услови за обезбедување на правото на апликантот на почитување на неговиот приватен живот. Одговорот на тоа прашањето ќе биде одлучувачки за другиот аспект на жалбата на апликантот - имено, дека тој бил, наводно, принуден да се подложи на целосна хирушка операција за промена на полот за да може да го измени податокот за својот пол во матичната книга на родените. Ова е така со оглед на фактот дека тој аспект се однесува на специфичен услов кој наводно бил наметнат од страна на властите кои треба да ги исполни апликантот, како предоперативен транссексуалец кој претрпел делумна хирушка операција.

Согласноста со позитивната обврска на државата Релевантните принципи на Конвенцијата се сумирани во Пресуда на Судот во случајот *Hämäläinen v. Finland*.

Осврнувајќи се на конкретниот случај, Судот забележува дека не постои одредба во домашниот закон што експлицитно дозволува промена на податокот за полот во матичната книга на родените, за разлика од правото на промена на податокот за личното име на лицето, ако тоа се изменило. Понатаму, законодавството не наметнува никакви услови ни процедури коишто треба да се следат. Тоа е потврдено од страна на Управниот суд. Слично на тоа, нема законска одредба што јасно го определува телото кое има надлежност да одлучува за такво барање (за разлика од барањето за промена на лично име). Дека тужената држава нема регулаторна рамка во врска со законското признавање на промената на полот е потврдено и од страна на релевантни меѓународни форуми, констатирани од Судот во својата анализа на компаративното право (*Hämäläinen*, цитирана погоре, § 32). Истото се чини дека е потврдено и во оспорените постапки.

Без оглед на наведеното, Судот го испита аргументот на Владата дека требало да се смета дека Законот за матична евиденција поставил доволна и ефективна правна основа за предметното прашање, имено, дека со членот 22 став 2 од Законот е дозволено да се изврши исправка и модификација на податоците во граѓанскиот статус со надлежност на Управата за водење на матичните книги да одлучува за двете прашања на два различни начини: грешките може да се поправат директно од страна на матичарот, а податоците може да се променат врз основа на посебна одлука од страна на тело во надлежниот орган, како предуслов за бараната промена. Со оглед на тоа што апликантот се обидел да го смени податокот за полот кој бил евидентиран како таков во матичната книга на родените, се чини дека за неговото барање требало да се одлучува на вториот начин. Тоа бил пристапот применет од страна на матичарот кој одбил во два наврати да се промени податокот за полот на подносителот на барањето во матичната книга на родени од женски во машки, поради отсуството на документиран докази кои го потврдуваат неговиот изменет пол.

Сепак, Управата за водење на матичните книги не ја оценила природата на тие докази, и покрај тоа што поднела барања до надлежните органи за информации во врска со ова. Управниот суд се осврнал на тој пропуст при првото враќање на случајот на повторно разгледување. Судот му придава важност на фактот дека Владата не презентираше никакви докази дека овие прашања, вклучувајќи ја постапката за добивање релевантни докази, биле регулирани со закон или дека постоела судска пракса во врска со ова прашање.

Ако од наводите на Владата треба да се разбере дека во случај на судско утврдување на новиот пол на апликантот од страна на Управниот суд, тоа би била основа за Управата за водење на матични книги да се потпре на ставовите на тој суд при одлучувањето за барањето на апликантот за промена на податоците за неговиот пол (како што се случило со две пресуди на управниот суд во 2017), треба да се забележи дека тој суд не одлучувал мериторно за случајот на апликантот, иако го разгледувал во два наврати и го вратил предметот на повторно разгледување на управниот орган. Конечно, не е без релевантност тоа дека Управата со својата последедна одлука од 28 февруари 2018 година - имено шест и пол години откако апликантот ја започнал оспорената постапка - изјавила дека не е надлежна да одлучува за барањето на апликантот.

Судот наведува дека изнесеното е доволно за да заклучи дека сегашната регулаторна рамка во тужената држава за законско признавање на половите остава голем број важни прашања неодговорени. Меѓу нив е и постоењето и природата на кој било услов што барателот треба да го исполни со цел да се промени податокот за полот во официјалната евиденција. Како што е наведено погоре, домашното право не го опфаќа ова прашање. Понатаму, не беше аргументирано - и на Судот не му беа презентирани докази - дека постоела каква било (не пак воспоставена) судска пракса што би ги специфицирала таквите услови. Апликантот тврдеше дека бил принуден да се подложи на комплетна хируршка операција за промена на полот за да се промени податокот за полот во матичната книга на родените. Дури и под претпоставка дека раните наоди на административните власти можеби укажувале на таков заклучок, Судот констатира дека во текот на целата постапка не била заземена дефинитивна позиција за ова прашање.

Треба да се забележи дека за барањето на апликантот да се промени податокот за неговиот пол сеуште не е конечно одлучено и оспорената постапка се уште се во тек. Според тоа, и имајќи ги предвид аргументите наведени погоре, било каков заклучок за тоа дали на апликантот, како предоперативен трансексуалец, кој претрпел делумна хируршка операција, ќе му биде правно признат неговиот префериран пол, би било многу блиску до спекулација.

Судот утврди дека околностите на случајот откриваат законски празнини и сериозни недостатоци кои го ставаат апликантот во ситуација на вознемирувачка несигурност *vis-à-vis* неговиот приватен живот и признавањето на неговиот идентитет. Како што е наведено погоре, долготрајното разгледување на барањето на жалителот, за што националните власти носат исклучива одговорност, има долгорочни негативни последици врз неговото ментално здравје. За Судот тоа било доволно да заклучи дека сегашната законска рамка во тужената држава не обезбедува “брзи, транспарентни и достапни постапки” за промена на податоците за полот на трансродовите лица во матичната евиденција на родените.

Во светло на горенаведените размислувања, Судот заклучува дека во случајот постои повреда на член 8 од Конвенцијата поради недостаток на регулаторна рамка која го обезбедува правото на почитување на приватниот живот на апликантот.

Значењето на пресудата

Прво, важно е што Судот, очигледно со добра причина и по своја иницијатива, потсетува дека правото на почитување на семејниот и приватниот живот од член 8 од Конвенцијата се протега и на половиот идентитет, како компонента на личниот идентитет и дека тоа важи за сите идндивидуи, вклучувајќи ги и трансродовите лица, како што е апликантот, што не се подложиле на операција за промена на полот, или кои не сакаат да се подложат на таква хирушка операција. Ова особено затоа што во извесни фази на постапката органите го одбивале барањето на апликантот повикувајќи се токму на околноста дека не постои доказ дека тој извршил хирушка промена на полот. Исто така, ако се има предвид дека Управниот суд во други два случаи ги уважил тужбите на две други лица, но кои веќе исвршиле таква операција, укажува на тоа дека таа околност била одредена пречка за апликантот да го оствари своето право на промена на податокот на полот. Ова само покажува дека нашите органи како да немале воопшто увид во праксата на Судот што се однесува на ова посебно прашање.

Второ, со утврдувањето на повредата на правото на почитување на личниот идентитет на апликантот, се отвора јасна перспектива за повторување (или дури продолжување) на постапката во неговиот случај во која судовите, без оглед на динамиката на извесните измени во Законот за матична евиденција што ги наметнува оваа пресуда, ќе бидат во можност, а според моето мислење ќе бидат должни, со адекватна примена на ставовите на Судот во оваа пресуда (но и другите наведени во неа) да ја уважат неговата тужба, да ги поништат актите на управните органи и да му го обезбедат правното признание на неговиот полов идентитет и следствено да му обезбедат промена на податоците за полот во матичната евиденција. Тоа секако нема да им биде тешко, дотолку повеќе што во 2017, во други околности (лица со хирушки променет пол) го сториле истото врз основа на истиот “празен” Закон за матична евиденција.

Трето, на генерален план пресудата е извонредно значајна за правата и третманот на трансродовите лица и подигањето на нивото на обврската на државата да обезбеди “брзи, транспарентни и достапни постапки” за промена на нивните податоци во матичната евиденција. Ние само со жалење можеме да констатираме дека, наспроти бројните меѓународни документи, наведени во оваа пресуда, и обврските што од нив ги има државата, не сме биле способни да ги пресретнеме овие потреби на граѓаните во согласност со европските стандарди. Оваа пресуда е гаранција дека ниедно трансродово лице веќе нема да се соочи со таков неповолен третман како апликантот. Судовите тоа мора да го обезбедат во апсолутна смисла.

Конечно, оваа пресуда на посебен начин го афирмира ставот на Судот дека под поимот “закон” се подразбира подеднакво пишаниот закон и други правни прописи, но и судската пракса, особено кога се работи за “втемелена”, стабилна судска пракса, која на индивидуите им дава, исто како и пишаниот закон или во негово отсуство, јасност и предвидливост за тоа како правото ќе ги третира нивните постапки или нивниот статус. Во случајов Судот, уште во рубриката за “домашно релевантно право” нашол за сходно да го посочи членот 8 од Законот за судовите, кој пропишува дека судот “не може да отфрли барање за остварување на определено право со образложение дека постои правна празнина и должен е да одлучува по него, со повикување на општите начела на правото, освен кога тоа изречно е забрането со закон.” Несомнено е дека Управниот суд можел да одлучи во случајот во согласност со овој член од Законот и во согласност со ставовите на меѓународното право и на Европскиот суд за човекови права. Судот констатира дека фактите зборуваат за тоа дека постоеле обиди на органите и на судовите да донесат некаква одлука за барањето на апликантот и “да ги постават релевантните правни принципи за прашање што, во отсуство на претходна судска пракса, било ново во време на поднесувањето на барањето на апликантот.” Поради тоа и оценил дека апликантот

оправдано се надевал дека може да добие одлука во тие постапки. Ваквото признавање на судските одлуки и праксата како релевантна за правата, дури и кога законот молчи, е важен поттик за нашите судови похрабро да влегуваат во непосредна заштита на човековите права и слободи со повикување на ставовите на Европскиот суд за човекови права. Ова последново, впрочем, веќе е изречна обврска за судиите согласно измените на член 18 од Законот за судовите (иако таа обврска, од гледиште на уставното право, постои и без таа одредба од Законот!)

Слободата на политичкото изразување во демократските општества во светлина на пресудата „Макрадули против Република Македонија“

Анализа на *м-р Велимир Деловски* на пресудата на Европскиот суд за човекови права „Макрадули против Република Македонија“ (жалби бр. 64659/11 и 24133/13) од 19 јули 2018 година.

Фактичка заднина на случајот

Пресудата на Европскиот суд за човекови права изречена во овој случај произлезе од двете засебни апликации поднесени од истиот жалител, г. Јани Макрадули, кој во време на водењето на предметните домашни постапки бил потпретседател на опозициската партија СДСМ и пратеник во македонското Собрание. Со неа Судот се зафаќа со мериторно расправање на неговите жалбени наводи дека осудителните кривични пресуди за клевета довеле до прекршување на неговата слобода на изразување загарантирана со членот 10 од Европската конвенција за човековите права.

Првата апликација се однесувала на кривичната постапка покрената против жалителот, во врска со неговите наводи дека г. С.М., братучедот на тогашниот премиер, кој бил висок член на владејачката политичка партија ВМРО-ДПМНЕ и директор на Управата за безбедност и контраразузнавање, ги злоупотребил неговите овластувања и опремата за полициско прислушкување со намера да изврши влијание врз тргувањето на берзата како би остварил лична финансиска добивка. Втората апликација, пак, опфатила друга кривична постапка против жалителот по однос на неговите изјави за наводни незаконитости при јавната продажба на државно градежно земјиште на фирма блиска до С.М. Иако неговото име не било изречно споменато од жалителот, посредно можело да се утврди дека овие наводи фактички се однесувале на него. Во обата случаи спорните искази биле изнесени во јавноста на одделни прес-конференции одржани во партиските простории на СДСМ. Воедно, двете кривични постапки биле поведени по приватни кривични пријави поднесени од страна на г. С.М.

Жалителот бил осуден за клевета согласно членот 172 од македонскиот Кривичен законик (КЗ), кој бил во сила во тоа време, при што му била изречена парична казна од 1,500 евра која би можела да биде преиначена во казна затвор од 75 дена (во првиот случај), односно парична казна од 1,000 евра со можност за преиначување во казна затвор од сто дена (во вториот случај). Сепак, врз основа на законските измени кои следеле со усвојувањето и стапувањето во сила на Законот за граѓанска одговорност за клевета и навреда (ЗГОКН) од ноември 2012 година, судечкиот суд ја запрел постапката за извршување на санкцијата во двете постапки, така што жалителот ги платил само досудените судски трошоци, но не и изречената парична казна. Следствено на исходот од првата кривична постапка г. С.М. повел и парнична постапка во која неговото тужбено барање за надомест на нематеријалната штета било уважено, при што му биле досудени 550,000 денари.

Жалителот се обидел и пред Уставниот суд да го адресира прашањето за повреда на неговата слобода на изразување преку поднесување на две барања за заштита на слободите и правата. Тие биле одбиени со слични образложенија кои се сведувале на неистинитоста на изнесените тврдења преку кои наводно му била нанесена штета на угледот на г. С.М.

Наоди и заклучоци на Европскиот суд за човекови права

Пресудата дава интересен приказ на општите стандарди и принципи воспоставени низ јуриспруденцијата на ЕСЧП во поглед на прашањето за границите на слободата на политичкото изразување и политичкиот говор во согласност со членот 10 од Конвенцијата.

Како што било неспорно помеѓу жалителот и Владата, ЕСЧП најпрво констатира дека се работело за вмешување во правото на слобода на изразување на жалителот кое било пропишано со закон, или поконкретно, со членот 172 од КЗ, при што истото ѝ служело на легитимната цел за заштита на угледот на г. С.М., која била утврдена и од домашните судови. Притоа, Судот ја испочитува проценката која била направена од страна на надлежните македонски судови во рамките на нивното поле на слободна процена (*margin of appreciation*) во поглед на законитоста и постоењето на легитимна цел со која се оправдувало вмешувањето. Потоа, тој се впушти во продлабочено проучување на неопходноста на ваквата интервенција во едно демократско општество, како трет елемент на тестот на пропорционалност кој Судот вообичаено го применува во овој вид предмети, а со цел да утврди дали причините кои биле изнесени од страна на националните судови за да го оправдаат таквото вмешување како неопходно, односно општествено неодојно потребно биле „релевантни и доволни“, односно дали судовите примениле стандарди кои биле во согласност со принципите од членот 10 од Конвенцијата.

Поаѓајќи од општите принципи развиени во неговата пракса, Судот реafirмираше дека постои многу мал простор за ограничувања на политичкиот говор и дебата по прашањата од јавен интерес од членот 10 став 2 од Конвенцијата. Поради тоа тој по правило определува висок степен на заштита на слободата на изразување и особено тесен маневарски простор за проценка на државите во вакви случаи. При примената на неговите принципи врз фактите на овој предмет, Судот особено ги разгледуваше следниве релевантни аспекти, и тоа: 1) позицијата на тужителот и жалителот, кој имал својство на тужен во домашната постапка, 2) предметот на тврдењата на жалителот, како и 3) нивната квалификација од домашните судови и нивниот пристап при оправдувањето на вмешувањето за кое станувало збор.

Врзано за позицијата, односно статусот на страните, Судот го нотираше неспорниот факт дека исказите биле изнесени од страна на жалителот во својство на потпретседател на тогашната опозициска партија, на прес-конференции одржани во седиштето на неговата партија, во името на неговата партија и во политички контекст. Уште повеќе, беше нагласено и тоа дека жалителот бил пратеник, што како на избран претставник на граѓаните му дава уште повисок степен на заштита на политичкиот говор, кој би можел да биде ограничен само при постоење на многу силни причини за тоа. Притоа, беше укажано дека за разлика од редовните судови, само Уставниот суд нотирал дека жалителот бил и пратеник и како таков требало да ужива поголема заштита. ЕСЧП предочи и дека поаѓајќи од статусот на тужителот, г. С.М., при балансирањето на правото на заштита на неговиот углед наспроти слободата на политичко изразување, границите за прифатлива критика се пошироки за државните службеници одошто за приватните поединци. Поради тоа, тие треба да демонстрираат поголем степен на толеранција кон критика како нивните дејствија или пропусти би можеле да бидат подложени на непосреден надзор од јавното мислење. Во таа смисла, ЕСЧП ја истакна потребата од воздржување да се прибегнува кон кривични постапки, особено доколку биле достапни и други средства за реакција на неоправданите напади. Според ЕСЧП, при спроведувањето на пропорционалната анализа домашните судови ја пренебрегнале позицијата на г. С.М., кога во нивните пресуди само напоменале дека тој бил „легитимна цел на конструктивна критика“ без тоа детално да го образложат.

Понатаму, Судот се осврна и на дистинкцијата помеѓу фактичките тврдења и вредносните судови која, пак, има влијание врз определувањето на обврската за докажување на вистинитоста на дадениот исказ. ЕСЧП истакна дека иако точноста на вредносните судови во принцип не е подложна на докажување доколку постоела доволна „фактичка основа“ врз која тие биле базирани, ова не би важело во случаи кога тие биле дадени во текот на жива политичка дебата од страна на избраните функционери, зашто тие треба да уживаат поширока слобода да ги критикуваат владините постапки, дури и доколку нивните вредносни судови немаат јасна фактичка заснованост. Во однос на содржината, односно предметот на спорните искази во дадениот случај, Судот го сметаше за проблематичен нивниот третман, односно квалификација како фактички тврдења, наместо вредносни судови од причина што тие се однесувале на наводи за незаконито постапување при вршењето на службената должност на г. С.М. како прашања од јавен интерес. Како особено релевантни ЕСЧП ги имаше предвид формата и контекстот во кој исказите на жалителот биле пренесени до јавноста. Од тој аспект, Судот сметаше дека задоцнетото пријавување од страна на г. С.М. на сопственоста врз акции во имотниот лист, како и присутните гласини во јавноста по однос на тоа претставувале елементи кои упатувале на постоење на доволна фактичка заснованост на тврдењето на жалителот.

Дополнително, јавните изјави на жалителот врзани за сомнителната продажба на земјиште имале за цел презентација на наодите од истражувањето спроведено од неговата партија и иако биле саркастични тие не содржеле очигледно навредлив говор и не излегле надвор од рамките на прифатливото претерување или провокација.

Врз основа на тоа, Судот заклучи дека дадените изјави претставувале правичен коментар за прашања од легитимен јавен интерес, какви што се придржувањето кон обврската за пријавување на имотот и конфликтот на интереси кој би можел да го има како носител на висока јавна функција при преземањето на одредени деловни активности.

Истите задирале во потребата од транспарентност и спречување на злоупотребата на положбата и имале за цел да го зајакнат јавниот интегритет и да ја одржат довербата на јавноста во јавните институции. Во оваа смисла, иако толкувањето и примената на домашното право е во принцип задача на националните судови, во која ЕСЧП не треба да навлегува, оваа пресуда индиректно фрли извесен критички тон и врз примената на членот 172, наместо членот 176 од КЗ, кој, предвидувал неказнување за лицето кое ќе изнесе клеветнички наводи во вршењето на политичка или друга општествена дејност.

Веројатно одлуката да се примени друга законска одредба би довела до сосема поинаков тек и исход на предметните домашни постапки кој би бил повеќе компатибилен со Конвенциските стандарди.

Со пресудата се упатува јасна критика и кон т.н. „презумпција на невистинитост“ која ја примениле судовите кога од жалителот во својство на тужен барале да ја докажува вистинитоста на неговите искази, а во неможност тоа да биде сторено тие дошле до заклучок дека истите биле неточни и клеветнички, а жалителот го лишиле од заштитата која му ја пружа членот 10. Спротивно на тоа, Судот зазема стојалиште дека двата искази во себе содржеле извесни фактички наводи и тие биле изнесени во рамките на јавна дебата за значајно прашање во која тој бил инволвиран. (Во поткрепа на ова треба да се напомене и дека таквата јавна дебата особено се актуелизираше по обелоденувањето во јавноста на скандалот со масовното прислушкување пролетта 2015 година!).

Оттука, пристапот на домашните судови бил во секој случај неоправдан и излегувал од веќе воспоставениот стандард на ЕСЧП на „должно внимание“. Судот подеднакво го критикуваше и идентичниот пристап кој го имал Уставниот суд, независно што тој правилно сметал дека се работело за „мислења“, наместо за фактички тврдења, како и тоа што фактот дека жалителот неговите искази ги изнел во просториите на неговата

политичка партија, а не во Собранието, бил само нотиран во одлуката на Уставниот суд, без притоа да се нагласи дека тој одлучил да не извлекува полза од повисокото ниво на заштита што би го имал доколку би се повикал на пратеничкиот имунитет.

При утврдувањето на повреда на членот 10, Судот го адресираше и прашањето за природата и суровоста на изречените санкции, потенцирајќи дека дури и релативно скромната природа на паричните казни сама по себе не го негира ризикот од „одвраќачки ефект“ врз натамошното остварување на слободата на изразување. Тој оцени дека макар што изречената глоба повеќе не можела да биде наплатена со оглед на законските измени кои ја декриминализираа клеветата, осудата на жалителот имала одвраќачко дејство (chilling effect) врз политичката дебата која тој ја покренал по прашања од општ интерес. Свкупно, Судот констатираше дека стандардите применети во спорните постапки биле инкомпатибилни со принципите отелотворени во членот 10 од Конвенцијата и домашните судови не успеале да постигнат правична рамнотежа помеѓу спротивставените интереси кои биле засегнати. Следствено на тоа, вмешувањето било несразмерно на целта и истото не било „неопходно во едно демократско општество“ во смисла на значењето на членот 10 став 2.

Релевантност и значење на пресудата

Анализираната пресуда покренува значајни прашања за практикувањето на слободата на политичко изразување во специфичниот македонски политички и правен контекст во кој се изгради практика на меѓусебно покренување кривични постапки и парничење помеѓу политичари кои припаѓаат на различни политички опции, а по повод прашања кои биле покренати во рамките на јавната, политичка дебата.

Иако Судот во Стразбур тоа експлицитно не го констатира, од пресудата произлегува дека при правораздавањето македонските судови првенствено се раководеле од потребата за заштита на личните права, отколку од сенсот за демократијата и човековите права, како концепти кои го апсорбираат правото на јавноста да биде информирана и алармирана за начинот на вршење на државните функции. Токму затоа во стадиумот на балансирање на различните вредности, интереси, слободи и права кои треба да бидат соодветно осигурани, тие одлучиле да дадат предимство на угледот и дигнитетот на личноста на носителот на јавна функција, кои се сметало дека биле значително засегнати преку злоупотребената слобода на мислата и јавното изразување на мислата, која била ставена во втор план, како и пред слободата на политичка дебата, за која се истакнувало дека нема апсолутна природа.

ЕСЧП само накусо ја нотира декриминализацијата на клеветата како легислативен потфат кој ѝ претходеше на оваа пресуда, па оттука таа може да се посматра и низ призмата на оваа крупна реформа како исчекор напред кон правилното функционирање на демократијата, владеењето на правото и конзистентното почитување и заштита на фундаменталните слободи и права. Сепак, решенијата во ЗГОКН автоматски, сами по себе не се доволни за да се гарантира ефективно уживање на слободата на политичко изразување, доколку истите не бидат проследени со соодветна трансформација во светогледот на судиите, која конечно треба да се манифестира преку конкретна промена во начинот на нивното постапување по одделни случаи. Ова пред сè се однесува на правораздавањето во сите инстанци на редовните судови, како и на одлучувањето на Уставниот суд во рамките на ограничениот модел на уставна жалба вообличен преку барањето за заштита на слободата на уверувањето, совеста, мислата и јавното изразување на мислата од членот 110 алинеја 3 од Уставот.

Имено, неопходно е при постапувањето во случаите на наводна клевета во јавниот општествен и политички дискурс, судиите да ги имаат предвид и во аргументацијата на нивните пресуди доследно и правилно да ги инкорпорираат принципите, стандардите и становиштата на Европскиот суд за човекови права кои произлегуваат од неговата пракса, како платформа преку која всушност и се оживотворуваат Конвенциските одредби.

Впрочем, на ова не случајно упатуваат членот 2 став 2, како и членот 3 од ЗГОКН. Овој закон излезе во пресрет на барањата на судската пракса на ЕСЧП, со што македонскиот законодавец стави до знаење дека е примена пораката на Стразбуршките пресуди во слични случаи кои се однесуваат на други држави за ставање крај на дотогашната пракса која не водеше доволно сметка за значењето на политичкиот говор како *conditio sine qua non* на секоја демократија.

Примената на овој закон сè уште останува предизвик за македонските судии, исто како што предизвик ќе биде и реферирањето на јуриспруденцијата на Судот и нејзината правилна апликација врз фактичкиот наратив на предметите по кои тие одлучуваат. Со ЗГОКН, меѓу другото, на национално ниво се вградуваат стандардите во поглед на товарот на докажување на вистинитоста на тврдењата кои биле изнесени во јавен интерес (член 9). Воедно, од судиите се очекува и подобро разбирање на поимите „фактички тврдења“ и „вредносни судови (ставови, мислења)“ како ним би можеле да им дадат соодветен третман и квалификација, од што пак, би зависел и степенот на заштита на политичкиот говор во однос на истите. Уште повеќе, изменетата домашна судска пракса на линија на Стразбур во слични случаи секако би претставувала значајна генерална мерка на извршување која би имала позитивен ефект врз успешната имплементација на пресудата и како таква би можела да доведе и до затворање на овој конкретен предмет пред Комитетот на министри на Советот на Европа.

Пресудата „Макрадули“ зазема посебно место меѓу сите македонски пресуди досега донесени од страна на Судот и поради силната порака која таа ја испраќа не само до судиите и правните професионалци во поглед на начинот на разгледување и одлучување во овој вид предмети, туку и кон политичарите, во однос на нивната одговорност во процесот на демократизација, во смисла на зголемување на транспарентноста во вршењето на јавните функции, навремено превенирање на какви било злоупотреби на службената положба и овластувања, ефикасна борба против корупцијата и организираниот криминал, како и зацврстување на владеењето на правото.

Освен за македонскиот правен поредок, таа дава одредени насоки и за другите правни системи (како што истакнува судијата Wojtyczek/ Војтицек во неговото Издвоено мислење на согласување - во оние држави во кои „опозициските политичари и парламентарци можат да бидат посебно таргетирани од страна на властите“). Во рамките на *erga omnes* ефектот на пресудите на ЕСЧП, кој излегува надвор од тесните граници на државата во однос на која е утврдена повреда на Конвенциските слободи и права, оваа пресуда треба да го охрабри јакнењето на капацитетите на секој правосуден систем соодветно да се справи со предизвиците на конституционалната демократија, кои налагаат овозможување ефикасна одбрана на слободата на (политичко) изразување од какви било, арбитрерни интервенции на актуелните носители на политичката власт и моќ.

Сево ова станува дотолку повеќе релевантно во крехки и фрагилни општества кои се во посттранзициската фаза на воспоставување на систем во кој треба да биде видливо дека правдата вистински и суштински се спроведува.

Конечно, преку посоченото Издвоено мислење, се констатира постепено преиспитување на традиционалната дихотомија на фактички тврдења и вредносни судови, манифестирана преку отфрлање на барањето за докажување на вистинитоста и прифаќањето на тестот за постоење на „доволна фактичка заснованост“ во однос на сите оние тврдења кои

биле соопштени во рамките на една жива демократска дебата. Уште повеќе, со него жестоко се критикува сфаќањето на Судот изложено во оваа пресуда што подразбира дека со оглед на специфичната општествена улога која треба да ја играат политичките елити, ним треба да им биде дадена поширока слобода на изразување од онаа која ја уживаат „обичните“ граѓани. На тој начин се упатува и дополнителна порака дека ваквиот концепт на судиско резонирање во иднина треба да биде напуштен, од причина што не само политичарите, туку секој граѓанин треба да биде овластен да покренува прашања од јавен интерес кои би биле предмет на јавна дебата во едно демократско општество. Со тоа, нивото на заштита на политичкиот говор би се подигнало уште повисоко, надминувајќи го опсегот на досегашната јуриспруденција на Судот. Останува да се опсервира дали ваквото, засега издвоено разбирање на оваа проблематика ќе најде на одобрување и ќе придонесе кон поинаква еволуција на праксата на ЕСЧП во нови, досега непознати димензии кога станува збор за слободата на политичко изразување.

Обврска на Управниот и Вишиот управен суд за темелна ревизија на основаноста на тврдењето на извршните органи во постапката во смисла на пресуда „Љатифи против Република Македонија“

Анализа на *Иван Штерјовски* на пресудата на Европскиот суд за човекови права „Љатифи против Република Македонија“ (бр. 19017/16).

На 17.мај 2018 година, Европскиот суд за човекови права донесе пресуда во случајот Љатифи против Република Македонија, со која утврдува дека тужената држава сторила повреда на член 1 став 1 (а) и (б) од Протоколот 7 кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи. Постапката пред Европскиот суд за човекови права, поведена од државјанка на Република Србија, која со решение за престанок на правото на азил е задолжена да ја напушти територијата на Република Македонија во рок од 20 дена, резултира во пресуда која е исклучително значајна и интересна од аспект на природата и опсегот на член 1 став 1 (а) и (б) од Протоколот 7 кон Конвенцијата. Во оваа куса анализа ќе се осврнеме на оцените и правната аргументација на кои Судот ја заснова пресудата, како и влијанието кое би требало да го има пресудата на постапките во кои странец со законски престој се задолжува да ја напушти територијата на Република Македонија.

Факти за случајот

Жалителката Ѓилизаре Љатифи е државјанка на Република Србија, по потекло од Косово. Во 1999 година, за време на вооружениот конфликт во Косово, нејзиното семејство пристигнува во Република Македонија. По поднесено барање за признавање на азил од страна на нејзините родители (жалителката е малолетна во тој период), Министерството за внатрешни работи на РМ во 2005 година донесува решение со кое на жалителката ѝ се признава право на азил заради хуманитарна заштита и право на престој во Република Македонија. Со донесување на формални решенија, правото на азил и правото на престој ѝ се продолжуваат сè до 2014 година, кога Министерството за внатрешни работи на РМ донесува решение со кое на жалителката ѝ престанува правото на азил заради супсидијарна заштита и правото на престој, затоа што истата претставувала опасност за безбедноста на државата. Решението содржи наредба со која жалителката се задолжува да ја напушти територијата на Република Македонија во рок од 20 дена сметано од денот на правосилноста на решението.

Во постапката која му претходи на донесувањето на решението за престанок на правото на азил, жалителката е сослушана пред Министерството за внатрешни работи. На разговорот воопшто не станало збор за околноста дека жалителката наводно претставува опасност по безбедноста на државата, на жалителката не ѝ бил предочен доказ, ниту пак и била дадена можност да се произнесе по овие наоди на Министерството за внатрешни работи.

Со тужба за поведување на управен спор пред Управниот суд на РМ, жалителката го оспорува првостепеното решение како арбитражно, истакнувајќи дека нема докази дека жалителката претставува опасност по безбедноста на државата, а во постапката пред првостепениот орган не ѝ е дадена можност активно да учествува, односно да се произнесе по било каков доказ. Управниот суд донесува пресуда со која ја одбива тужбата како неоснована. Во образложението на пресудата, Управниот суд на РМ наведува дека

од Министерството за внатрешни работи добило класифицирана белешка од Управата за безбедност и контраразузнавање со назнака „строго доверливо“, која укажувала дека жалителката претставува закана за безбедноста на државата. Управниот суд на РМ не открил никакви други детали од белешката по кои жалителката би можела да се произнесе.

Жалителката ја објавила пресудата со поднесување на жалба до Вишиот управен суд на РМ. Во жалбата помеѓу друго наведува дека од изразите кои ги користи Управниот суд на РМ во пресудата, очигледно е дека има одредени документи врз кои била заснована пресудата, а кои не се доставени до жалителката, ниту пак ѝ била дадена можност да се произнесе по истите. Вишиот Управен суд ја одбива жалбата како неоснована, првостепеното решение се потврдува како законито и станува правосилно.

На 01.04.2016 година, жалителката поднесува жалба до Европскиот суд за човекови права за наводно сторена повреда на член 1 од Протоколот 7 кон Конвенцијата и член 13 од Конвенцијата за заштита на човеековите права и основните слободи („Конвенцијата“).

Тек на постапката пред Европскиот суд за човекови права

Во жалбата поднесена до Европскиот суд за човекови права жалителката тврди дека не ѝ биле обезбедени минимални процедурални гаранции во постапката во која е задолжена да ја напушти територијата на Република Македонија со што е сторена повреда на член 1 став 1 (а) и (б) од Протокол 7 кон Конвенцијата, а постапката на ревизија пред надлежните судови не претставувала ефективен правен лек- повреда на член 13 од Конвенцијата.

Владата на тужената држава вложила прелиминарен приговор во однос на *ratione materiae*, бидејќи како што тврди немало наредба, одлука или мерка за протерување на жалителката, односно со наредбата содржана во решението за престанок на правото на азил на жалителката ѝ бил даден доброволен рок да ја напушти територијата на Република Македонија. Притоа, според Владата на тужената држава не постоел ризик жалителката да биде протерана, а во прилог на ова тврдење наведува дека ниту едно лице кое во Република Македонија престојува во врска со кризата на Косово од 1999 година не било протерано, а на жалителката откако на нејзино барање и било овозможено да патува за Република Србија за да обезбеди документи за да стапи во брак со нејзиниот невенчан сопруг ѝ бил одобрен повторен влез во Република Македонија.

Тужената држава вложува приговор и во однос на допуштеност на жалбата од аспект на исцрпеност на домашните правни лекови, тврдејќи дека жалителката не ги искористила сите правни лекови, поточно можноста да го регулира престојот согласно член 49 од Законот за странци, по основ на семејна заедница со државјанин на Република Македонија.

Произнесувајќи се по наводите на жалителката дека во постапката не ѝ биле обезбедени минималните процедурални заштитни мерки, Владата на тужената држава навела дека не е сторена повреда на член 1 од Протоколот 7 кон Конвенцијата, оспорената одлука е донесена од страна на надлежен орган, согласно закон и е оправдана во смисла на член 1 став 2 од Протоколот 7 кон Конвенцијата. Во прилог на ова, Владата на тужената држава наведува дека жалителката била застапувана во постапката од адвокат, била сослушана пред донесувањето на одлуката и откако истата станала конечна, а нејзиниот случај бил предмет на судска ревизија во две инстанции.

Оцени на судот и диспозитив на пресудата

Бидејќи, тужената држава не оспорила дека жалителката законски престојувала на територијата на Република Македонија во моментот на донесувањето на одлуката со која се задолжува да ја напушти територијата на Република Македонија, судот во однос на прелиминарниот приговор за применливоста на член 1 од Протокол 7 кон Конвенцијата, се ограничил да разгледа дали состојбата на жалителката по оспорената одлука може да се подведе под поимот протерување во рамки на значењето и опсегот на член 1 од Протокол 7. Притоа, судот забележал дека конечната одлука содржи експлицитна наредба со која на жалителката ѝ се наложува да ја напушти тужената држава во утврдениот рок, наредбата не е поништена или на друг начин ставена вон сила, а извршувањето на истата не е предмет на било какви дополнителни формални барања. Согласно ова, судот оценил дека постои ризик жалителката да биде протерана врз основа на наредбата во било кое време, односно конечната одлука на Министерството за внатрешни работи „треба да се смета, за сите практични цели, како мерка преземена за нејзино протерување, која спаѓа во опфатот на член 1 од Протоколот бр.7 кон Конвенцијата“. Од овие причини судот го отфрла прелиминарниот приговор за применливоста на Протоколот 7 кон Конвенцијата.

При одлучувањето Судот ги земал во предвид и наводите на тужената држава дека ниту едно лице кое во Република Македонија престојува во врска со кризата на Косово од 1999 година не било протерано, како и дека на жалителката ѝ бил одобрен повторен влез во Република Македонија по нејзиното патување во матичната држава, но овие наводи не биле доволно за да го убедат судот дека наредбата со која жалителката се обврзува да ја напушти територијата на Република Македонија е вон сила.

Судот го отфрлил и приговорот на тужената држава за неисцрпеност на правните лекови бидејќи тужената држава не дала никаков аргумент или пример од домашната судска пракса дека барањето за регулирање на престој согласно член 49 од Законот за странци ќе довело до повторување на постапката која ја следело министерството при процената на ризикот и донесувањето на наредба согласно која жалителката била задолжена да ја напушти тужената држава. Судот наведува дека и под претпоставка жалителката да можела да го регулира престојот согласно член 49 од Законот за странци, одлуката за престој би се засновала на нејзиното семејство кое не е поврзано со жалбата поднесена до ЕСЧП.

Во оценување на основаноста на жалбените наводи за повреда на член 1 став 1 од Протоколот 7 кон Конвенцијата, судот наведува дека странците со законски престој во држава која го ратификувала протоколот не може да бидат протерани освен во случај на извршување на одлука донесена во согласност со закон. Притоа, забележува судот, зборот „закон“ се однесува не само на постоење на правен основ во домашното законодавство, туку и на квалитетот на предметниот закон, кој мора да биде достапен, предвидлив и да гарантира мерка за заштита од произволно вмешување од страна на извршните органи во остварувањето на правата кои се гарантирани со Конвенцијата.

Според судот, барањето за предвидливост не значи обврска за државите да усвојат законски одредби во кои детално се набројани однесувањата кои може да резултираат со одлука за протерување на лице затоа што истото претставува закана за националната безбедност. Но, како што наведува судот „дури и кога националната безбедност е во прашање, концептите на законитост и владеење на правото во едно демократско општество бараат мерките за депортација кои ги засегаат основните човекови права да бидат предмет на некаква форма на контрадикторна постапка пред независен орган или суд што е надлежен ефикасно да се изанализираат причините за нив и да се преиспитаат релевантните докази, ако е потребно со соодветни процедурални ограничувања за

користењето на класифицирани информации. Лицето мора да биде во можност да го оспори тврдењето на извршната власт дека е загрозена националната безбедност“. На овој начин, судот недвосмислено упатува на обврската на државата да му обезбеди на странецот активно учество во постапката, можност да се запознае со доказите и да го оспори тврдењето на извршната власт дека е загрозена националната безбедност.

Понатаму, судот наведува „додека проценката на извршната власт за тоа што претставува закана за националната безбедност секако ќе има значителна тежина, независниот орган или суд мора да биде во можност да реагира во случаи каде повикувањето на овој концепт нема разумен основ во фактичката состојба или открива интерпретација на “националната безбедност” што е незаконска или спротивна на здравиот разум и произволна“.

Несомнено, за да се смета дека во постапката биле почитувани минималните процедурални заштитни мерки, судот предвидува обврска за државата која го ратификувала протоколот да обезбеди темелно испитување на основите на кои се заснова тврдењето на извршните органи дека странецот претставува опасност за националната безбедност од страна на суд или друг независен орган. Во конкретниот случај, од класифицираната белешка која во редактирана форма била доставена до Европскиот суд за човекови права од страна на тужената држава, судот забележал дека единствениот факт кој бил доволен жалителката да се смета за ризик за безбедноста на државата било нејзиното наводно познавање и поддршка на други лица во извршување на кражби и акти на прикривање. Белешката не содржи никакви индикации од кои може да се утврди идентитетот ниту пак бројот на тие лица, како и односот на жалителката со нив доколку таков однос воопшто постои. Притоа, против жалителката не е поведена постапка за сторено кривично дело во тужената или трета држава, на жалителката не ѝ била посочена или дадена на увид белешката, ниту пак ѝ била дадена можност да се произнесе по истата. На овој начин според забележувањата на судот, жалителката била оневозможена да го презентира својот случај соодветно во понатамошната постапка на судска ревизија. Според наодите на Европскиот суд за човекови права, во постапката на ревизија судовите се ограничиле на чисто формално разгледување на оспорената одлука, а притоа ниту ја образложиле ревизијата која ја спровеле ниту пак се осврнале на значењето на зачувување на доверливоста на класифицираната белешка во постапката.

На овој начин судовите не успеале да го подложат на суштинска ревизија тврдењето на извршните органи дека жалителката претставува опасност по безбедноста на државата.

Поради овие причини, судот оценил дека постои повреда на став 1 (а) и (б) од членот 1 од Протоколот 7 кон Конвенцијата.

Бидејќи, веќе утврдил повреда на членот 1 од Протоколот 7, судот сметал дека не е неопходно да се испита дали постои повреда и на член 13 од Конвенцијата. Сепак, од забележувањата и оцените на судот кои се однесуваат на повредата на став 1(а) и (б) од член 1 од Протоколот 7, недвосмислено произлегува дека во постапката на судска ревизија не бил соодветно преиспитан основот поради кој на жалителката ѝ престанало правото на азил, односно тврдењето на извршните органи дека жалителката претставува опасност за националната безбедност.

Значајни аспекти на случајот

Специфичните околности на овој случај (не се преземени активни мерки од државата насочени кон спроведување на решението за протерување, на жалителката на нејзино барање ѝ било одобрено да ја напушти територијата на Република Македонија за да прибави одредени документи од матичната држава по што ѝ бил одобрен повторен влез), иницирале длабински размислувања и оцени на судот во однос на природата и опсегот на минималните процедурални гаранции од член 1 став 1 од Протоколот 7 од протерувањето како автономен концепт, вклучително и од аспекти од кои поради поинакви околности/фактичка состојба не се произнел во сродни предмети како што се *C.G. v. Bulgaria*, *Nolan and K. v. Russia*, *Paposhvili v. Belgium*, *Bolat v. Russia*, *Saeed v. Denmark*, *Naumov v. Albania* и т.н.

Со пресудата се потврдува превентивниот карактер на член 1 од Протоколот 7, неговиот материјален опфат и на случаи во кои странец е задолжен да ја напушти територијата на државата, но протерувањето не е спроведено, ниту пак државата преземала мерки насочени кон присилно отстранување на странецот. Имено, од образложението на пресудата несомнено произлегува позицијата на Европскиот суд за човекови права дека донесувањето на одлука со која странецот се задолжува да ја напушти територијата на тужената држава, која станала конечна и чие спроведување не зависи од донесување на друга подоцнежна одлука претставува протерување во смисла на член 1 ст. 1 од Протоколот 7.

Пресудата Љатифи против Република Македонија, предвидува недвосмислена обврска за државите кои го имаат ратификувано Протоколот 7 кон Конвенцијата да овозможат странецот да го оспори тврдењето на извршните органи дека претставува опасност по безбедноста на државата и случајот соодветно да го презентира пред суд или друг независен орган кој ќе спроведе темелна ревизија на основите на кои се заснова тврдењето на извршните органи. Постапувањето на извршните органи согласно оваа пресуда, ќе значи напуштање на досегашни практики на Министерството за внатрешни работи на РМ да донесува одлуки со кои странец се задолжува да ја напушти територијата на Република Македонија затоа што претставува опасност за безбедноста на државата, без притоа да му се даде можност на странецот да се запознае со содржината на доказите и да го оспори тврдењето на извршните органи дека претставува опасност за националната безбедност. Притоа, доколку е неопходно треба да се применат соодветни процедурални ограничувања на користењето на класифицирани информации, но кои нема да му оневозможат на странецот активно учество во постапката. Пресудата би требало да влијае и на Управниот суд и Вишиот управен суд на Република Македонија - при нивното идно постапување да вршат темелна ревизија на основаноста на тврдењето на извршните органи дека странецот претставува опасност за безбедноста на државата, како и во случаите во кои по друг основ странец се задолжува да ја напушти територијата на Република Македонија.

Иако, од аспект на донесениот диспозитив на пресудата помалку важен, вреден е да се издвои уште еден аспект на образложението на пресудата - при отфрлањето на приговорот на тужената држава дека жалителката не ги искористила сите домашни правни лекови, односно можноста престојот во Република Македонија да го регулира согласно член 49 од Законот за странци, судот помеѓу другото наведува дека барањето за регулирање на престојот по овој член од Законот за странци се однесува на семејството на жалителката кое не е поврзано со жалбените наводи кои се доставени до Европскиот суд за човекови права. Кон ова забележување на судот ќе дополниме - можноста да го регулира престојот во Република Македонија по овој основ претставува право, но не и обврска на странецот. Спротивно на ова, во пракса се забележуваат случаи (помеѓу нив и случајот на Ѓилизаре Љатифи) во кои на баратели на азил или лицата со признаено

право на азил кои живеат во вонбрачна заедница со државјанин на Република Македонија од страна на извршните органи им е сугерирано да го регулираат својот престој по тој основ. Ваквото постапување е недозволиво - од една страна претставува грубо мешање во остварувањето на правото на приватност и семеен живот, а од друга страна со истото постапување се занемаруваат природата и опсегот на правото на азил, кое во себе го вклучува, но и го надминува правото на престој во државата, односно се доделува на ранлива категорија на странци на кои им е неопходна меѓународна заштита.



ЦЕНТАР ЗА ПРАВНИ
ИСТРАЖУВАЊА И АНАЛИЗИ ■
CENTER FOR LEGAL RESEARCH AND ANALYSIS

| www.cpia.mk