



ИЗЛАГАЊА ОД УПРАВНОТО ПРАВО И УПРАВНОТО СУДСТВО

Придонеси од работата на Фондацијата за
меѓународна правна соработка (ИРЗ)

Македонија Том III

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Stabilitätspakt für Südosteuropa
Gefördert durch Deutschland
Stability Pact for South Eastern Europe
Sponsored by Germany



ИЗЛАГАЊА ОД УПРАВНОТО ПРАВО И УПРАВНОТО СУДСТВО

Наслов:

ИЗЛАГАЊА ОД УПРАВНОТО ПРАВО И УПРАВНОТО СУДСТВО

Издавач:

МАГОР ДОО Скопје, 2011

CIP - Каталогизација во публикација

Национална и универзитетска библиотека „Св. Климент Охридски“, Скопје

342.9(430)(062)

347.998.85(430)(062)

ИЗЛАГАЊА од управното право и управното судство : придонеси од работата на Фондацијата за меѓународна правна соработка (ИРЗ) Македонија. Т. 3 / [превод на излагањата Емина Авдиќ, Зорица Николовска]. - Скопје : Магор, 2011. - 168 стр. ; 24 см

Фусноти кон текстот

ISBN 978-608-223-055-9

а) Административно право - Германија - Собири б) Управно судство - Германија - Собири

COBISS.MK-ID 88244234

ИЗЛАГАЊА ОД УПРАВНОТО ПРАВО И УПРАВНОТО СУДСТВО

Придонеси од работата на
Фондацијата за меѓународна правна соработка (ИРЗ)
Македонија Том III

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



Изготвувањето на овој документ
е поддржано од Германската фондација за
меѓународна правна соработка (IRZ-Stiftung).
За содржината на документот е одговорен исклучиво авторот.
Застапените ставови не го одразуваат мислењето на
Фондацијата за меѓународна правна соработка.

СОДРЖИНА

Вовед	9
Предговор на г-н Векерлинг.....	11
Поздравно обраќање на г-ѓа Милер	15
Поздравно обраќање на г-н Пирнер	19
Д-р Кемпер: „Примена на општи правни начела во германското управно судство како придонес кон развојот на правото“	23
Доц. Д-р Војтхек Симичек: „Управното право во Република Чешка -Развој и избрани проблеми“	49
Д-р Ото Малман: „Јавната усна расправа во постапката на управните спорови: средство за обезбедување квалитет и предуслов за фер постапка“	73
Д-р Ото Малман: „Текстови за регулативата поврзани со предавањето на д-р Малман“	79
Д-р Ото Малман: „Значењето и практиката на времената правна заштита во германските управни судови“	81
Холгер Беман: „Значење и практика на времена правна заштита во германските управни судови“ Дел 2: „Градежно право, право на заштита од загадување и социјално право“	97
Д-р Ото Малман: „Судската пракса на Судот за правда на Европските заедници и нејзиното влијание врз судската пракса на германските управни судови“	115
Харалд Валтер: „Јавно-правниот договор – Можности и граници од перспектива на германската правна практика“	141
Д-р Ото Малман: „Извршувањето на управно-судските одлуки во Германија“	153

Превод на излагањата:

д-р Емина Авдиќ (доцент на Катедрата за германски јазик и книжевност и на Катедрата за преведување и толкување, Филолошки факултет „Блаже Конески“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје) и

проф. д-р Зорица Николовска (вонр.професор на Катедрата за германски јазик и книжевност и на Катедрата за преведување и толкување, Филолошки факултет „Блаже Конески“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје).

Правна лектура:

М-р Александар Љ. Спасов, дипломиран правник
(асистент на Правниот факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје)

Редакција:

Д-р Стефан Пирнер, адвокат од Бон (раководител на проектот за Македонија, Фондација ИПЗ)

Редакциска соработка:

Драгана Радисавлевиќ (дипломиран правник со положен правосуден испит) и
Наташа Андреевска (дипломиран толкувач по германски јазик и англиски јазик)

Вовед

Македонската академија за обука на судии и јавни обвинители во ноември 2011 година ќе ја прослави петгодишнината од своето постоење. Речиси исто толку долго трае и соработката на Германската фондација за меѓународна правна соработка (скратено: Фондација ИРЗ) со Академијата. Оваа соработка опфаќа најразлични правни области во кои, пред сè, спаѓа граѓанското право, а во помали размери и казненото право. Сепак, од огромно значење е соработката со Академијата во областа на управното право и на управното судство.

Соработката на Фондацијата ИРЗ со македонската Академија за обука на судии и јавни обвинители е интензивна, успешна и пријатна. Затоа, Фондацијата ИРЗ го користи овој јубилеј како повод со оваа публикација лично да ја искаже својата благодарност кон Академијата и кон нејзината директорка, г-ѓа судија Анета Арнаудовска. Таа содржи избрани излагања, кои беа одржани од странски стручњаци за време на семинарите наменети за македонските судии на управниот суд. Причина за ова е и фактот што управното судство игра особена улога во градењето и во унапредувањето на правната држава. Преку ова судство државата на граѓаните им го дава в рака средството за преиспитување на нејзиното дејствување. Затоа, за граѓаните управните судови претставуваат институции што ја обезбедуваат слободата. Тие за државата претставуваат инструмент за контролирање на квалитетот на работењето на државните и на другите управни органи. Токму затоа најголеми треба да бидат барањата за стручни знаења, професионалност, професионално самоподразбирање и за независност на управните судии.

Со оваа публикација, на правниците од најразличните професионални групи, но, исто така, и на заинтересираните граѓани треба да им се даде можност да се информираат за содржината на излагањата од обуките за судии. На овој начин се зголемува целната група на излагањата, но истовремено се зголемува и отвореноста на соработката меѓу македонската Академија за обука на судии и на јавни обвинители и Фондацијата ИРЗ. Затоа, Фондацијата се надева дека оваа публикација ќе најде на широка распространетост во Македонија.

За крај, благодарноста ја упатуваме кон сите тие што ги овозможиле настаните што се документирани во овој том, како и оваа книга. Од една страна, тоа се Министерството за правда на Сојузна Република Германија и германското Министерство за надворешни работи, кои, пред сè, ја овозможиле работата на Фондацијата ИРЗ со средства од буџетот на Сојузното министерство за правда и на Пактот за стабилност. Од друга страна, благодарноста ја упатуваме до тогашните германски амбасадори и нивните постојани заменици, кои секогаш внимателно и конструктивно ја следеле работата на Фондацијата ИРЗ во Македонија.

Понатаму, Фондација ИРЗ им се заблагодарува на многубројните учесници на настаните и на излагачите. Кога станува збор за странските излагачи, без активната и искусна

поддршка на преведувачките доц. д-р Емина Авдиќ и проф. д-р Зорица Николовска не би било можно тие интензивно да комуницираат и да разменуваат мислења со учесниците. Исто така, сакаме да им се заблагодариме и на соработниците на македонската Академија за обука на судии и јавни обвинители и на Фондацијата ИРЗ, кои често се судираа со неедноставни задачи при организирањето на семинарите и на оваа публикација. Од страна на Академијата тоа е неуморната г-ѓа Сања Пандилов. А, од страна на Фондацијата ИРЗ во канцеларијата во Бон беше д-р Арнд Велер од 2007 година до 2010 година, а од 2010 година г-ѓа Драгана Радисавлјевич, дипломиран правник со положен правосуден испит, додека во канцеларијата во Скопје г-ѓа Елена Андоновска од 2007 година до 2008 година, а од 2009 година г-ѓа Наташа Андреевска. На г-ѓа Наташа Андреевска ѝ се заблагодаруваме за обработката на верзијата пред печатење на оваа книга. Исто така, најсрдечно би сакале да му се заблагодариме и на м-р Александар Љ. Спасов, асистент на правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје, за извршената лектура на текстот.

Посебна благодарност упатуваме до македонската Академија за обука на судии и јавни обвинители и лично до нејзината директорка, судија г-ѓа Анета Арнаудовска, за неуморните заложби во обуката и за стручното усовршување на македонските судии и јавни обвинители.

Д-р Штефан Пирнер, адвокат

*Раководител на проектот за Македонија
Фондација ИРЗ*

Предговор

Овој зборник, по објавениот превод на Законот за кривична постапка на Сојузна Република Германија на македонски јазик, е втора публикација на македонски јазик на германската Фондација за меѓународна правна соработка, регистрирано здружение, (Фондација ИРЗ). Тој е наменет за правници, чијашто област на дејствување е управното право. Затоа, во воведов ќе ги претставиме Фондацијата ИРЗ и нејзината дејност, особено во областа на управното право и на поддршката на управното судство.

Фондацијата ИРЗ и нејзините задачи

Германската Фондација за меѓународна правна соработка, регистрирано здружение, (Фондација ИРЗ) е основана во 1992 година на иницијатива на тогашниот сојузен министер за правда, д-р Клаус Кинкел, со задача да ги поддржи поранешните социјалистички управувани држави во развојот на структури што се ориентирани кон владеење на правото (во меѓувреме, кругот на земјите што се партнери се прошири и на други земји, на пример, на Средоземјето). Една од многуте дејности на Фондацијата ИРЗ се состои во поддршка на законодавната постапка и на обука и стручна надградба на правниците. Од своето основање пред 17 години, Фондацијата ИРЗ има реализирано проекти во речиси 30 земји. Притоа, таа соработувала со повеќе од 800 стручњаци. Тешко е да се пресмета бројот на правниците со кои Фондацијата ИРЗ соработувала во најразличните земји. Меѓутоа, бројот на тие што ги посетувале семинарите изнесува неколку десетици илјади. Притоа, треба да се има предвид дека Фондацијата ИРЗ не е голема. Во централата во Бон работат 40 соработници, а во многу од нашите партнерски земји имаме постојани локални соработници. Сеопфатната дејност на Фондацијата ИРЗ делумно е можна само затоа што нашите локални проектни партнери активно се вклучуваат со своите соработници во планирањето и организирањето на различните активности.

Примери за дејноста во регионот на Југоисточна Европа

Посебно значајна целна група се судиите. Тоа доаѓа до израз со самата околност што членови на ИРЗ се Сојузот на германските судии и Сојузот на германските управни судии. Меѓутоа, Фондацијата ИРЗ тесно соработува и со други претставници на правни занимања и со нивните гранкови здруженија. Следниве примери служат за илустрација на дејноста на Фондацијата ИРЗ во Југоисточна Европа. На пример, Фондацијата ИРЗ со учество на германската Сојузна адвокатска комора и на Адвокатска комора на Република Македонија редовно спроведува семинари за адвокати. Слична редовна соработка меѓу Фондацијата ИРЗ, германската Сојузна адвокатска комора и националната Адвокатска комора постои и на Косово. Во Албанија, слично како и во Босна и Херцеговина, со учество на Германскиот сојуз на нотари редовно организираме семинари, заедно со националните нотарски комори. Работата на ИРЗ тематски се протега на сите три области на материјалното право, т.е. граѓанското право, казненото право и јавното право, на советување за организација на судовите и на министерствата, па сè до воведување во

германското право и во германската правна терминологија преку соодветни курсеви, какви што Фондацијата ИПЗ во моментот спроведува или подготвува во Босна и Херцеговина, Албанија и Косово, особено за млади правници.

Значењето на управното право во работата на Фондацијата ИПЗ

Управното право и управното судство, доколку постојат во соодветните земји, имаат централна улога во дејноста на ИПЗ. Причините зошто управното право, а особено гарантирањето правна заштита против акти на државните органи од страна на управните судови во градењето правна држава имаат посебно значење, сеопфатно ги изложи г-ѓа Елизабет Милер, постојана заменичка на амбасадорката, во своето поздравно обраќање, кое, исто така, е објавено во оваа публикација. Од тие причини, на ова место ќе се осврнеме на само неколку активности на ИПЗ во таа област.

Една година по основањето на Фондацијата ИПЗ, уште во 1993 година, во Украина почнавме со советодавна дејност за воведување посебно управно судство. Во 2005 година е донесен Законот за управните спорови, со што беше воведено управното судство. Градењето на различните степени сè уште не е завршено. Оваа дејност сега се продолжува преку редовни семинари за судии од ова младо судство. Освен тоа, овие судии редовно се канат на еднеделни хоспитации во Вишиот управен суд и во Управниот суд во Кобленц. Во соработка со Фондацијата ИПЗ, овие два суда спроведуваат и хоспитации за управни судии од Бугарија. Оваа поддршка на бугарските управни судови се заокружува со организирање семинари во Софија од страна на Фондацијата ИПЗ на теми од управното право.

Слични семинари Фондацијата ИПЗ спроведуваше, на пример, и во Рига, Летонија. Последната манифестација беше организирана на тема „Управното процесно право во областа на градежништвото“. И во Естонија беше организирана голема конференција на оваа тематска област. Исто така, во областа на билатералната дејност, Фондацијата ИПЗ во Албанија организираше манифестации (настани) за судии, кои работат на предмети од управното право. Управното судство во Хрватска не е поддржано само во рамките на регионалната програма на КАРДС во 2003 година, туку во пролетта 2009 година таму беше заокружен и партнерски проект за зголемување на ефикасноста на тема воведување судови од понизок степен. За разлика од тоа, во другите земји, ангажманот на ИПЗ во областа на националното управно право е на самиот почеток. Во Црна Гора, на пример, во соработка со тамошниот Правен центар, есента 2008 година беше организирана манифестација (настан) за преиспитување на одлуки на управни судови во областа на правото на азил. Во Република Молдавија, во која Фондацијата ИПЗ работи од 2005 година, од неодамна се следи целта на основање посебно управно судство.

Фондацијата ИПЗ беше интензивно активна и во Република Србија во областа на управното право и на управното судство, особено во периодот од 2003 година до 2006 година. Во тој период беше поддржана работната група со претставници на српското

Министерство за правда, на Врховниот суд и на Сојузот на судиите при новото уредување на управното право, а беше овозможена и советодавна помош при законското втемелување на проширеното управно судство. На таа тема беа организирани и работни посети на Сојузниот управен суд во Лајпциг, посети на Берлин, како и работни седници за реформирање на Законот за управната постапка и на Законот за управните спорови во соработка со Врховниот суд на Србија и на српскиот Образовен центар на правосудството. Освен тоа, во соработка со ОБСЕ во Србија беше одржана регионална конференција за воведување специјализирано управно судство.

Активностите на Фондацијата ИРЗ во врска со македонското управно право и управно судство

Како што стана јасно, темата управно право и управно процесно право имаат големо значење во проектната работа на ИРЗ. Фондацијата ИРЗ на тој начин успеа да собере вредни искуства, кои може да ги сподели со македонските проектни партнери во рамките на почнатата соработка. Прв чекор во таа насока претставува германско-чешко-македонскиот семинар на тема развој на правото преку управните судови, одржан во октомври 2008 година за судии од Управниот суд на Македонија основан во 2007 година. Потоа, следуваа редовни семинари за судиите на овој суд во Академијата за обука на судии и на јавни обвинители. Покрај тоа, во 2008 година беше организирана работна посета на судиите на македонскиот Управен суд во Сојузниот управен суд во Лајпциг и во други институции во Германија. Во оваа книга се поместени рефератите одржани на тој семинар. Нејзина цел е, пред сè, да ја информира македонската правничка јавност за оваа важна тема. Особено адвокатите претставуваат важна целна група. Имено, како што е наведено во насловот на годишната повеќенационална конференција во Дубровник, одржана во 2008 година во организација на ИРЗ, адвокатите можат да бидат „мотор на правната држава“ затоа што можат да го преиспитаат дејствувањето на државата и конструктивно да придонесат кон решавање на отворените прашања во соодветното национално право.

Матијас Векерлинг

Директор на Фондацијата ИРЗ

**Поздравно обраќање на заменичката на амбасадорката на
Сојузна Република Германија во Македонија,
г-ѓа Елизабет Милер, на првиот семинар на Фондацијата ИРЗ за
судии од новооснованиот Управен суд во Македонија,
одржан на 28 и на 29. 10. 2008 година во Скопје**

Почитувана г-ѓа претседателка Кочковска,
почитувана г-ѓа директорка Арнаудовска,
почитуван г. судија-претседавач д-р Малман,
почитуван г. судија-претседавач д-р Симичек,
почитуван г. претседател д-р Кемпер,
почитуван г. д-р Пирнер

Ми причинува особена чест и задоволство што денес, во името на германската амбасада, можам да го отворам првиот заеднички семинар на македонската Академија за обука на судии и на јавни обвинители и на германската Фондација за меѓународна правна соработка – Фондација ИРЗ, кој е посебно наменет за судии од неодамна основаниот Управен суд во Македонија. Поради други термини, амбасадорката Улрике Кноц е спречена да учествува на ова свечено отворање, па затоа ме замоли да ве поздравам најсрдечно и да ви ги пренесам нејзините најдобри желби.

Неколку зборови за Фондацијата ИРЗ и за концептот на кој се базира овој прв семинар, по мене ќе каже д-р Пирнер.

Како што ви е сигурно познато, Македонија во април во 2001 година ја потпиша Спогодбата за стабилизација и за асоцијација со ЕУ, која влезе во сила во април 2004 година. Од декември 2005 година Македонија има статус на земја што е кандидат за членство во ЕУ.

Комисијата на Европските заедници во редовни растојанија ги оценува исполнувањето на обврските од Спогодбата за стабилизација и за асоцијација и состојбата на исполнување на критериумите од Копенхаген. Следниот (трети) извештај за напредокот на земјата ќе биде објавен по неколку дена (на 5 ноември).

Во врска со тоа, многу нешта се веќе кажани во официјални изјави и во медиумите, особено дека тој извештај за напредокот на земјата и овој пат нема да содржи препорака за одамна посакуваното определување датум за почнување преговори за пристапување кон ЕУ, пред сè, поради неисполнување на „одредниците“ во областа на политичките критериуми. Во поглавје 23: Правосудство и основни права и во поглавје 24: Правда, слобода и сигурност, како и во досегашните извештаи, се истакнува напредокот, но и постојните недостатоци. Проблем претставуваат, на пример, многу долгите постапки, со кои се ограничува правото на пристап до правдата.

Повеќе од загрижувачки се дефицитите во правосудството во односите меѓу граѓаните, на пример, во граѓанските постапки. Меѓутоа, правото на пристап до правдата добива посебно значење таму каде што се работи за односи меѓу државата и граѓанинот, значи, таму каде што во релација на надреденост и на подреденост државата дејствува во доминантна позиција кон граѓанинот. Тоа е во областа на јавното право, но треба да се нагласи и областа на казненото право, вклучувајќи го казнено процесното право.

Тоа особено важи за младите држави, кои често допрва треба да ја здобијат или да ја вратат довербата на своите граѓани. Во тоа нема да успеат ако граѓаните имаат чувство дека му се беспомошно препуштени на дејствувањето на државата и на нејзините органи, или, пак, ако како осомничено лице или како сведок во кривична постапка се претворат во чист објект на дејствување на државата.

Затоа е важно државата на своите граѓани не само да им овозможи соодветни материјални права, туку и на различни начини да го поддржи граѓанинот во постапките во кои бара да се преиспита дејствувањето на државата. Тоа се однесува на истрагата по службена должност (со која се растоварува граѓанинот како „послаба страна“), на процесното право, како и на финансиското обезбедување на правото на пристап до правдата преку правна помош.

На крајот на краиштата, при овозможување пристап до правдата се работи за довербата на граѓанинот во својата држава и за тоа дали државата има доволно самодоверба не само за да дозволи преиспитување на нејзиното дејствување од страна на граѓанинот, туку и да го поддржи граѓанинот во тоа.

Македонија направи важен чекор во тој поглед со основањето на Управниот суд. Меѓутоа, не е доволно само да се основа таков суд. Туку е потребна континуирана поддршка на тие што работат во овој суд, но и на адвокатите, преку стручна едукација и надградба и размена на искуства со други земји.

Со правно советување на странските држави, Германија сака да го поддржи развојот на нивното право. На тој план, таа на партнерските земји им ги нуди своите искуства.

Важна област е управното судство, што е тема на денешниот семинар. Иако Законот за управните спорови во Сојузна Република Германија влезе во сила дури во 1960 година, со кој управното судство се инсталираше како полноправна независна гранка на правосудството, почетоците на германското управно судство се стари речиси еден век. Првиот германски Управен суд е основан со закон уште на 5 октомври 1863 година во Големото Војводство Баден.

Германија денес, ако сакаме да го наречеме така, има развиен систем за судско преиспитување на дејствувањето на државните органи. Покрај општите управни судови, постојат и посебни социјални судови, кои решаваат спорови од областа на социјалното право, како и посебни финансиски судови, кои ги преиспитуваат одлуките на државните органи од областа на даночното право. Покрај тоа што нашите две земји не можат да

се споредат, и тоа не само во однос на нивната големина, сметам дека германските искуства во сегашна ситуација можат да бидат мошне корисни за Македонија како критериум за ориентација.

Свесно велам „критериум за ориентација“, затоа што македонското управно судство сигурно не може едноставно да ги копира странските искуства, туку мора да ги приспособи кон сопствените околности и правни традиции. Познавањето на соодветната германска судска практика и на размислувањата што резултирале со неа, можат да бидат важни насоки.

Во Европа, која сè повеќе се обединува, судовите на земјите што се членки на Европската унија, но и тие на идните земји што ќе бидат членки на Европската унија, треба да ги почитуваат заедничките европски стандарди и правните насоки. Во врска со прашањата, како се спроведуваат во практиката, судската практика на германските управни судови може да даде информации и насоки.

Трансформацијата на правосуден систем не значи само реформирање закони и постојни организациски структури, вклучувајќи го основањето нови судови. Таа, пред сè, зависи од способностите и знаењата на тие што треба да ги применуваат новите прописи и да работат во новоосновените институции. Сојузна Република Германија имаше голема предност кога по обединувањето на земјата се трансформираше правосудниот систем во новите покраини. Во својата активност на „Истокот“, таа можеше да се смета со голем број правници од „Западот“.

Поинаку беше во нашата соседна земја, Чешка. Од таа причина, сигурно е полезно да не се набљудуваат само германските искуства, туку да се фрли поглед и на искуствата на Чешка, како нова земја што е членка на ЕУ. Тие искуства се, веројатно, поблиски до сегашната ситуација во Македонија, отколку што беше или е случај со германската ситуација.

Меѓутоа, погрешно е да се мисли дека управното судство е нова тема во Чешка. Имено, основите на управното судство таму беа поставени уште во 1867 година, со Декемврскиот устав на Австриското Царство, односно осум години пред прускиот Закон за управните судови од 3 јули 1875 година. Затоа, искуствата на Чешка претставуваат уште една добра ориентација за натамошниот развој во Македонија.

Тоа е причината за учество на судија-претседавач од Врховниот управен суд на Чешката Република во својство на референт на овој семинар. Во името на амбасадата сакам уште еднаш посебно да му се заблагодарам на судијата-претседавач Симичек за неговото учество.

Сметам дека особено со овој заеднички германско-македонски настап на убедлив начин се нагласува дека развојот на националното судство во заедничкиот дом - Европа веќе не е исклучително национална задача, туку треба да се одвива во дијалог со нашите соседи и пријатели.

Особено ме радува што во оваа програма нема да се пренесуваат само знаења и интересни теми, туку е предвидено многу време за поставување прашања и за активни дискусии, кои, се надевам, ќе бидат и критички.

На овој настан му посакувам многу успех и се надевам дека овој семинар денес и утре ќе биде само почеток на серија идни германско-македонски активности, кои ќе бидат заеднички со нашите чешки или други европски соседи, во заедничка организација на германската Фондација ИРЗ и на македонската Академија за обука на судии и на јавни обвинители.

**Поздравно обраќање на д-р Штефан Пирнер,
раководител на проектот за Македонија при Фондацијата ИРЗ на
првиот семинар на Фондацијата за судиите од Управниот суд на
Македонија, одржан на 28 и на 29. 10. 2008 година**

Почитувана г-ѓа заменик-амбасадорка Милер,
почитувана г-ѓа претседателка Кочковска,
почитувана г-ѓа директорка Арнаудовска,
почитуван г. судија-претседавач, д-р Малман,
почитуван г. судија-претседавач, д-р Симичек,
почитуван г. судија-претседавач, д-р Кемпер

Ми претставува особено задоволство што можам денес овде да ве поздравам во името на г. Матијас Векерлинг, директор на германската Фондација за меѓународна правна соработка (Фондација ИРЗ). Ова е прва манифестација што ја спроведува Фондацијата ИРЗ заедно со македонската Академија за обука на судии и на јавни обвинители за судиите на новооснованиот Управен суд на Република Македонија.

На почетокот би сакал да кажам неколку зборови во врска со семинарот, кој ќе се одржи денеска и утре.

Од една страна, на овој семинар сакаме да понудиме форум за заедничката размена на искуства меѓу македонски, германски и чешки управни судии. Притоа, ќе ја земеме предвид фазата во која моментно се наоѓа Управниот суд на Република Македонија, особено во однос на прашањата, чијшто предмет се градењето управен суд и првата фаза на дејноста на тој суд. Овој пристап првично се однесува на организациски прашања.

Меѓутоа, со нив тесно се поврзани и содржински прашања, односно прашањата на примена на законите. Станува збор за област во која особено се добредојдени искуствата од другите земји. Имено, темите на овој семинар се прашањата на примена на правото, кои го надминуваат вообичаеното сублимирање животни фактички состојби под јасно дефинирани и разбирливи законски прописи. На пример, кога ги толкува неопределените правни поими, управниот судија треба да донесе сосема поинаква одлука, отколку, на пример, кога испитува дали во некој случај од областа на градежното право се зачувани определени растојанија. Во последниот случај правилната примена на правото ќе може, буквално, да се провери со уред за мерење. Слична е состојбата кога треба да се почитуваат граничните вредности во правото на заштита од емисија на штетни материји.

При толкување на неопределените правни поими, судијата е повеќе отколку само „сублиматор“, кој постапува шематски. Овде се поставуваат барања до целата негова личност

како судија. Исто така, тој ќе треба постојано да го преиспитува своето судиско себеразбирање. Како во ретко која друга ситуација, тој е принуден да ги дефинира обврските и границите на својата судиска слобода. Судијата, кој ги толкува општите правни поими без концепт, речиси само „врз основа на интуиција“ се става себеси во опасност да ги прекорни границите на своите судиски овластувања. На тој начин, тој не само што се става во улога на законодавец, туку се става и над законот како таков. Обратно, секој судија што при толкување на неопределените правни поими одбива да го развива правото што е потребно во поединечен случај, ги повредува своите основни обврски како судија и ги повредува правата на граѓаните за чијашто заштита му е дадена високата привилегија на судиска слобода. Одбивајќи да толкува таков неопределен правен поим во сопствена одговорност, тој судија го лишува граѓанинот од неговото право. Значи, тој судија го повредува и правото на пристап до правдата. На прв поглед станува збор за прашање на толкување на неопределени правни поими, што звучи прилично технички, односно не се работи за „занаетчиско“ стручно прашање, туку се движиме на терен, каде што се работи за заштита на основното право на пристап до правдата. Тоа значи, ако судиите не ги исполнуваат уредно своите обврски во однос на ова прашање, постои опасност на повреда на основните права на граѓаните. Општо кажано, такви повреди на основните права значат нешто негативно. Меѓутоа, кога нив ќе ги направат судии, без оглед дали причината за тоа е само чист пропуст, тие не му нанесуваат штета само на засегнатиот граѓанин, туку и на угледот на правосудството. Значи, се работи за централно прашање, особено во младите држави, во кои функционалното правосудство претставува една од централните точки за прифаќање на државата од страна на граѓаните.

Овој семинар има и трето тежиште. Станува збор за влијанието на судската практика на Европскиот суд на правдата врз примерот на управното судство на националните судови. Г-ѓа Милер укажа на фактот дека и оваа тема има централно значење во Европа, која се обединува.

Мислам дека со целосно право може да се каже дека нè очекуваат два интересни стручни дена исполнети со информации и со дискусии. Веројатно не ќе можеме исцрпно да одговориме на сите прашања и целосно да ги обработиме сите теми. Меѓутоа, ако ни успее во овие неполни два дена јасно да го скицираме основното прашање, како и да утврдиме и други прашања што допрва треба да се обработат, тогаш сме постигнале навистина многу. Тоа важи и за натамошната поддршка на Македонија на нејзиниот пат за Европа, преку поддршка и соработка со Управниот суд на Република Македонија.

На крајот, сакам да им се заблагодарам на сите тие што придонесоа за денес да може да се одржи оваа прва заедничка манифестација на Фондацијата ИРЗ и на Академијата за обука на судии и на јавни обвинители за македонски управни судии со учество на чешкиот Сојузен управен суд.

Најнапред сакам да ѝ се заблагодарам на претседателката на Управниот суд на Република Македонија, нашиот проектен партнер, г-ѓа Розалија Кочковска. Потоа сакам да ѝ се заблагодарам на директорката на Академијата за обука на судии и на јавни об-

винители, г-ѓа судија Анета Арнаудовска, и на нејзините соработници за прагматичната и ефикасна соработка за време на подготвувањето на овој настан. Ниту следната благодарност не е искажана поради рутина. Упатена е кон заменичката на амбасадорот на Сојузна Република Германија, г-ѓа Елизабет Милер. Германската амбасада, поранешниот германски амбасадор, г. Брет, и сегашната амбасадорка, г-ѓа Кноц, како и г-ѓа Милер, не само што внимателно ја следат работата на Фондацијата ИПЗ со вредни предлози, туку ја поддржуваат нејзината активност и со личен ангажман.

Понатаму сакам да упатам благодарност до судијата-претседавач на Сојузниот управен суд во Лајпциг, д-р Ото Малман, до неговиот чешки колега, проф. д-р Војтех Симичек, судија-претседавач на Врховниот управен суд на Република Чешка, како и до д-р Герд Хајнрих Кемпер, поранешен судија на Вишиот управен суд во Магдебург и на Уставниот суд на покраината Саксонија Анхалт. Овие референти покажаа голем интерес за оваа манифестација затоа што уште пред нејзиното одржување даваа многубројни предлози и коментари придонесувајќи за нејзиното подготвување.

На крајот, сакам да му се заблагодарам и на судијата на Управниот суд на Република Македонија, г. Неџат Хајро, за неговото излагање.

Сметаме дека темата на манифестацијата и излагањата на референтите се толку значајни што решивме да ги објавиме излагањата на македонски јазик во зборник на трудови, со цел да му бидат достапни на поширок круг читатели, особено на адвокати.

Од разбирливи причини, ова резултираше со значителен дополнителен организациски и преведувачки труд. Затоа сакам особено да им се заблагодарам на стручните преведувачки од скопскиот универзитет, д-р Емина Авдик и д-р Зорица Николовска за писмениот превод и за толкувањето за време на семинарот. Во рамките на проектот на Фондацијата ИПЗ за Македонија му се заблагодарувам на д-р Арнд Велер.

На оваа манифестација ѝ посакувам многу успех.

Д-р Герд Хајнрих Кемпер
Судија на Вишиот управен суд (во пензија)
Берлин

**Примена на општи правни начела во германското
управно судство како придонес кон развојот на правото**

I. Мислата дека споровите од областа на управното право мора да се решаваат според општи правни начела или барем и според општи правни начела, на германскиот судија на управен суд, на прв поглед, му се чини чудна, а, можеби, и спорна. Управните судови најчесто ги донесуваат своите одлуки според позната и докажана шема: по утврдувањето на фактичката состојба, се бараат важечките правни норми, кои се толкуваат според вообичаените методи на толкување (законски текст, настанување на законот, систематска положба, цел и намера на нормата) и се применуваат на конкретната фактичка состојба. Се чини дека постои исто толку малку простор за општите правни начела, колку и за судиското право или за развивање на правото од страна на судовите. Постои опасност дека судиите со тие правни институти самите ќе си создадат право што ќе одговара за соодветни случаи.

Се препорачува воздржаност кон општите правни начела како основа за донесување одлуки и поради принципот на поделба на власта: законодавната власт е надлежна за донесување закони. Извршната власт треба да ги применува законите. Судовите треба да контролираат дали примената на правото е во согласност со законите што ги донесува Парламентот. Судската власт, во принцип, треба да се придржува кон утврдување на правната положба во согласност со позитивното законско право и нејзина задача не е да ги коригира или менува законите преку примена на општи правни начела. Развојот на правото треба да се врши на вообичаениот начин на изменување закони од страна на законодавната, а не од страна на судската власт. Исклучоци може да постојат само за врховните сојузни судови или за Сојузниот уставен суд.

Од друга страна, во судската практика се случува примената на правото исклучително според законските одредби да води кон незадоволителни резултати. Апстрактните и општите норми на позитивното право понекогаш не одговараат на конкретните околности на поединечните случаи. Тие често се однесуваат на гранични ситуации, поради што странките го изнеле својот спор пред судот. Дел од судската дејност е да ги цени тие гранични ситуации, а потоа да донесе соодветна одлука, која е сестрано убедлива и „соодветна на предметот“. Затоа, толкувањето на правото, што е задача на судијата, нема само формална, туку има и материјална страна: формално, судијата треба да ги толкува законите според вообичаените методи, а материјално треба да ги примени во светлина на оптимална правда. Уставот (на германски: Grundgesetz) го врзува за законот и за правото¹. Тука широко е отворена портата за примена на општите правни начела, без оглед дали судијата е свесен за тоа или не.

Со зголеменото кодификување на управното право во законските одредби, примената на општи правни начела, можеби, загубила од своето значење, меѓутоа, со оглед на постојано нови непредвидени и непредвидливи констелации на случаи, не ќе може целосно да се откажеме од нив. Тоа е заклучокот на една понова научна студија, која се

¹ Членот 20, став 3 од Сојузниот устав: ...Извршната власт и судството се врзани за законот и за правото.

занимава со прашањето дали кај општите правни начела се работи за „подзаборавена“ правна фигура на германското управно право².

II. Сојузниот уставен суд ја призна примената на општите правни начела: „Развојот на општите правни начела спаѓа во изнаоѓање на правото. Особено во одлуките на највисоките судови, тие служат за усогласеност на правото и за правна сигурност. На тој начин, судовите исполнуваат легитимна задача ако се почитуваат границите на вообичаеното толкување на законите и развојот на правото од страна на судиите“³. Општите правни начела служат како помош за толкување и за примена на правните начела, тие ја обезбедуваат системската поврзаност со целиот правен поредок и хиерархијата на важење на различните нивоа на норми, а со тоа и довербата во правната држава, јасноста на правото и правната сигурност. Тие даваат „аргументи за правичност“ таму каде што недостигаат такви критериуми или се покажале како недоволни или надминати. Најчесто, тие се развиваат при конкретно решавање случаи поради потребата од нови решенија. Значи, тие не стојат на располагање за употреба како позитивни законски норми⁴.

1. Општите правни начела се дефинирани речиси на ист начин од страна на високите судови за управни спорови во Франција и во Германија:

Врховниот суд на Франција (Conseil d'Etat) ги дефинира општите правни начела (principes généraux du droit) како „непишани правни норми што имаат ранг на закони, па затоа се задолжителни за донесувачот на прописот и за управните органи, под услов да не се во спротивност со позитивното законско право. Тие не се јавно обичајно право. ...Станува збор за создавање право во судството поради оправдани причини, заради гаранција на поединечните права на граѓанинот. Всушност, се работи за форма на толкување на правото, која ја претпочита волјата на законодавецот за почитување на суштествените поединечни слободи.“ ... „Покрај пишаните закони, постојат и правни начела, чиешто признавање како правни норми е потребно заради определување на правниот поредок во кој нацијата треба да се развие во своите политички и економски институции и чиешто повредување ги има истите правни последици како и повредата на пишаните закони, имено, укинување на управните акти што се негираат со неа и констатирање повреда на правото од страна на државниот орган што го донел управниот акт“⁵.

Во согласност со одлуката на Сојузниот управен суд од 1973 година, „покрај пишаното право и обичајното право, општа правна задолжителност може да им се признае и на општите правни начела, ако можат да се сведат на основните

² Осенбил, Општи правни и управни начела – „подзаборавена правна фигура“ во: 50 години Сојузен управен суд, 2003, стр. 289 ff.

³ Одлука на Сојузниот уставен суд 95, 48 <62>

⁴ Осенбил а. а. О. (FN 2) стр. 297

⁵ Conseil d'Etat sect. 9.3.1951 Société des Concerts du Conservatoire, цитирано во: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative 10-то издание, стр. 444 <445>

принципи на правото и на правдата, кои се лишени од диспозиција на законодавецот или, пак, самите се искази од основно правно значење. Правните начела од таков - задолжителен – вид, без оглед на нивната содржина и нивниот ранг, мора да се изразат на тие правни принципи, кои се носители на целиот правен поредок и произлегуваат од примената на принципот на правичност на конкретни ситуации на интерес во рамките на посебни социјални животни околности“⁶.

Во правото на Европската заедница е признаено повикувањето на општите правни начела, а во Законот за ратификација тоа дури е строго пропишано на различни места. На пример, во членот 288, став 2 од Договорот за Европската заедница (ДЕЗ) е предвидено, во областа на вондоговорната одговорност, Заедницата да ја надомести штетата што ја предизвикале нејзините органи или службеници при вршење на својата службена должност, во согласност со „општите правни начела“, кои им се заеднички на правните поредоци на земјите што се членки. Во согласност со членот 174, став 2, реченица 2 од Договорот за Европската заедница, политиката за животна средина на Европската заедница, меѓу другото, се базира на начелата на грижа и на превенција, како и на принципот на предизвикување. Во германското право за животна средина, принципите на превенција, на предизвикување и на соработка се наведуваат како општи правни принципи, кои ќе имаат големо значење⁷. Меѓутоа, нивното правно значење е нејасно⁸. Можеби имаат важна функција токму поради развојот на оваа релативно нова правна област.

2. Општите правни начела во Германија имале посебно значење кога се работело за создавање правна контрола на управните акти од страна на управното судство. Во таа смисла, актуелната состојба во Македонија може да се спореди со таа во Германија при воведување на управното судство.
- 2.1. Историски школски пример за повикување на општите правни начела е одлуката Кројцберг на прускиот Виш управен суд од 1880 година⁹: се работело за пропис на полицијата со кој било предвидено ограничување градежни дејства со цел да не се спречува погледот на новопоставениот национален споменик за сеќавање на ослободителните војни против Наполеон, кој се наоѓа на ридот Кројцберг во Берлин, кој е висок 60 м. Судот не го уважил аргументот на градежните служби, според кои судовите не биле надлежни да го контролираат овој пропис на полицијата: „Ако управните судови треба да го применуваат постојното право, тие треба и да донесуваат одлуки за тоа што е тоа постојно право“. Претпоставката за дискрециско право на градежната служба при донесување на прописот на полицијата се темели на непочитување на судското право на испитување. Во овој

⁶ Одлука на Сојузниот управен суд 42, 222 <227>

⁷ Одлука на Сојузниот уставен суд 98, 83 <103 ff.>; Ди Фабио, Принципот на кооперација - општо правно начело на правото на животна средина, Ново списание за управно право 1999, 1153

⁸ Осенбил, а.а.О. (FN 2) S. 300, 302; Vosskuhle, Принципот на компензација, 1999, S. 390 f.

⁹ Печатено во prVBl. 1879/1880, 401 ff, повторно печатено во DVBl 1985, 216 ff.

предмет судот донел одлука дека полициската генерална клаузула¹⁰ овластува за донесување градежни прописи само ако притоа се работи за зачувување на јавната безбедност и на мирот, како и за спречување опасности, кои им се закануваат на поединецот и на заедницата. Во тоа не спаѓа погледот на национален споменик. Со оваа, за тогашното време смела одлука, била создадена основата за целото полициско право како право на спречување на опасности, кое денес е детално регулирано со полициските закони на Сојузот и на покраините.

- 2.2. По Втората светска војна, по наредба на сојузничките сили, прво, повторно биле востановени судовите за управни спорови заради контрола на државните органи, за потоа, во 1949 година во Сојузниот устав¹¹ да се обезбеди сеопфатна и континуирана правна заштита од страна на судовите. Управните судови, најчесто, морале да се повикуваат на општи правни начела затоа што нормите на јавното право биле нејасни или нецелосни, па затоа не биле доволни за донесување одлуки во управноправните спорови меѓу граѓанинот и државата. Пример за дополнително земање предвид на општите правни начела е признавањето на правото на социјална помош на сиромашните граѓани, констатирано во 1954 година, во една од првите одлуки на Сојузниот управен суд¹². Дотогаш, правото на социјална помош било регулирано во таканаречените „Републички начела за условите, видот и за мерилата на јавната социјална грижа“¹³, со кои на сиромашните им се одобрувала социјална помош само поради зачувување на јавниот ред и мир, а не поради самиот граѓанин. Сојузниот управен суд не ја уважил оваа процена: „Неприкосновеното достоинство на човекот што треба да го штити државата во согласност со членот 1 од Сојузниот устав забранува тој да се набљудува како предмет на дејствување на државата, кога станува збор за обезбедување на неопходните животни потреби, значи неговата општа егзистенција... Во правната држава односите меѓу граѓанинот и државата, начелно, се тие на правото“ ... „Со мислата за една демократска правна држава не е споиво многубројни граѓани, кои како избирачи учествуваат во обликувањето на државната власт, да се наоѓаат од спротивната страна затоа што немаат сопствени права за животна егзистенција. И од принципот на социјална држава, во согласност со членот 20 од Сојузниот устав, со кој учесниците во државната заедница се признаваат како носители на сопствени права, кои, начелно, се исправени еден наспроти други со истите права“¹⁴. Заклучок: „Ако Законот на носителот на социјалната помош

¹⁰ Со мошне непрецизна и кратка формулација во членот 10 II 17 од пруското Општо државно право од 1794 г.: „Потребните активности за одржување на јавниот мир, безбедност и ред и заради спречување опасности по населението или на одделни поединци се во надлежност на полицијата“.

¹¹ Членот 19, став 4 од Сојузниот устав: „Ако некому му се повредени правата од страна на јавната власт, тој има право на судска заштита“

¹² Одлука на Сојузниот управен суд 1, 159 ff.

¹³ Од 1. 8. 1931 г. (RGBI I .S 441), последна измена со законот од 20. 8. 1953 г. (Сојузен службен весник I стр. 967)

¹⁴ Одлука на Сојузниот управен суд 1,159 <161 f.>

му налага обврски во полза на сиромашниот, тој има и соодветни права, па затоа, во случај на нивна повреда, може да побара заштита од управните судови“¹⁵.

Во истата година е донесена одлука за забраната на прикажување на филмот „Грешничка“, која се базирала на полициски закон, затоа што, според мислењето на полицискиот орган, содржината на филмот ги повредувала чувствата на мнозинското христијанско население. Сојузниот управен суд¹⁶ ја укинал забраната за прикажување на филмот: „...е во согласност со либералната содржина на Сојузниот устав, што уметноста... е надвор од контролата во смисла на полициското право ...Во (уставноправно заштитените) добра, навистина, спаѓа и моралниот закон... Но, тоа не значи дека Сојузниот устав секогаш ги исклучува уметничките дела, чијшто предмет се настани што се осудуваат со моралните закони. Од таа причина, за полициското дејствување не постои законска основа“.

3. Услов за примена на општите правни начела е законот што треба да се примени да има (*правни празнини*), кои можат да се затворат со дополнителна примена на општите правни начела. Такви празнини можат да настанат поради молчење на законодавецот, поради овозможување *дискрециско право* на управните органи, но и поради примена на *неопределени правни поими*, чиешто толкување остава простор за дополнителна примена на општи правни начела. Ако позитивното право не содржи можност за толкување и ако законот ги повредува општите правни начела што произлегуваат од Уставот, во Германија постои можност, во согласност со членот 100, став 1 од Сојузниот устав, судот да ја констатира оваа неправилност и да го поднесе предметот пред Сојузниот уставен суд за тој да донесе конечна одлука за усогласеноста на законот со Уставот. Судот не може самиот да решава за ова прашање. Тоа е забрането и поради почит кон законодавецот.
4. Освен тоа, општите правни начела мора да имаат посебна тежина, односно, во согласност со дефиницијата на Сојузниот управен суд¹⁷, тие треба *се од основно значење за правото*.
- 4.1. Такво значење општите правни начела имаат, пред сè, тогаш кога се наведени во Сојузниот устав или ако можат да се изведат од него. Изведувањето на општите правни начела од Уставот има предност бидејќи за основното значење за правото врз основа на надреденоста на Уставот во хиерархијата на нормите не е потребно посебно образложение, туку тоа е индицирано. Судијата на управниот суд често се повикува на Уставот, затоа што, како што е истакнато, тој нема право да донесе одлука, но има право на испитување на усогласеноста со Уставот на сите видови правни норми и закони. Примената на принципите што се изведени од Уставот, можеби, е причина што во Германија правната институција

¹⁵ Одлука на Сојузниот управен суд 1,159 <162>

¹⁶ Одлука на Управниот суд 1, 303 <307 f.>

¹⁷ Одлука на Сојузниот управен суд, а.а.О. (FN 6); критички осврт во: Weyreuther, Bemerkenswertes über Grundsätzliches, DöV 1989, 321 <326>

на општите правни начела е малку забравена и е заменета со испитување на уставноправниот легитимитет на правните норми.

4.1.1. Членот 33, став 5 од Сојузниот устав упатува на *традиционалните начела на институцијата државни службеници*, кои треба да се земаат предвид при регулирањето и развојот на државната управа. Оваа норма не содржи само обврска на законодавецот да го регулира правото на државната управа, туку го определува и сочувувањето на начелата на службеничкото право како институционална гаранција со уставен ранг¹⁸. Освен тоа, тие не се само објективна уставна норма за структурирање на државната организација, туку ја сочинуваат основата за регулирање на конкретните права на државните службеници, кои не можат да ги остварат само по пат на тужба пред управен суд, туку и по исцрпување на правниот пат, со уставна жалба до Сојузниот уставен суд во согласност со членот 9, бр. 4б од Сојузниот устав. Се заштитува системот на државната служба како посебен однос на служба и на лојалност кон државата¹⁹. Тука спаѓаат доживотното вработување, можноста за унапредување според способностите, квалификациите и успехот, гаранцијата на соодветни лични примања и надоместок за алиментирање на државниот службеник и на неговото семејство, обврска за неутралност на државниот службеник, кој нема право на штрајк, при што сето тоа не се темели на колективни договори, туку на еднострано регулирање со закон²⁰.

Оваа објективна и субјективна заштита на државните службеници изненадува, особено ако се има предвид фактот што по Втората светска војна сериозно било дискутирано за укинувањето на институцијата државни службеници затоа што тие биле инфилтрирани од страна на националсоцијалистичкиот режим. Меѓутоа, творецот на Уставот свесно се решил за натамошно постоење и за гарантирање на институцијата државни службеници²¹.

По основањето на Сојузна Република Германија, повторно биле направени обиди за темелна реформа на правото на јавната управа, последен пат пред изменување на Сојузниот устав во 2006 година. Тие, повеќе или помалку, биле неуспешни поради начелата на институцијата државни службеници, која е пропишана во членот 33, став 5 од Сојузниот устав. Дополнувањето на членот 33, став 5 од Сојузниот устав во 2006 година дека правото на јавната управа, исто така, треба „да се развива“, досега, практично, немало посебно значење²². Како пример за значењето на традиционалните начела на институцијата државни службеници може да послужи одлука на Сојузниот управен суд од 2007 година, според која околноста што доживотниот државен службеник се унапредува на работното

¹⁸ Одлука на Сојузниот управен суд 129, 272 <280>

¹⁹ Бергман во: Херниг, Сојузен устав, 8. издание 2007 година, членот 33 Rdnr. 10

²⁰ Маунц-Дириг –Херцог, Сојузен устав, членот 33, Rdnr. 63 ff.

²¹ И по обединувањето на Германија во 1990 година, на источните германски покраини им било тешко да го прифатат повторното воведување на институцијата државни службеници бидејќи во социјалистичкиот систем на ДРГ не постоела таква институција.

²² Бергман а. а. О. (FN 19) Rdnr. 11

место за само 10 години, значи на определено време²³, не е во согласност со традиционалните начела на институцијата државни службеници. Бидејќи овие новини биле строго предвидени со закон, Сојузниот управен суд не можел да го реши случајот врз основа на своето правно мислење, туку, како и секој друг суд, во согласност со членот 100, став 1, алинеја 1 од Сојузниот устав морал да го поднесе пред Сојузниот уставен суд заради конечно испитување на неговата усогласеност со Уставот. Таа одлука сè уште не е донесена.

- 4.1.2. Во членот 28, став 1, реченица 2 од Сојузниот устав се наведени *начелата на републиканскиот, демократскиот и на социјалниот принцип на правна држава*, со кои мора да соодветствува уставниот поредок на сојузните покраини. Особено принципот на правната држава е општо правно начело од кое можат да се изведат други правни начела, на пример принципот на *пропорционалност* или на *заштита на доверливоста*, кои преовладуваат во целиот правен поредок, значи и во јавното право. Уште во времето на Вајмарската Република, начелото на пропорционалност било општо изведено од правниот поредок, пред сè, од полициското право. За разлика од тоа, начелото на заштита на доверливоста било установено како коректив на принципот на законитост на управата и како ограничување на слободата на обликување на законодавецот дури по влегување во сила на Сојузниот устав. Управните судови го развиле начелото на заштита на доверливоста против поранешното доминантно начело дека управните органи можат непосредно да ги повлечат противзаконските привилегирани управни акти бидејќи, од гледна точка на граѓанинот, кој верува во опстојувањето на суверените акти, тоа може да има неповолни резултати²⁴.
- 4.1.3. Сојузниот управен суд го негирал основното значење за правото кога станувало збор за прашањето дали статутот на едно Здружение за вода, при утврдување на критериумот за плаќање на придонеси од страна на членовите на здружението, мора да предвиди простување или делумно простување на долгот за придонесот на сиромашните членови поради оправдани причини: таквото простување на долгот за придонесот нужно би паднало на товар на другите членови што плаќаат според истите критериуми и затоа би било во *спротивност со начелото на правичност за плаќање давачки*²⁵.
- 4.2. До денес постојат општи правни начела што не се изведени од уставот. Тие имаат основно значење бидејќи *се признаени како задолжителни во целиот правен поредок*. Овде, најчесто е препорачливо осврнување на (постарото) граѓанското право:
- 4.2.1. Германскиот Граѓански законик од 1896 година предвидува дека граѓаните треба да ги вратат давачките што им биле одобрени без правна основа. Порано, во јавното право, врз основа на таа правна институција и во недостиг од јасен

²³ Одлука на Сојузниот управен суд 129, 272 ff.

²⁴ Осенбил а .а .О. (FN 2) стр. 295 f.

²⁵ Одлука на Сојузниот управен суд 42, 222 <228> , која се надоврзува на одлуката 36, 346 <351>

пропис на судството, било развиено јавноправното право на надомест²⁶. Тука не станува збор за аналогија со граѓанското право затоа што јавно-правните и приватно-правните односи, начелно, не можат да се споредуваат. Туку, правото на надомест било развиено како општо правно начело на целиот правен поредок²⁷, значи, и на јавното право. Давачката што е исплатена во поголем износ, управниот орган може да ја побара назад со управен акт против кој граѓанинот, пак, има право на правна заштита со поднесување тужба за побивање на актот²⁸.

- 4.2.2. „Како начело на правичност“ граѓанското судство од општите начела на правниот поредок²⁹ одамна го изведе правото на ретроактивно (повратно) отстранување на последиците и идно невршење влијание врз повеќето апсолутни права на граѓанинот. Такво право на пропуштање на дејство е јасно³⁰ предвидено во Граѓанскиот законик само во посебни случаи на влијание врз сопственоста, врз владението и врз правото на име или назив. Оваа правна институција е преземена и во јавното право под назив *право на отстранување последици*³¹.
- 4.2.3. Како општо правно начело на јавното право е признаено и начелото, според кое лицата треба да се однесуваат така како што бараат *верноста и довербата*³². Овој принцип што е втемелен во генералната клаузула на членот 242 од Граѓанскиот законик за граѓанскоправни односи и за доверителско-должнички односи предвидува дека должникот „треба да ги издејствува стоката/услугата/работата на начин како што бараат верноста и довербата со оглед на обичаите на општење“. Правните институции што се изведени од начелото на верност и на доверба, односно губење или *забрана за злоупотреба на правото*, исто така, важат како општи правни начела во јавното право: службеник, кој неправично е деградиран на пониска службена позиција, своето право на враќање на статусот може да го оствари само ако чека повеќе од три години за да поднесе барање³³. Ако еден граѓанин бесплатно ѝ отстапи земјиште на општината и како противуслуга побара градежна дозвола за своето останато земјиште, тој постапува противзаконски доколку побара и надомест за средствата што општината ќе ги оствари од трето лице од продажбата на отстапеното земјиште³⁴.
- 4.2.4. Општото правно начело што е изведено од забраната за арбитража е *забраната за условување договори* меѓу управата и граѓанинот: без законско овластување, државниот орган не смее исполнувањето на своите службени задачи да го условува

²⁶ Одлука на Сојузниот управен суд, 18, 308 <314>; која се надоврзува на одлуката 4, 215 <218 f.> и на одлуката 6, 1 <10>

²⁷ Општо при користење норми од приватното право Weyreuther а. а. О. (FN 17)

²⁸ Одлука на Сојузниот управен суд а. а. О. (FN 26)

²⁹ RGZ 148, 114 <122 f.>

³⁰ Членот 12, 862, 1004 од Граѓанскиот законик

³¹ Одлука на Сојузниот управен суд 69, 366 <370>; bayVGH Ново списание за управно право RR 1991, 57 <58>

³² Одлука на Сојузниот управен суд, 6, 204 <205>; 55, 337 <339>; Сојузен управен суд DVBl. 2003, 1550 <1551>

³³ Одлука на Сојузниот управен суд 6, 204 <206 f.>

³⁴ Одлука на Сојузниот управен суд 55, 337 <340 f.>

со договори за економски противуслуги од страна на граѓанинот. Актите на државата не можат да се продаваат. На пример, ветување дадено на вработен во државната управа дека ако плаќа месечен паричен износ, по извесно време ќе биде унапреден во државен службеник, е јасна повреда на начелото на забрана за условување³⁵.

Нешто друго важи во случај кога меѓу дејствувањето на управниот орган и противуслугата има внатрешна поврзаност³⁶. Таква внатрешна поврзаност постои меѓу планирање градежни активности од страна на државниот орган, што е утврдено со договор, и преземање на трошоците што се поврзани со него од страна на граѓанинот. Тоа недостига кај договарањето финансиски противуслуги од граѓанинот, кои, во прв ред, служат заради општо подобрување на јавните финансии³⁷. Меѓутоа, Сојузниот управен суд не смета дека е повреден овој принцип во случај кога државниот орган го условил приемот во германско државјанство на една странска студентка со обврска за враќање на стипендијата. Таа студирала во Германија и претходно ѝ била одобрена стипендија од развојнополитички причини: „Со прифаќањето на стипендијата поради развојнополитички цели, тужителката создала фактичка состојба, која е неспоива со приемот во германското државјанство. Меѓутоа, бидејќи таа бара прием во германското државјанство, таа фактичка состојба треба да се врати во поранешниот статус за негативните последици врз интересот на јавноста да останат колку што е можно помали. Во тоа не може да се гледа ‚продажба‘ на акт на државата со цел неоправдано да се збогати управата“³⁸.

- 4.3. Освен тоа, законодавецот може да ги преземе општите правни начела во норми на позитивното право. Имено, тоа важи за тие правни начела, кои се втемелени во Уставот, па затоа се задолжителни за законодавецот³⁹. Тие, пред сè, се наоѓаат и во општите кодификации на управното право. На пример, правото на надомест, кое е уште одамна признаено како општо правно начело, сега е позитивно регулирано во членот 49а од Законот за управната постапка. Во членот 48 од Законот за управната постапка поединечно е конкретизирано начелото на заштита на доверливоста и неговото разграничување од принципот на владеење на правото во јавната управа. Со оваа законска регулатива дополнително се ублажува тензичниот однос меѓу двете начела за различни групи случаи: привилегирани или оптоварувачки управен акт, укинување што ќе важи само во иднина или и за минатото, рокови⁴⁰ за управниот орган. Правото на отстранување на последиците

³⁵ Одлука на Сојузниот управен суд DVBl. 2003, 1550 <1551>

³⁶ Одлука на Сојузниот управен суд 42, 331 <338 f.>; 67, 177 <182>; 92, 56 <65>; сега позитивно регулирано во членот 56 од Законот за управната постапка

³⁷ Fehling in: Handkommentar Verwaltungsrecht, 2006, членот 56 VwVfG RdNr.35

³⁸ Сојузен управен суд 67, 177 <182>

³⁹ Член 20, став 3 од Сојузниот устав: „Законодавната власт е врзана за уставниот поредок“; спореди и член 1, став 3 од Сојузниот устав

⁴⁰ Една година по дознавање на факти, кои го оправдуваат враќањето, чл. 48, став 4; член 49, став 3 од Законот за управната постапка.

сега е, исто така, регулирано со позитивно право⁴¹: „Ако некој противзаконски управен акт е веќе извршен, судот може врз основа на поднесено барање ... да донесе одлука дека управниот орган треба да ја врати поранешната состојба пред извршувањето и да го определи начинот на кој ќе го направи тоа. Тоа право е дозволено само ако државниот орган е во состојба да го изврши и ако прашањето е регулирано со валидна одлука“.

Значи, општите правни начела, кои порано биле развиени во судската практика и во литературата, прикриено важат во позитивните законски регулативи⁴². Со тоа, дополнително се оправдува околноста што во недостиг од позитивна законска регулатива, судската практика развива правни начела, на тој начин придонесувајќи кон развојот на правото.

- 4.4. Една нова творба на правото е *начелото на сочувување на плановите* во градежното право, кое е изведено од уставниот принцип на правна сигурност: Компликуваните формални прописи и процесните прописи резултирале со тоа што голем дел од урбанистичките планови што ги издавале општините содржеле грешки, па затоа судовите морале да ги укинуваат. Со цел да се избегнат или ублажат далекусежните последици во управната практика, во судската практика се развила мислата за сочувување на плановите. Според неа, се бара воздржаност во наоѓањето, а, пред сè, во санкционирањето на формални грешки и на грешки во процедурата на урбанистичките планови⁴³.
- 4.5. На *начелото за сочувување на плановите* се надоврзува *принципот на компензација*⁴⁴, кој е развиен во литературата и општо се однесува на последиците на противзаконското дејствување на управата. Кај барањата за изедначување поради противзаконско дејствување на управата се разликува реституција и компензација. Реституцијата е насочена кон отстранување на противзаконската состојба и враќање во првобитната состојбата. Успешното укинување противзаконски управен акт е пример за реституција. Целта на компензацијата е изедначување на загубата, која настанала поради противзаконско дејствување на управата, на пример, отштета за експропријација во согласност со членот 14, став 3 од Сојузниот устав или за мерка што е еквивалентна на експропријација⁴⁵. Во согласност со принципот на компензација, управното право треба да се обликува поприспособливо. Во рамките на тоа што е можно во правната држава, забраните треба да се заменат со компензација⁴⁶. Треба да се избегнуваат забрани на противзаконско однесување на граѓанинот ако влијанијата што настануваат поради нив на трети лица или на заедницата, можат да се изедначат на поинаков начин, на пример, со плаќање компензација или на отштета⁴⁷.

⁴¹ Член 113, став 1, алинеја 2 и 3 од Законот за управните судови

⁴² Осенбил а. а. О. (FN. 2) стр. 301

⁴³ Осенбил а. а. О. (FN 2) стр. 296

⁴⁴ Vosskuhle а. а. О. (FN 8)

⁴⁵ Бетерман, За учењето за правото на отстранување последици, во: државното право, процесното право, граѓанското право, 1988, стр. 188 <189>

⁴⁶ Осенбил а.а.О. (FN2), стр. 303

⁴⁷ Vosskuhle а.а.О. (FN 8) стр. 425, 432

- 4.6. Отсекогаш било и сè уште е тешко да се утврдат општи правни начела за службената одговорност, која е утврдена во членот 34 од Сојузниот устав, а во врска со членот 839 од Граѓанскиот законик⁴⁸. Службената одговорност потекнува од одредбите за одговорност на државните службеници во согласност со членот 839 од Граѓанскиот законик, кои се постари од 100 години. Нивната цел била што е можно поголема заштита на државните службеници од искористување. Затоа, одговорноста постои само второстепено, кога доверителот нема поинаква можност за замена во согласност со членот 839, став 1, реченица 2 од Граѓанскиот законик. Таа отпаѓа целосно ако доверителот пропуштил, со примена на правно средство, на пример, со тужба за побивање (противзаконски) управен акт, да ја отстрани штетата според членот 839, став 3 од Граѓанскиот законик. Регрес од страна на државата против службеникот е дозволен само во посебен случај на вина, имено, во случај на *намера или на груба небрежност*, според членот 34, реченица 2 од Сојузниот устав. Овие ограничувања на службената одговорност веќе не одговараат откако државата самата ја презеде одговорноста за неправилно однесување на своите органи⁴⁹. Освен тоа, спорно е во која мера доаѓа предвид одговорноста на државата, која е независна од вина, и дали се однесува само на суверено или и на приватноправно однесување на државните органи. На почетокот на осумдесеттите години на минатиот век во Германија имало обиди за донесување закон за одговорност на државата, кој бил неуспешен. Тешко е да се определат основните правни начела. Уште е потешко, во таа област да се утврдат општи правни начела за сите правни поредоци на 27 земји што се членки на Европската заедница, на што упатува членот 288, став 2 од Договорот за Европската заедница.
5. Поради високиот степен на апстракција и нивната општост, правните начела се само насоки, а не норми што можат да се применат непосредно. Со цел при примената на правото да се најде критериум за нивно вреднување и донесување одлуки, тие треба да се конкретизираат за стручните области и за животните сфери, во кои треба да се применат. Освен законодавецот, и судијата може да ја изврши таа конкретизација така што ќе се осврне на правните начела како такви, ќе ги развие за конкретниот случај и од нив ќе ги извлече применливите критериуми и мерила за својата одлука⁵⁰. Поради посебниот карактер на правните начела нивното користење е лесно и оправдано при примената на правото, заедно со позитивната законска норма ако не содржи јасно некоја регулатива што отстапува од нив. Како помош за толкување и примена на правото, правните начела служат како компас со цел да се разбере многуслојното стручно право во системска поврзаност и да се сочува хиерархијата на важењето на нивоата на нормите при примената на правото. Тие ги сочувуваат општоважечките основни мисли и неопходни правни структури, како што се доверливост, јасност на правото и правна сигурност⁵¹.

⁴⁸ Спореди Осенбил, 50 години Сојузен врховен суд, том III стр. 887

⁴⁹ Бетерман, Правна причина и правна природа на државната одговорност во: државното право, процесното право, граѓанското право, а. а.О (FN 45) S.173 <186 f.>

⁵⁰ Осенбил а. а. О. (FN 2) стр. 289

⁵¹ Ди Фабио а. а. О. (FN 7) стр. 1154

6. Ако таква норма го овластува управниот орган да интервенира или да изрече забрана, или, можеби, овозможува и дискреционо право на интервенирање, законски не е само дозволено, туку е и потребно управните судови при испитување на нивната законитост да внимаваат на тоа дали управниот орган се придржувал до начелото на пропорционалност или на заштита на доверливоста, дури и кога овие прашања не се јасно наведени во позитивниот законски текст или кога содржи нејасни регулативи.
- 6.1. Ова дополнително толкување на правото не е невообичаено во германското управно право. Слична ситуација⁵² постои во општоприфатената институција на *уставното толкување на правните норми*⁵³. Таков начин на толкување доаѓа предвид кога еден закон може да се толкува на различни начини, од кои еден е во согласност со Уставот, а другиот не е⁵⁴. Во тој случај, судијата треба да го избере тоа толкување што е во согласност со Уставот. Треба да се појде од ставот дека, во случај на повеќе можности на толкување, законодавецот би го одбрал тоа што е во согласност со Уставот⁵⁵. Освен тоа, во случај на дилема, законодавецот би претпочитал да се земат предвид општите правни начела, дури и ако јасно не ги има преземено во законот.
- 6.2. Поинаква е состојбата кога законодавецот строго пропишува определено толкување на правото запоставувајќи ги во тој контекст општите правни начела. Еден таков случај решавале судовите за управни спорови, а на крајот и Покраинскиот уставен суд на Саксонија Анхалт: во согласност со членот 2, став 1 од Законот за комунални давачки на Саксонија Анхалт⁵⁶, комуналните давачки можат да се наплатуваат само врз основа на статут. Обврската за плаќање придонеси за користење на патишта, улици и на други јавни установи, во согласност со членот 6, став 6 од Законот за комунални давачки, начелно, почнува дури по завршување на мерката за која задолжително треба да се плаќаат придонеси. Управните судови и Вишиот управен суд ја толкувале оваа одредба така што обврската за плаќање придонеси е основана и тогаш кога статутот за плаќање придонеси влегува во сила дури по завршување на градежната мерка⁵⁷. За разлика од тоа, законодавецот сметал дека такво толкување не одговара на целите што се следат со членот 6, став 6 од Законот за комунални давачки, дека судската одлука не е логична и дека статут за плаќање придонеси мора да постои пред завршување

⁵² Осенбил а. а. О. (FN 2) стр. 297

⁵³ Особен вид на толкување на правната норма што го развил германскиот Уставен суд во својата практика и кое е со правна сила веднаш по Уставот во хиреархијата на правниот поредок. Во случај на недоумица за значењето на правната норма од уставноправен аспект, тогаш единствено ова толкување на таа правна норма е исправно толкување од уставноправен аспект (извор: http://www.bpb.de/wissen/14MBNS,0,0,verfassungskonforme_Auslegung.html, последен пат проверено на 12.3.2011 година) (заб. на лекторот на правните поими)

⁵⁴ Одлука на Сојузниот управен суд 100, 160 <170 f.>

⁵⁵ Одлука на Сојузниот уставен суд 2, 266 <282>; Мејер во: v. Минх/Куниг, Сојузен устав, коментар, 5. издание 2003 г., членот 93 RdNr. 16

⁵⁶ Закон за комуналните давачки од 15.6.1991 г. (GVBl.-LSA стр. 105)

⁵⁷ Виш управен суд Магдебург LKV 2000 г., 314

на градежната мерка. Заради „дообјаснување“ тој со Закон за измена⁵⁸ го додаде ставот ба во членот б од Законот за комунални давачки, во кој во реченица 1 се вели:

„Заради автентично толкување на законот, законодавецот објаснува дека уште со влегувањето во сила на Законот за комунални давачки од 15.6.1991 година постоела обврска за плаќање придонеси само тогаш кога најдоцна во моментот на завршување на мерката за која се плаќа придонес влегол во сила статут за плаќање придонеси“.

Законодавецот сметал дека на тој начин ќе може да ја коригира судската практика на управните судови. Управните судови⁵⁹, навистина, ја почитувале оваа јасна законска регулатива, но, од друга страна, согледале повреда на уставноправната забрана за ретроактивно дејство⁶⁰ затоа што на општините ретроактивно им е одземена можноста, врз основа на статут да наплатуваат придонеси, кои во моментот на завршување на мерката сè уште не влегле во сила. Бидејќи, според својата формулација и смисла, законската регулатива свесно ја превидела забраната на ретроактивност, управните судови не можеле самите дополнително да ја применуваат оваа забрана. Во согласност со членот 100, став 1, реченица 1 од Сојузниот устав, тие прашањето го поднеле пред Покраинскиот уставен суд на Саксонија Анхалт, за тој да донесе одлука за уставноста на новата регулатива. Покраинскиот уставен суд утврдил дека членот б, став ба од Законот за комунални давачки ги повредува како уставноправната забрана за ретроактивно дејство, така и правото на локално самоуправање на засегнатите општини. Судот ја прогласил нормата за ништовна⁶¹. Оваа одлука е поучна од повеќе причини: од една страна, се разјаснува дека без оглед на надлежноста на законодавната власт за донесување или за изменување закони, на крајот, за толкувањето на законските норми се надлежни се судовите, значи законодавецот не може непосредно да ја оспори. Актите на судската практика не може да ги испитува ниту една друга државна власт, освен судската. Законодавецот мора да го прифати толкувањето на нормите, кое отстапува од неговите првобитни намери, освен во случај ако судовите постапуваат како арбитража⁶². Затоа, покраинскиот парламент не можел да го оспори толкувањето на законот од страна на судовите за управни спорови со аргументација дека со законот следел поинаква намера⁶³. Се разбира дека покраинскиот парламент можел да го смени законот за во иднина, во согласност со својот став. Меѓутоа, промени што се однесуваат на минатото биле можни само со почитување на забраната за ретроактивно дејство, што не

⁵⁸ Закон за измена на Законот од 15. 8. 2000 г. (GVBl.-LSA стр. 526)

⁵⁹ Управен суд Десау, Одлука од 15. 3. 2001 г. – 2 А 443/99 – ; Одлука од 14. 5. 2001 г. – 2 А225/00 -

⁶⁰ Шнапауф во: Херниг Сојузен устав а.а.О. (FN 19), членот 70 од Сојузниот устав RdNr. 10

⁶¹ Покраински уставен суд Саксонија Анхалт, Одлука 13, 343 <358 ff., 361 ff.>

⁶² И Сојузниот уставен суд ја призна единствената надлежност на специјализираните судови за толкување на обичното законско право. Одлука на Сојузниот уставен суд 82, 6<11>.

⁶³ Критички осврт на автентичното толкување на законот: Штермер, Забрани за толкување и за автентично толкување во: јубилејно издание Фротшер 2007 г., S. 67 <58 ff., 88 f., 91>

им гарантира права само на граѓаните, туку и на општините во рамките на локалната самоуправа. За разлика од управните судови, покраинскиот уставен суд можел да ја констатира таа повреда и критикуваната норма да ја прогласи за ништовна.

7. Можност за примена на општи правни начела во управното судство, покрај (правните) празнините во законот, дава и користењето неопределени правни поими во законски текстови со дискрециско право на управните органи и без него. Додека општите правни начела претставуваат надворешни насоки во толкувањето и примената на правни прописи, кај неопределените правни поими се работи за фактички елементи на една правна норма, кои се формулирани премногу општо, па затоа се и мора да бидат недоволно определени затоа што треба да опфатат низа различни констелации на случаи, на пример, поимот *одбрана на опасности за јавната безбедност и за јавниот ред* во генералната клаузула на полициското право.

- 7.1. Неопределените правни поими се карактеризираат со тоа што нивната содржина не е исполнета со јасно дефинирана фактичка околност. Туку, при примената на правото на дадена фактичка околност, тие треба да се прецизираат во поединечен случај. Начелно, тие подлежат на неограничено судско преиспитување. Тоа неограничено судско преиспитување се протега на определување на смисловната содржина на нормата, на утврдување на основите на фактичката состојба и, на крајот, на примената на недоволно определениот поим на фактичката состојба што е утврдена во поединечниот случај⁶⁴. Неограниченото судско преиспитување е оправдано поради гаранцијата на правниот пат од членот 19, став 4 од Сојузниот устав⁶⁵, кој на граѓанинот не му обезбедува само пристап до судовите, туку, освен тоа, и право на ефикасна судска контрола⁶⁶. Оттука, начелно, произлегува обврската на судовите за целосно преиспитување на побиваните акти на управните органи од фактички и правен аспект. Начелно, тие не се обврзани да се придржуваат до констатациите и оцените што ги донесуваат управните органи⁶⁷.

Во конкретниот случај се работело за прашањето дали едно вино го заслужува одликувањето „сортно“ во согласност со условите од членот 12 од Законот за виното⁶⁸. Надлежниот стручен орган го негирал постоењето на тој услов, додека Вишиот управен суд и Сојузниот управен суд го потврдиле обврзувајќи го стручниот орган да му го додели на виното на тужителот одликувањето „сортно“. Меѓутоа, иако тоа било пожелно за судиите, одлуката не е донесена со дегустација на

⁶⁴ Одлука на Сојузниот управен суд 94, 307 <309>

⁶⁵ Спореди FN 11

⁶⁶ Одлука на Сојузниот уставен суд 35, 382 <401 f.>; 84, 34 <49>; Одлука на Сојузниот управен суд 100, n 221 <225>; Шварц во: Управно право - коментар а. а. О (FN 37), членот 114 од Законот за управни спорови Rdnr. 57; Кунце во: Бадер/Функе-Кајзер/Кунце/Фон Албедил, Закон за управни спорови Коментар врз основа на судската практика на врховниот суд, 1999 г., членот 114 Rdnr.30

⁶⁷ Одлука на Сојузниот управен суд 94, 307 <309>; исто и во Одлука на Сојузниот уставен суд 15, 275 <282>

⁶⁸ од 27. 8. 1982 г. (Сојузен службен весник I стр. 1196)

виното од страна на судиите затоа што тие ги немале потребните стручни познавања. Туку тие, во согласност со членот 86, став 1 и со членот 98 од Законот за управните судови и со членот 402 од Законот за парничната постапка побарале стручно мислење од вешто лице. Пет вешти лица наименувани од судот едногласно дошле до заклучок дека се работи за „сортно“ вино. Врз основа на овој заклучок се темелела и одлуката на судовите. Потребните стручни познавања и искуството за избегнување чиста субјективна процена, значи, не се доволни за целосно судско преиспитување. Дури и ангажирањето испитни комисиии за вино, што е предвидено во земјите што се производители во согласност со правото на Европската заедница⁶⁹, во согласност со судската практика, не предвидува целосно отстапување од судското преиспитување бидејќи комисиите немаат овластување да донесуваат конечни задолжителни одлуки⁷⁰.

Неограниченото судско преиспитување е потврдено и во врска со прашањето дали на граѓанинот, по поднесено барање, мора да му се издаде одобрение за вршење на занимањето практичар за алтернативна медицина (на герм.: *Heilpraktiker*)⁷¹. Практичари за алтернативна медицина се лица што се занимаваат со медицинско лекување без медицинско образование и без апробација (лиценца). Резултатот на писмената и на усната проверка на знаењата на еден кандидат од страна на лекар во Заводот за здравство бил негативен. Управниот суд прво, по пат на толкување на усогласеноста со Уставот⁷², во таа смисла, на нејасниот пропис, констатирал дека издавањето дозвола за вршење на занимањето практичар за алтернативна медицина, врз основа на основното право на слободен избор на занимањето и на вршење на занимањето од членот 12, став 1 од Сојузниот устав, не е дискрециско право на управниот орган, туку правно се препорачува во случај кога „од аспект на владеење на правото не постои спорна причина“ за одбивање на барањето⁷³. Истиот резултат можел да се постигне и со земање предвид на општите правни начела. Освен тоа, тој донел одлука дека судовите треба и мора целосно да ги испитаат од фактички и од правен аспект неспорните причини за неиздавање на дозволата и „опасноста за народното здравје“. Во случајот на дозволата за вршење на занимањето практичар за алтернативна медицина не се работело за посебна квалификација здобиена со државен испит, која судот може да ја испита само ограничено, туку за спречување опасности. Како што општо важи за полициското право, и во правото на практикување алтернативна медицина опасноста за народното здравје можела судски целосно да се преиспита⁷⁴. Во конкретниот случај, тужбата на предлага-

⁶⁹ Членот 1 од Правилникот (EWG) бр. 2236/73 од 16. 8.1973 г. (Службен весник бр. L 229/26)

⁷⁰ Одлука на Сојузниот управен суд 94, 307 <311 f.>

⁷¹ Во согласност со членот 1, став 1 и со членот 2, став 1 од Законот за практичарите за алтернативна медицина од 17. 2. 1939 г. (RGBl. I S.251) во врска со членот 2 став 1 буква i 1. DVO-Законот за практичарите за алтернативна медицина од 18. 2. 1939 г. (RGBl. I стр. 259)

⁷² Спореди FN 53 и 54

⁷³ Одлука на Сојузниот управен суд 4, 250 <256>

⁷⁴ Одлука на Сојузниот управен суд 100, 221 <227 f.>

чот, сепак, била неуспешна затоа што врз основа на работната биографија и образованието на кандидатката не можеле да се исклучат опасности за народното здравје⁷⁵. Заклучок: управните судови треба и мора, начелно, да ги толкуваат и применуваат правните поими и кога нивното толкување бара посебни стручни знаења. Ако управните судови ги немаат тие стручни познавања, тие треба со добивање стручно мислење од вешти лица да создадат основа за својата одлука, која треба да ја донесат со сопствена одговорност.

- 7.2. Постојат исклучоци од оваа неограничена судска контрола. Порано постоеле области за кои се претпоставувало дека поради својата суштина не подлежат на контрола на судовите за управни спорови: на пример, одбивањето или отповикувањето амнестија на сторители на кривични дела било исклучено од правна контрола⁷⁶ затоа што „помилувањето има предност во однос на правото“. Со оглед на сеопфатната судска заштита од актите на јавната власт од членот 19, став 4 од Сојузниот устав, тоа денес не е можно толку лесно. Во секој случај, отповикување помилување подлежат на судска одлука⁷⁷. Освен тоа, поаѓајќи од француската наука од *acte de gouvernement*, се претпоставувало дека владините прашања не подлежат на судско испитување затоа што претставуваат судски ослободени суверени акти⁷⁸. Покрај членот 19, став 4 од Сојузниот устав, ова е во колизија и со генералната клаузула за судовите за управни спорови⁷⁹.

Како кај дискрециското право на дејствување на управните органи, за посебните случаи на управата ѝ е препуштено да донесе конечна одлука за постоење на условите за фактичка околност, која се карактеризира со неопределен законски израз⁸⁰. Во тој случај се зборува за *дискрециско право на процена* или за *пре-рогатив на донесување одлуки*. Такво дискрециско право на процена, според видот и обемот, мора строго и конклюдентно да се изведе од соодветниот правен пропис⁸¹. Такво нешто доаѓа предвид тогаш кога неопределени правни поими содржат критериуми за точност, кои не можат да се утврдат нормативно (на пример, кај резултатите од испити, уметнички оцени или одлуки со политичка конотација), или поставени цели со аспекти на планирање и стопанисување (на пример, мерки на економска и на структурна политика и на спречување ризици)⁸².

⁷⁵ Одлука на Сојузниот управен суд а. а. О. (FN 73) стр. 229

⁷⁶ Спореди Одлука на Сојузниот уставен суд 25, 352 <358 ff.> во случај на ист број гласови на судиите што донесуваат одлука; Одлука на Сојузниот управен суд DVBl. 1982, 1147 <1148>; за негово начелно признавање на применливоста на правото во областа на помилување, Антони во: Херниг Сојузен устав а. а. О. (FN 19) член 19 Rdnr. 4

⁷⁷ Одлука на Сојузниот уставен суд DöV 1971, 384 f.

⁷⁸ Јелинек, Управно право, 1928 г., стр. 80.

⁷⁹ Членот 40, став 1 од Законот за управните судови „Патот преку управните судови е можен за *cum* спорови во јавното право...“

⁸⁰ Одлука на Сојузниот управен суд 31, 149 <153>; 94, 307<309>; 100, 222 <225>

⁸¹ Одлука на Сојузниот управен суд 39, 355 <364>; 72, 195 <199>; 100, 222 <225>; Шварц а. а. О. (FN 37), членот 114 Закон за управните спорови Rdnr. 56

⁸² Шварц а. а. О. (FN 37) Rdnr. 58; Кунце а. а. О. (FN 65) членот 114 Закон за управните спорови Rdn. 34 ff.

- 7.2.1. Кај одлуките за испити, на испитните органи треба да им се овозможи дискрециско право на оценување затоа што испитите претставуваат еднократна постапка, а испитувачите при донесувањето на одлуката за оцената поаѓаат од своите процени и искуства, кои во текот на нивната испитна практика ги здобиле на слични испити и ги применуваат општо. Затоа, испитните оценки не можат да се гледаат изолирано, туку се наоѓаат во релација на која влијаат личните искуства и очекувањата на испитувачите. Освен тоа, мора да се сочува и еднаквоста на можностите во однос на сите други слични кандидати. Затоа, отпаѓа можноста за целосно правно насочување и за целосна судска контрола⁸³. Потребното овозможување дискрециско право на оценување на испитната комисија станало посебно јасно во еден конкретен случај во кој се работело за законски предвиденото⁸⁴ утврдување на *целосниот впечаток* за кандидатот од страна на испитната комисија, кој судот по природата на нештата не можел да го здобие место испитната комисија. Тоа дискрециско право на оценување на испитните комисији, кое судската практика, пак, го извела од општи правни начела и го надгледува како последица има дека одлуката за испитот може да се поништи во случај на повреда. Судската практика преиспитува дали испитувачот направил повреда на постапката (на пример, завардување на испитниот рок), дали се придржувал до правото што треба да се примени (испитна материја), дали ги почитувал општите начела на оценување (мислење дека некој став е неразумен иако е застапен во науката), дали се поаѓа од погрешна или нецелосна фактичка состојба (погрешно собирање на поединечните резултати) или, пак, се раководел според несоодветни критериуми (привилегирање на некој кандидат поради неговиот пол или социјалното потекло); гледано во целост, оцената не смее да е арбитража⁸⁵. Тука сосема јасно се покажува влијанието на општото правно начело на забрана на арбитража и на несоодветни одлуки во наоѓање на правото во конкретниот случај.
- 7.2.2. За одлука со политичка конотација се работело кај тужбите на поединци и на општини за министерот за одбрана со цел да се забранат ниски прелетувања на воените авиони, под безбедносната минимална височина предвидена со правилник, над нивното живеалиште, односно над територијата на општината, како и заради почнување преговори со сојузниците од НАТО со цел и тие да престанат со такви ниски прелетувања. Сојузниот суд за управни спорови⁸⁶ прво го одобрил законскиот пат преку управен суд: целта на тужбата не се однесувала на суверени акти, кои се лишени од контролата на судството. И тужбеното барање за водење преговори со партнерите од НАТО е дозволено како општа тужба. Меѓутоа, во однос на предметот тужбите биле неосновани: во согласност со правото за

⁸³ Одлука на Сојузниот управен суд 99, 74 <76f.>; во врска со контролата на оценки на испити: Одлука на Сојузниот уставен суд 84, 34 <49 ff.>

⁸⁴ Членот 5d, став 3, реченица 1 од Германскиот закон за судии, верзија од изменетиот закон од 25.7.1984 г. (Сојузен службен весник I стр. 995)

⁸⁵ Одлука на Сојузниот управен суд а. а. О. (FN 82) S. 77

⁸⁶ Одлука на Сојузниот управен суд 97, 203 <205>

воздушен сообраќај⁸⁷ може да се отстапува од прописите за минимална безбедносна височина ако е „неопходно“ заради извршување на државните надлежности. Прашањето дали ниските летови, кои служат за извршување на надлежноста за одбрана, се неопходни, судовите за управни спорови можат само ограничено да го преиспитаат. Членот 87а од Сојузниот устав содржи основна одлука за воена одбрана на државата. За тоа кои мерки се потребни за конкретизирање на оваа уставна надлежност, на сопствена одговорност треба да решат органите што се надлежни за одбраната, според политички процени. Меѓутоа, и овде важат границите на дискрециското право на оценка, кои се наведени и во врска со оценување испити: покрај нив, се применува општото правно начело на придржување до принципот на пропорционалност: „да се земат предвид интересите на цивилите вклучувајќи ги интересите за заштита од бучава при одмерувањето (со воените интереси) и тие да не се запостават непропорционално⁸⁸“. Што се однесува до предметот на тужбата, таа била неоснована затоа што бучавата била само повремена, а регионот со мала густина на население.

7.2.3. Дискрециското право за оценување или прерогативот на донесување одлуки се применуваат и при утврдување основни стапки за социјална помош. На сиромашно лице треба да му се обезбеди потребната животна издршка. За таа цел, Сојузниот закон за социјална помош⁸⁹ ги овластува покраините да го конкретизираат износот на основните стапки, меѓу другото, и врз основа на реалните животни трошоци и локалните околности. Утврдувањето на стапките е акт на вреднувачко сознание и обликувачка социјалнополитичка одлука, па затоа ѝ е само ограничено достапно на судската контрола. Судското преиспитување се ограничува на прашањето дали утврдувањето на основната стапка може да се темели на доволни емпириски вредности и дали вредностите на кои се темелат утврдените основни стапки се во рамките на законските регулативи⁹⁰.

7.2.4. Условот за одобрување нуклеарни централи претполага спроведување *потребна превентива во согласност со сознанијата на науката и на техниката* за спречување опасности од градењето и погонот на постројката⁹¹. Таа превентива претставува повеќе од класично спречување опасности во согласност со полициското право, таа опфаќа и превентива на ризик што е независна од опасности, чиешто утврдување и оценување е во надлежност на извршната власт, па затоа судовите можат само ограничено да ја преиспитаат. Кај обезбедувањето од ризик

⁸⁷ Член 30, став 1, реченица 3 од Законот за воздушен сообраќај, верзија од 14. 01.1981 г. (Сојузен службен весник I стр. 61), споредено со член 6, став 1 од Законот за воздушен сообраќај, верзија од 14.11.1969 (Сојузен службен весник I стр. 2117)

⁸⁸ Одлука на Сојузниот управен суд 97, 203 <209>

⁸⁹ Член 1, став 1; член 11, став 1; член 12, став 22 од Сојузниот закон за социјална помош, верзија од 20. 01.1987 (Сојузен сл. весник I стр. 401) и Правилникот за редовни стапки, верзија од 21. 03. 1990 (Сојузен сл. весник I стр. 562); спореди со член 28 од Социјалниот законик XII од 27. 12. 2003 (Сојузен сл. весник I стр. 3022) и Правилникот за редовни стапки од 03.06.2004 (Сојузен сл. весник I стр. 1067)

⁹⁰ Одлука на Сојузниот управен суд 25, 307 <324, 317>; 94, 326 <330 f.>; 102, 366 <368>

⁹¹ Член 7, став 2, бр. 3 од Законот за нуклеарна енергија од 31.10.1976 (Сојузен сл. весник I стр. 3053), верзија од 15.07.1985 (Сојузен сл. весник I стр. 1564)

не треба само да се поаѓа од постојните емпириски знаења, туку и од чисти теоретски калкулации и размислувања. Опасностите и ризиците, практично, мора да се исклучени. Процената на научните и на техничките спорни прашања е во надлежност на органот за нуклеарна енергија. Тој е многу подобро опремен за остварување на колку што е можно подобро обезбедување од ризик отколку судовите за управни спорови, кои само ја испитуваат законитоста на процената на државниот орган, но не смеат да ја заменат со сопствена проценка⁹². Со оглед на тешкотијата на оваа стручна област и на големата одговорност во областа на нуклеарното право, судската практика значително го намали своето овластување за контрола во оваа област.

8. Судовите вршат контрола на законитоста на актите на управата, а не контрола на нивната целесообразност. Со формулации „може“ или „смеет“, законот на државниот орган му овозможува дискреција дали воопшто да дејствува, во која форма и против кого. Тогаш постојат алтернативи за дејствување, кои, секоја за себе, можат да бидат во согласност со законот, па затоа не подлежат на избор од страна на судовите за управни спорови. Во никој случај не смеат својата дискреција да ја стават на местото на таа на управниот орган. Тоа произлегува од начелото на поделба на власта, според кое извршната и судската власт имаат свои самостојни надлежности, но и од суштината на правната заштита, според која граѓаните на судот можат да бараат заштита само во случај на повреда на сопствени права⁹³.

Без оглед на тоа, и одлуките што се донесени со примена на дискрециското право подлежат на правна контрола. Дискрецијата не е слободна во смисла на овластување на произволни одлуки, туку е условена. Правните ограничувања на дискрецијата можат да произлезат од нормата што ја овозможува дискрецијата, од меродавните цели и намери на законот, од основните права на засегнатите лица или, пак, од општите правни начела⁹⁴. Сега, тие се делумно утврдени во Законот за судовите за управни спорови: во согласност со членот 114, реченица 1 од Законот за судовите за управни спорови, судот кај одлуките што се донесени со примена на дискрециско право испитува „дали управниот акт или одбивањето или, пак, неиздавањето на актот се противзаконски затоа што се пречекорени законските граници на дискрециското право или, пак, дискрециското право не е соодветно применето во согласност со намената на овластувањето“. Како натамошно општо правно начело е прифатено дека една одлука, кај која управниот орган имал дискрециско право, е противзаконска тогаш кога државниот орган не го препознал своето дискрециското право, па затоа воопшто не го применил. Во образложението на одлуката мора барем во основни црти да се препознаат про-

⁹² Одлука на Сојузниот управен суд 72, 300 <316 ff.>

⁹³ Одлука на Сојузниот управен суд 39, 355 <369>; Кунце а.а.О. (FN 65) членот 114 од Законот за управните спорови RdNr. 1

⁹⁴ Кунце а.а.О. (FN 65) членот 114 од Законот за управните спорови Rdnr. 6

цените врз основа на дискрециското право⁹⁵. За злоупотреба на дискрециското право станува збор кога одлуката на управниот орган не одговара на намената предвидена со закон или „не одговара на намената што е изразена во целиот правен поредок“⁹⁶. Кај алтернативата, повторно се упатува на општи правни начела. Тука, во прв ред, се мисли на начелото на пропорционалност и на еднаков третман.

8.1. Услов за сразмерно применување дискрециско право е дека управниот орган треба да ги утврди спротивставените приватни и јавни интереси, да ги одмери соодветно и, потоа, да ја донесе својата одлука. Кај одлуките што се донесуваат со примена на дискрециско право во врска со протерување странец, во рамките на одмерување добра, треба да се земе предвид бракот што постои во Германија, кој, начелно, ужива уставноправна заштита во согласност со членот 6, став 1 од Сојузниот устав. Тој не треба помалку да се заштити само затоа што бил склучен со знаење за направени кривични дела, кои по донесување на судска одлука го поттикнале управниот орган да го протера странецот⁹⁷. Диференцирана процена, која е направена со знаење за ризикот на протерување, може да е значајна во однос на тоа дали начелото на заштита на доверливост е во колизија со протерувањето од земјата⁹⁸. Кај временското ограничување на протерувањето треба да се земе предвид колку време странецот се однесувал во согласност со законот и која тежина ја има заштитата на бракот во однос на опасностите што можат да потекнат од тужителот⁹⁹. Исклучок од редовното протерување од земјата и потреба од дискрециска одлука на управниот орган постојат тогаш кога интересите на странецот, заштитени со прописите на Европската конвенција за човековите права, бараат ценење на поединечниот случај и земање предвид на целосните околности на случајот¹⁰⁰. Во конкретниот случај, управниот орган при донесување одлука за протерување странец од земјата, кој направил кривични дела и е зависник од дрога, не зел предвид дека тој е роден во Германија, каде што склучил брак со германска државјанка и живее заедно со неа и со своите деца.

8.2. Начелото на еднаков третман е повредено кога управниот орган, без објективна причина, отстапува од сопствената дискрециска практика. Од начелото на еднаков третман, исто така, може да произлезе обврска на управниот орган да се придржува до своите внатрешни управни прописи или насоки, кои се донесени заради извршување на дискрециското право, иако тие самите по себе не се правни норми што подлежат на контрола на управните судови. Така, насоките за

⁹⁵ Виш управен суд Хамбург, Ново списание за управно право 1990 г., 686 <687>; Виш управен суд Касел, Ново списание за управно право 1990, 879 <881>

⁹⁶ Шварц а.а.О. (FN 37) членот 114 од Законот за управните спорови RdNr.46

⁹⁷ Сојузен управен суд Informationsbrief Ausländerrecht 1992, 306

⁹⁸ Кемпер, Ново списание за управно право 1993, 746 <750

⁹⁹ Одлука на Сојузниот управен суд В. од 28. 01.1991г. – 1 В 95/90 -

¹⁰⁰ Одлука на Сојузниот управен суд 129, 367 <373>

примена на дискрециско право во врска со прием во државјанство на кандидатот што го бара приемот се многу важни затоа што управниот орган е должен да се придржува до начелото на еднаквост, на тој начин обврзувајќи се на задолжителна примена на насоките¹⁰¹. Меѓутоа, тој не е спречен да напушти една управна практика или еден управен пропис, кои се прифатени како незаконски затоа што, според општото разбирање на правото, не постои еднаквост во неправдата. Ако е незаконско ослободување поединечни воени обврзници или група воени обврзници, што воопшто не е предвидено со закон, татко на вонбрачно дете не може да бара ослободување со образложение дека воените служби, ако постои можност за тоа, не ги регрутираат татковците на децата родени во брак¹⁰².

- 8.3. Дискрециското право на управниот орган може да е ограничено од правни причини. Ако, според околностите, во поединечен случај е законска само една варијанта на донесување одлуки, дискрециското право може да се сведе на нула, со последица дека граѓанинот има право на управната мерка. Па така, во согласност со една одлука на Сојузниот суд за управни спорови од 1960 година, може да постои право на полициска интервенција¹⁰³ иако мешањето на полицијата, начелно, не е класичен случај на дискрециско право на управата. Оваа револуционерна одлука се базира на општото правно начело дека поединечниот граѓанин не треба да се заштити со полициската генерална клаузула само како дел на заедницата, туку и како поединец, па затоа неговата специфична заштита е од јавен интерес¹⁰⁴.
- 8.4. Интересна варијанта за намалување дискрециско право може да произлезе од правото на Европската заедница. Како општо правно начело е прифатено дека при примената на националното право треба да се гарантира остварувањето на правото на заедницата. Кога Европската комисија ќе констатира дека една национална субвенција во стопанството е незаконска затоа што ја фалсификува европската конкуренција и влијае на трговијата меѓу земјите што се членки, тоа може да резултира со тоа што ќе се поништи дискрециското право за барање поврат на такви субвенции, што постои во согласност со германското право, а државниот орган ќе се обврзе да бара поврат на средствата¹⁰⁵. Тогаш, заштитата на доверливоста на граѓанинот со која се негира повратот, како исклучок, ќе биде запоставена и без посебна законска основа затоа што се работи за спроведување на заедничкиот европски Закон за конкуренцијата.
- 8.5. Грешките во дискрецијата, начелно, резултираат со укинување на управниот акт. Но, од тоа правило има и исклучоци: грешките на управниот орган во формата и во постапката (на пример, недостиг од образложение, неизвршено сослушу-

¹⁰¹ Одлука на Сојузниот управен суд 80, 233 <246>

¹⁰² Одлука на Сојузниот управен суд 92, 153 <154 f.>

¹⁰³ Одлука на Сојузниот управен суд 11, 95 <97

¹⁰⁴ Франзен, Влијанието на уставното право врз толкувањето на полициската и на регулаторната генерална клаузула, во: 25-годишнината на Сојузниот управен суд, 1978 г., стр. 201 <215 f.>

¹⁰⁵ Одлука на Сојузниот управен суд 92, 81 <85 ff.>

вање, пропуштено учество на други управни органи) сè уште можат да се поправат во постапката на судот за управни спорови, а дискрециските одмерувања можат да се дополнат. Освен тоа, грешките во формата и во постапката се незначителни, ако е очигледно дека не влијаеле суштински на одлуката¹⁰⁶. Меѓутоа, кај дискрециските одлуки е тешко да се докаже недостиг од каузална поврзаност затоа што, начелно, не може да се исклучи околноста дека управниот орган со почитување на нормите за постапката ќе дојдел до поинаков резултат¹⁰⁷. Кога граѓанинот бара привилегиран акт на управниот орган, на пример, прием во државјанство, тогаш се укинува незаконското одбивање на издавање на актот. Меѓутоа, на судот за управни спорови не му е дозволено самиот да го донесе актот што управниот орган одбил да го издаде, на пример, самиот да го одобри приемот во државјанство. Туку, во тој случај судот се ограничува да изрече одлука според која управниот орган треба да донесе ново решение¹⁰⁸.

9. Кај одлуките што се однесуваат на планирање, на пример, кај урбанистичкото планирање, судовите за управни спорови се надлежни за целосно испитување на фактичките и на правните директиви. Сепак, при одмерувањето на добрата меѓу различните можности за планирање, кое му е иманентно на секое планирање, судската контрола е намалена: начелото на правично одмерување е повредено само тогаш кога воопшто не е извршено одмерување, кога во одмерувањето не се земени предвид сите аспекти што требало да бидат земени предвид во тие околности, кога е запоставена тежината на засегнатите јавни и приватни интереси или изедначувањето меѓу интересите е направено на начин што не е во сооднос со објективното значење на интересите¹⁰⁹. Интереси, кои не му се пријавуваат на управниот орган, ниту му се наметнуваат на друг начин, не мора да се земаат предвид¹¹⁰. Одмерувањето на интересите што се засегнати од планирањето можат само ограничено да се испитаат во однос на тоа дали е запоставено значењето на поединечни јавни и приватни интереси¹¹¹. Настанатите грешки во планирањето се незначајни ако не влијаеле на резултатот на планирањето. Тие можеле да влијаат ако со земање предвид на околностите на поединечниот случај постои конкретна можност без таа грешка планирањето да имало поинаков резултат. Место целосното укинување на незаконското планирање, треба првично да се испита можност за дополнување на планот со поставување услови¹¹². Овие критериуми, кои се развиени во судската практика, се темелат на неодамна развиеното правно начело на *сочувување планови*¹¹³, кое, во

¹⁰⁶ Членот 45, ставови 1 и 2, членот 46 од Законот за управната постапка, членот 114, реченица 2 од Законот за управните спорови

¹⁰⁷ Шварц а .а .О. (FN 37), членот 46 од Законот за управната постапка RdNr. 27

¹⁰⁸ Членот 113, став 5, реченица 2 од Законот за управните спорови

¹⁰⁹ Одлука на Сојузниот управен суд 34, 301 <305>; 45, 309 <312>; 48, 56 <63 f.>

¹¹⁰ Одлука на Сојузниот управен суд, Ново списание за управно право 1986 г., 740 <741>

¹¹¹ Одлука на Сојузниот управен суд 48, 56 <63 f.>

¹¹² Одлука на Сојузниот управен суд 91, 17 <20>

¹¹³ Осенбил а. а. О (FN.2), стр. 296

меѓувреме, е прифатено и во позитивното законско право. На пример, Законот за управната постапка¹¹⁴, начелно, го пропишува утврдувањето на планот, така што при одмерувањето на јавните и на приватните интереси, кои се засегнати со планираната мерка, тие се „значајни само ако се очигледни и ако влијаеле на резултатот на одмерувањето“. И значителните недостатоци при одмерувањето резултираат со укинување на одлуката за утврдување на планот или на одобрувањето на планот ако не можат да се отстранат со дополнување на планот или со дополнителна постапка. Соодветни и многу подетални прописи за сочувување на плановите постојат за плановите за користење површини, за деталното урбанистичко планирање и за урбанистичките планови во членот 214 од Градежниот законик¹¹⁵. Таму е особено предвидено дека без оглед на роковите за нивно поднесување, жалба или тужба за недостатоците во планирањето можат да се поднесат со аргументирано образложение во рок од една година по објавувањето на планот¹¹⁶. Само ако воопшто може да се оспори урамнотеженоста на планот, доаѓа предвид неговото укинување¹¹⁷.

III. Заклучок:

1. Толкувањето на правото, што е должност на судијата, нема само формална страна, туку има и материјална страна: формално, судијата треба да ги толкува законите во согласност со вообичаените методи (текст на законот, настанување на законот, систематска позиција, цел и намера на нормата). Потоа, тој треба да ги примени нормите во светлина на нивната оптимална правичност. Во членот 20, став 3 од Сојузниот устав е пропишана обврската на судовите да се придржуваат до законот и до *правото* и со тоа се легитимира примената на општите правни начела.
2. По воведувањето на управното судство во Германија, судовите за управни спорови често морале да ги применуваат општите правни начела, особено тогаш кога нормите на јавното право биле нејасни или нецелосни, па затоа не биле доволни за да се реши управниот спор меѓу граѓанинот и државата.
3. Во Заедничкото европско право е признаено користењето на општите правни начела, а определени фактички состојби се дури строго пропишани во Законот за ратификација.
4. Покрај пишаното право и обичајното право, и општите правни начела можат да имаат правнозадолжително дејство ако можат да се сведат на основни принципи на правото и на правдата, кои се надвор од диспозицијата на законодавецот или, пак, самите претставуваат формулации на тоа основно правно значење.

¹¹⁴ Членот 75, став 1а од Законот за управната постапка, верзија од 23.1.2003 г. (Сојузен службен весник I стр. 102)

¹¹⁵ Верзија од 23.9.2004 г. (Сојузен сл. весник I реченица 2414)

¹¹⁶ Спореди членот 215 од Градежниот законик

¹¹⁷ Одлука на Сојузниот управен суд 91, 17 <20>

Правните начела од овој – задолжителен – вид, без оглед на нивната содржина и на нивниот ранг, понекогаш мора да се изразат на тие правни принципи, кои се носители на целиот правен поредок и произлегуваат од примената на принципот на правичност на конкретни ситуации на интерес во рамките на посебни социјални животни околности.

5. Општите правни начела, често, се втемелени во Уставот или можат да се изведат од него. Друг извор на правото е граѓанското право. Законодавецот може општите правни начела да ги преземе во норми на позитивното право.
6. Поради високата апстракција и нивната општост, правните начела се само насоки, а не се норми што се непосредно применливи. Со цел при примената на правото да можат да се користат како критериуми за оценување и за донесување одлуки, правните начела мора да се конкретизираат за стручните и животни сфери што ги регулираат. Освен законодавецот, нив може да ги конкретизира и судијата, така што ќе ги утврди како такви, ќе ги развие и од нив ќе ги извлече критериумите и мерилата што се применливи за неговата одлука. Овој посебен карактер на правните начела ја олеснува и оправдува околноста што во примената на правото се користат дополнително, заедно со позитивните законски норми, ако тие конкретно не содржат одредби што отстапуваат од нив. При толкување и примена на правото, тие служат како помош за толкување, со цел, многуслојното стручно право да се разбере во контекст на системот и при примената на правото да се сочува хиерархијата на важење на нивоата на нормите.
7. Услов за примена на општите правни начела е законот што треба да се примени да има (*правни*) празнини, кои можат да се пополнат со примена на општите правни начела. Такви празнини можат да постојат поради молчење на законодавецот, но и поради овозможеното дискрециско право на управните органи или, пак, поради користење *неопределени правни поими*, чиешто толкување остава простор за дополнителна примена на општи правни начела. Ако тоа не е така, се разбира, треба да се донесуваат одлуки врз основа на позитивното законско право.
8. Неопределените правни поими се карактеризираат со тоа што нивната содржина не е исполнета со јасно дефинирана фактичка состојба. Туку, при нивно применување на конкретна фактичка околност треба да се прецизираат во поединечниот случај. Начелно, тие подлежат на неограничено судско преиспитување. Во тоа преиспитување треба да се земаат предвид и општите правни начела.
9. Дискрециското право на управниот орган има граници, кои судската практика ги има изведено од општи правни начела и кои ги надгледува со тоа што при нивна повреда, одлуката ќе биде укината. Судовите испитуваат дали управните органи направиле грешка во постапката, не се придржувале до правото што требало да го применат, ги повредиле општите начела на проценување, тргнале од неточна или нецелосна фактичка состојба или, пак се раководеле според несоодветни одмерувања; од целиот аспект, одлуката не смее да е арбитража.

10. Дискрециското право на управата не е слободно во смисла на овластување за арбитража, туку е ограничено. Ограничувањата на дискрециското право можат да произлезат од општите правни начела.
11. Нови општи правни начела се, на пример, принципот на предизвикувач, принципот на превенција и принципот на кооперација во еколошкото право, начелото на сочувување планови во правото на урбанистичките планови, како и општиот принцип на компензација.

Доц. д-р Војтчех Симичек

Судија на Врховниот управен суд во Република Чешка
Прага – Брно

**Управното право во Република Чешка
– Развој и избрани проблеми**

Текстот што следува си поставува две амбициозни цели: да го претстави управно-то право во Република Чешка и на читателот да му ги пренесе најзначајните фактички информации во врска со принципот на функционирање; да се концентрира на неколку деликатни моменти, кои произлегоа од практиката. Веднаш, во самиот вовед би сакал да укажам на тоа дека во никој случај не сакам да ги подучувам моите македонски колеги бидејќи сосема ми е јасно дека не постои универзален правен модел¹¹⁸ и дека секоја држава треба да избере таков систем, кој поединечно е најповолен и тоа од гледна точка на цела низа фактори: традиција, правна култура, состојба со персонал, политичка поддршка, финансиски можности итн. Затоа мене единствено и во прв ред ми е цел да укажам на некои грешки и нелогичности што се случува во Република Чешка за да ја поддржам дискусијата во врска со оваа тема.

1. Историја на управното право во Република Чешка¹¹⁹

1.1 Периодот 1867 – 1918 година

Уставните основи на управното право се содржеа веќе во Уставот од декември на Австриското Царство, конкретно, во членот 15 од Уставот на државата бр. 144/1867 на Австриското Царство, со кој е конституиран Врховниот управен суд во Виена. Овој суд беше единствениот управен суд за цела област Чизлатанија. Значи, управното право беше концепирано како концентрирано и специјализирано. Во унгарскиот дел на монархијата подоцна управните судови настанаа на малку поинакви принципи. Истовремено, во овој период беше воведен еден значаен принцип, кој подоцна беше преземен и во Уставот на Република Чехословачка од 1920 година (и кој и денес има важност): од правната сила на управниот суд беа исклучени тие работи, во кои управниот орган, соодветно на неговата законска надлежност, донесуваше одлуки за предмети од приватното право (за целите на овој принцип види подолу). Овие предмети им беа доверени на граѓанските судови заради донесување одлуки („Правна одредба“). Суштинското активирање на Врховниот управен суд и регулирањето на процесот пред Управниот суд беше регулирано речиси десет години подоцна, со Законот од 22 октомври 1875 година, RG стр. бр. 36/ех 1876 година, преку Врховниот управен суд (во литературата именуван и како Октомвриски закон) и првиот процес се одржа во јули 1876 година, под претседателство на првиот претседател, баронот Штелин. Авторот на законот – кој до сега беше посматран

¹¹⁸ Уште Адолф Меркел диференцирал три типови организации во управното судство: управно судство што е применувано од редовните судови, управно судство што е опремено со управни служби што имаат карактеристики на судови и управно судство спроведено од специјалните судови (Општо управно право, 2. дел, Orbis, 1932 г., стр. 225). Душан Хендрих ги означува (Управно право – општ дел, 4. издание, С.Н. Веck, 2001 г., стр. 332 ff) т.н. францускиот, германскиот и австрискиот модел на управното судство како најзначајни. Актуелниот модел на управното судство во Република Чешка најмногу прилега токму на австрискиот и на германскиот модел.

¹¹⁹ Основни информации за историјата на управното судство во Република Чешка види: Mazanec, Michal, Verwaltungsgerichtshof, ASPI, 2006 г., стр. 25-34. Подетално види на пр.: Hoetzel, Jiří, Tschechoslowakisches Recht, Allgemeiner Teil, Melantrich, 1934 г., стр. 393 и следна.

како исклучително законодавно дело – беше високиот функционер на Министерството за култура и за воспитание Карл фон Лемајер (подоцнежен член на судот и претседател на судскиот сенат). Овој закон беше мошне краток (50 параграфи) и неговата концепција, иако беше инспирирана од некои елементи на постарото јужногерманско управно право, беше перфектно промислена и апсолутно оригинална. Законодавецот одеше по еден сосема друг пат отколку современите законодавци, кои на стотици параграфи во процесните прописи, кои, инаку, беа постојано менувани, создадоа една заплеткана џунгла од правила на многу формализирани процеси со дубиозниот стремеж да ги остварат гаранциите на процесното право и тоа до најситниот детаљ. Октомврскиот закон со своите намерно кратки и заокружени формулации создаде еден сеопфатен простор (и цврсти неприкосновени граници) за да можат да се приспособат процесните одредби со дејностите на судиите, кои беа одлични и образовани адвокати. Квалитетот на Законот, можеби, најдобро го демонстрира фактот дека како во Австрија, така и во новонастанатата Чехословачка, тој и натаму беше во сила (кај нас сè до ликвидирањето на управното право по револуцијата од 1948 година) и модерните австриски и чешки промени досега се базираа на овие концепциски основи. За обемната и добра правна дејност на Виенскиот суд натаму сведочат и обемните и добро преработени збирки одлуки (чиешто организатори беа Ексел, Алтер, Попелка, Рајсиг и посебно д-р Адам Будвински).

1.2 Периодот 1918 - 1945 година

Чехословачката Република, по своето основање во октомври 1918 година со еден од своите први закони¹²⁰ ја реципираше вистинската институција Врховен управен суд и за нејзината дејност, со некои промени, го презеде Октомврскиот закон. Овој закон беше во сила во Чешката Република до крајот на 1952 г.. Временски прв претседател на судот (неговото претседателство) беше еден од основачите на автономната Чехословачка Република, значајниот чешки политичар, пратеник на Царскиот совет и претседател на сенатот на Виенскиот суд, Фердинанд Пантучек (1863 – 1925). Втор претседател (заменик-претседател на судот) стана Емил Хаха (1872 – 1945), еден од историски најзначајните чешки административци и од 1938 година до 1945 година претседател на државата, пред 1918 година на Советот на Виенскиот суд. Притоа интересно е што тој именувањето на Пантучек Хаха, против напорите на Владата да го ангажира на местото втор претседател со политичка заднина, мораше да го спроведе дури и под заканата за негово повлекување.

По смртта на Пантучек во 1925 година, од страна на претседателот Масарик беше именуван Хаха за прв претседател на судот и тој остана на таа функција сè до неговиот избор во „претседател на државата“, опколената Втора Република (во октомври 1938 година). Во литературата често се нагласува дека чешкото управно право било организациски изградено во согласност со австрискиот урнек. Всушност, ова беше само една фактичка состојба; претставите на Пантучек и на Хаха беа поинакви. Уставот од 1920

¹²⁰ Закон бр. 3/1918 Slg. G. и N. За Врховниот управен суд и за решавањето на конфликтите во врска со надлежностите, познат и како „Ноемврски закон“.

година, всушност, претпоставува дека чехословачкото управно право ќе се создаде во согласност со северногерманскиот (пруски) модел и дека и во подолните инстанции во врска со правата и со обврските во областите на јавната администрација ќе решаваат специјални управни сенати, кои беа создадени во окрузите и во жупаниите. Тие требаше да се состојат од еден професионален службеник и граѓански претседател избрани во комисиите на окрузите. Дури во највисоката инстанца требаше да решава Врховниот управен суд – и тоа само во врска со прашања поврзани со законодавноста. Заради спроведување на оваа уставна намера паралелно со Уставот во 1920 година беше подготвен законот бр. 158/1920 Slg. G. и N., за уставното право во службите на окрузите и на жупаниите. Овој закон, сепак, никогаш не стана правосилен – веројатно поради политичка нетолерантност и разлики. Околноста дека овие долни степени на управното право не беа создадени потоа стана забележливо во нерамномерното оптоварување на Врховниот управен суд, каде што веќе во средината на 20-тите години на минатиот век бројот на новите предмети за завршување постојано се зголемуваше; оваа установа потоа сè повеќе се протегаше низ повеќе години и не помогна ни проширувањето на судиите (од првично 26 судии сè до речиси 50 во периодот на распаѓање на слободна Чехословачка).

Врховниот управен суд во годините на т.н. Прва Република беше работно место на европско правно ниво. Неговата дејност во голема мера стана јасна во збирките на неговите одлуки. Најголемо значење официјалната збирка пресуди на Врховниот управен суд доби поради неговиот организатор, претседателот на сенатот на Врховниот управен суд Јозеф В. Бохуслав, позната како „Бохуславска збирка“. Во неа од 1918 година до 1948 година во два реда (управа и финансии, во литературата „Boh. A., Boh F.“) беа објавени повеќе десетици илјади пресуди.

Времето на протекторатот ѝ припаѓа на темната страна на судската дејност. Нејзината дејност на донесување одлуки, всушност, често се однесуваше и на закони насочени против Евреите.

1.3 Периодот 1945 - 1952 година

Во 1945 година дејноста на судот не можеше повторно да биде обновена во целосен обем, прво поради проблемите што се провлекуваа во врска со персоналното екипирање на судот и второ, бидејќи во Словачка беше создаден „конкурентен“ управен суд, кој во периодот на словачката држава разви активности. Поделбата на компетенции меѓу двата суда до 1949 година остана неразјаснета и дури со преместувањето на седиштето на судот во Братислава таа, дефинитивно, стана јасна (Зак. бр. 166/1949 Slg.). Тоа, впрочем, беше едно целесообразно решение, кое водеше директно кон распаѓање на судот, кој преку ноќ беше политички утврден во февруари 1948 година. Институцијата „управен суд“, иако беше конституирана преку одредбата во членот 137 на Уставот од 9. 5. 1948 година (т.н. „Мајски Устав“), но непосредно по комунистичкиот февруарски пуч во 1948 година, беше јасно дека независната судска контрола на јавната администрација и гарантирањето заштита на јавните субјективни права на граѓаните во новиот режим веќе нема апсолутно никакво значење. По тврдите персонални чистки во февруари 1948 година и по пензионирањето на судиите од Првата Република во јуни 1948 година, праш-

киот суд, практично, ја загуби својата функција, некои сенати воопшто не можеа да се создадат поради недостиг од судии и одеднаш судот немаше претседател на сенат; нови судии не беа назначени. Друга последица беше и нефункционалниот систем на специјализирани судии од јавното право, кои персонално беа зависни од Врховниот управен суд (судови за патенти, судови за картели, изборни судови).

По преместувањето на судот во Братислава, есента 1949 година, управниот суд функционираше уште до крајот на 1952 година, меѓутоа чешкиот архивски фонд не укажува на постоење фактичка дејност во овие години. Уставно правно беше ликвидирано, а управното право преку одредбите од Законот бр. 64/1952 Slg., преку судовите и јавните обвинителства, „по тивок пат“ го преработи делот од Уставот за судовите и го изостави донесувањето одлуки во врска со управниот суд. Со генералната дегорација во членот 18 закон бр. 65/1952 Slg., за јавното обвинителство, „сите прописи за управниот закон“ беа укинати. Единствениот остаток од јавноправното судство остана во осигурителното судство (првично регулирано со закон бр. 221/1924 Slg. Закон за осигурување вработени во случај на болест, инвалидност и старост), кој беше трансформиран во специјална постапка за правна помош против одлуката на управните органи и беше процесноправно структуриран во граѓанскиот закон во правната помош; општо, тој и натаму беше посматран како посебен тип правда во граѓански предмети.

1.4 Периодот 1989 - 2002 година

Ренесансата на управното право можеше да настапи дури по политичките промени во 1989 година. Темелот на Уставот беше поставен во 1991 година со членот 36, став 2 од конвенциите за човекови права (Устав бр. 23/1991 Slg.). Брзата потрага по соодветни процесноправни и институционални форми не овозможи ни институцијата врховен уставен суд (ниту специјалните управни судови) повторно да се создаде ниту, пак, да се создаде специјален процес што е надлежен само за предметите од управното право. Судското испитување на одлуките на органите на јавната администрација дојде потоа, во годините од 1992 до 2002, во согласност со специјалните одредби на петтиот дел на Законот за парнична постапка (членот 244 и другите членови), кој беше внесен преку амандманот во законот бр. 519/1991 Slg. и преку системот на општите судови. Правната дејност што во реалноста е пресудна беше спроведувана од страна на судовите во покраинските окрузи и од страна на вишите судови на Републиката (од 1993 година трибуналот во Прага и од 1996 година и во Оломоук). Предметната надлежност на окржните судови и на вишите судови, посебно по 1993 година, практично, беше небитна.

Кога правно од 1.1.1993 година, преку членот 91 од новиот Устав, правосилно настана автономната Чешка Република во светлина на поделбата на Чешката и на Словачката Федеративна Република, повторно беше воведен Врховниот управен суд, кој така (покрај вишиот суд) требаше да создаде втор врв на судскиот систем. Вистинското воспоставување не дојде ни по десет години, иако во деведесеттите години на минатиот век постоеја обиди во таа насока. Околноста што Уставот не беше исполнет преку фактичкото несоздавање на Врховниот управен суд, не само што предизвика критика меѓу

правниците, туку создаде и низа практични проблеми. Процесноправното регулирање на уставното судство во годините 1992-2002, всушност, укажа на низа недостатоци, кои со текот на времето нужно мораа да бидат конфронтирани со нашите меѓународноправни обврски (посебно членот 6 и членот 13 од Конвенциите за човекови права).

Противзаконското неработење не беше под правна надлежност на управните судови (ограничено на испитување на закономерноста на одлуките на јавната администрација) и на суд, исто така, не беше можно повикување поради прекршувањето на законот на фактичките интервенции од страна на управните служби, кои не беа спроведувани во форма на одлуки. На тој начин не постоеше контрола на управните одлуки преку „судот со полноправна важност“ и тоа не беше ниту случај на подрачјето на управните казни. Освен тоа, не постоеја правни лекови против судските одлуки во управното судство. Ова доведе до спроведување на правото во осум покраински окружни судови и тоа одеше до таму што на пример „злите јазици“ говореа за „осум даночни републики“. Фактичката улога на апелациските судови во управното право и како обединувач на управното судство на тој начин мораше да ја извршува уставниот суд и тоа во една исклучително обемна постапка, преку жалби до Уставниот суд. Впрочем, не е случајно што жалбите до Уставниот суд поврзани со предметите на управното право постепено зафаќаа 20 проценти од вкупната агенда на Уставниот суд.

Уставниот суд затоа, практично, во текот на 90-тите години на минатиот век укажувааше на неодржливоста на оваа законска регулатива и тоа преку низа свои одлуки и бидејќи политичката елита систематски ги игнорираше нејзините правни ставови, тој го загуби трпението и ја укина одлуката бр. 276/2001 Slg. од 27.6.2001 година, која стана правосилна на 1 јануари 2003 година, односно целиот петти дел од Законот за граѓанска постапка. Со тоа тој оствари значителен придонес за законската регулатива, која долго-рочно беше подготвувана од страна на управното судство, конечно, да стане политички прифатлива и со правосилност на 1 јануари 2003 година Парламентот го изгласа законот бр. 150/2002 Slg., Регулатива за управно судство, со што системот на управното судство беше одново регулиран од основа.

1.5 Периодот 2003 година – до денес

На 1 јануари 2003 година, по десетгодишно чекање, беше основан Врховниот управен суд, и на тој начин фактички се реализира Уставот на Република Чешка. Со тоа завршува периодот на создавање и почнува стабилизацијата на управното судство.

2. Организација на уставното судство во Република Чешка

Актуелниот систем на управното судство се дели на две инстанции. Првата инстанца ја претставуваат осумте покраински окружни судови, а испитувањето на нејзините одлуки се остварува преку Врховниот управен суд. Во instanцата на покраинските

околу судови не станува збор за специјализирани судови, туку само за специјализирани сенати. Во врска со тоа мора да се спомене дека се сака да се постигне создавање специјализирани покраински окружни судови, меѓутоа, јас сметам дека тоа создавање е нереално и тоа, главно, од две причини. Во прв ред финансискиот трошок за еден ваков проект говори против него и второ, ова решение го сметам и во самиот систем за несоодветно. Всушност, се подготвува зголемување на покраинските окружни судови на 14¹²¹, што, всушност, ќе значи дека некои судови работат на толку мали подрачни единици што во нив само еден сенат ќе може да работи добро. Ова решение принудно би се соочило – покрај другите проблеми – со проблемот на недостиг од специјализација, со компликации поврзани со пристрасност на судиите и со клиентелизам.

Ситуацијата, фактички, изгледа така што управните судови доаѓаат на ред откако управната постапка (по правило, во две инстанции) ќе биде завршена и тоа поради поднесената тужба на покраинскиот окружен суд. Врховниот управен суд потоа донесува одлука во врска со касациската жалба, која е насочена против одлуката на покраинскиот окружен суд. Значи, покраинскиот окружен суд е овластен да ја поништи управната одлука на двете инстанции; Врховниот управен суд може само да ја поништи одлуката на покраинскиот окружен суд и да го обврзе со своето правно мислење.

Интересен податок е успехот на касациските жалби во согласност со поединечните агенди. Во деловната 2007 година 7 проценти од касациските жалби поврзани со предметите за азил беа одобрени, 28 проценти од предметите поврзани со социјално згрижување, 33 проценти од жалбите поврзани со предметите финансии и 38 проценти за други предмети (административни казни, градежно право, право од областа на човековата околина итн.). Просечната стапка на успех на касациските жалби изнесуваше 23 проценти.

Кадровската ситуација изгледа така што има приближно 150 управни судии (од вкупно 3.000 судии во Република Чешка); од нив 27 судии се вработени во Врховниот управен суд, а другиот дел во покраинските окружни судови. Тука треба да се додаде дека секој судија на Врховниот управен суд има можност да ја користи соработката со двајца асистенти, кои, по правило, се дипломирани студенти на правниот факултет во Брно и, морам да истакнам, со тоа имаме најдобри искуства. Освен тоа, некои поранешни асистенти на покраинските окружни судови веќе се назначени за управни судии, иако Врховниот управен суд постои само шест години. Така настанува оптимален развој каде што најдобрите асистенти, кои перфектно ја познаваат судската практика на Врховниот управен суд, ги спроведуваат правните ставови и на ниво на покраинските окрузи. На овој начин настанува една многу поголема симбиоза на двете инстанции на управното судство.

Кај управните судови постои определена специјализација. Оваа специјализација, сепак, можат да си ја „дозволат“ само поголемите покраински окружни судови, кај кои, на пример, специјализацијата во насока за стопански натпревар, право на азил

¹²¹ Причина за тоа е територијалната организација на Република Чешка, во која со важност од 1.1.2000 година на местото на првичните 8 покраински окрузи беа основани 14 виши територијални автономни единици. Оваа промена не се одрази целосно ниту на системот на органи на јавната управа ниту на судовите.

или социјална грижа, претставува специјализирана агенда; другите судови не можат да се специјализираат. Врховниот управен суд се дели во два специјализирани колегиума: финансиска управа и социјална управа. Колегиумот за финансиска управа се состои од шест сенати со по три членови и се занимава со даночното и царинско право, како и со правото за стопанската конкуренција; колегиумот за социјална управа има три сенати, кои се посветени на пензиското право, на правото за социјално осигурување и на предметите поврзани со работните односи. Другата агенда каде што припаѓаат посебно административните казни, градежното право, правото на азил и правото за животната средина, не е повеќе специјализирана и затоа се презема од сите сенати.

Можно значајна улога на Врховниот управен суд има специјалниот Сенат со седум членови, кој има задача да ја обедини правната практика на овој сенат. Во практиката тоа функционира така што никој од сенатите не смее да донесува одлуки во различен облик и секој е обврзан на штотуку проширениот Сенат да му го достави предметот веднаш штом ќе утврди дека овој суд во минатото во некои од своите одлуки изразил некаков правен став со кој не се идентификува. Овој проширен Сенат тогаш донесува одлука и неговиот правен став е обврзувачки и за разјаснувањето на идните слични случаи. Во врска со тоа, би сакал да кажам дека проширениот Сенат често донесува одлуки¹²² што тогаш претставува знак дека управното судство допрва се развива и дека не може премногу да стане збор за некаква константна и единствена правна практика. Истовремено, овој факт претставува доказ дека судиите чесо се грижат да го најдат најдоброто правно решение и дека во рамките на Врховниот управен суд постои соодветно голем плурализам на мислења.

За љубителите на статистики ги споменувам следниве податоци, кои укажуваат на оптоварувањето на Управниот суд:

Година	2003 ¹	2004	2005	2006	2007
Број на нови случаи	4.243	5.684	5.194	4.192	3.604
Број на решени случаи	2.749	4.247	4.866	4.720	4.723

Табелата јасно говори дека состојбата на почетокот на 2006 година се стабилизирала и значително се подобрила и тоа прво поради фактот што бројот на барањата за отво­рање постапка се намалил и со тоа се успева да се решат повеќе случаи. Тоа значи дека времето на постапките станува пократко и дека случаите на одолжување на постапките се намалуваат.¹²³ Оваа тенденција продолжува и во 2008 година. Во првото полугодие пристигнале вкупно 1.580 случаи, а била донесена одлука за 2.025 случаи.

¹²² Во текот на целото постоење на Врховниот управен суд на проширениот Сенат му беше пренесен предметот во вкупно 94 случаи (податок од 10.9.2008 г.). Ако ја исклучиме првата, 2003 година, во која овие барања сè уште не беа поставени, и бидејќи во 2008 година сè уште не е завршена, тогаш годишно, просечно, има по околу 20 вакви барања, што, секако, не е малку.

¹²³ Во просек, една постапка пред Врховниот управен суд во 2004 година траеше вкупно 241 денови, во 2005 година 275 денови, во 2006 година 219 денови и во 2007 година само 109 денови.

Последната забелешка за организација на управното судство е упатувањето на интернет-страницата на Врховниот управен суд www.nssoud.cz, каде што се објавени сите одлуки на овој суд и тоа комплетно, но, за жал, само на чешки јазик. Голема дискусија доживеа прашањето дали овие одлуки мораат, поради заштитата на податоците, да се направат анонимни или не. Актуелното решение е дека само имињата на физички лица како учесници во постапката ќе бидат анонимни (на пример сведоци итн.). Ознаката на управните служби и, во поново време, односите на правните лица нема да бидат анонимни.

3. Типови постапки пред управните судови

Смислата на управното судство е остварување заштита за јавните субјективни права¹²⁴. Оваа одредба треба да се гледа во врска со членот 4 од уставот, според која основните права и слободи се наоѓаат под заштита на судот.

Оттаму, во постапката пред управните судови се испитуваат одлуките, недејствувањето или постапката на некој управен орган, која е спротивна на законот. На оваа поделба ѝ одговараат три видови тужби, кои може да се употребат против управната одлука (1.) и судот врз основа на оваа тужба е овластен да ја поништи таа одлука и да го обврзе управниот орган во насока на неговиот правен став. Исклучок претставува одлуката во случај на административен деликт за кој е надлежен покраинскиот окружен суд и за т.н. модерација, тоа значи да ја намали висината на изречената казна. Во случај (2.) на тужба против непостапувањето на управен орган судот може да го обврзе управниот орган да издаде одлука или да се изјасни и во врска со тоа да утврди разумен рок. Во (3.) постапка за заштита од противзаконска интервенција, од противзаконско упатство или против принудата на некој управен орган, судот треба да му забрани на управниот орган да продолжи со повредување на правата на тужителот ако ја одобри тужбата и, доколку е можно, наложи повторно да се воспостави состојбата пред настанувањето на таа интервенција.

Тој тип постапка што во практиката е најчесто застапуван ја определува постапката, која почнува со тужба за противзаконска одлука на управниот орган. Тука треба посебно да се нагласи дека поимот „одлука“ претставува облик на правна практика, кој е јасно толкуван во материјална, а не во формална смисла¹²⁵. Тоа конкретно значи дека поимот „одлука“ претставува технички назив и секогаш треба да се посматра од содржински аспект, а не од аспект на формата. Значи, небитно е како ќе се нарече соодветната одлука (став, одлука, пресуда, поставување во служба, известување, упатство итн.), туку фактот дека органот на јавната власт на тој начин авторитарно и правосилно навлегол во сферата на правото на барателот, т. е. таа одлука влијаела на настанувањето, промената или на поништувањето на некое овластување и на обврската на некое физичко или правно лице. Под одлука треба да се подразбере секој поединечен правен акт, кој бил изгласан

¹²⁴ Одредба во членот 2 во Управната судска регулатива.

¹²⁵ Види ја на пр. пресудата на Врховниот управен суд од 24. 5. 2006 г., бр. на акти 1 Afs 147/2005, во: www.nssoud.cz.

од позиција на повисок ранг од страна на некој орган од јавната власт. Во практика така се нарекуваа и писмените докази од управните судови, односно се нарекуваа одлуки, а одлуките можат да бидат дури и фиктивни, т. е. воопшто да не постојат¹²⁶.

Понатаму, за овој тип жалбена постапка треба да се каже дека оспорената управна одлука мора да биде правосилна и дека судот ја испитува во согласност со фактичката состојба на правните факти, кои постоеле со одлуката на управниот орган. Затоа новините во фактичката состојба и правните новини не можат да бидат земени предвид.

Одлуката на покраинскиот окружен суд во наведените случаи секогаш може да биде испитана од страна на Врховниот управен суд преку касациска жалба. Касациската жалба во законот се означува како вонреден правен лек, но се сфаќа мошне широко, значи може да стане збор за целосно испитување и за фактичка двојна инстанца на управното судство.

Како суштински практичен проблем ја сметам околноста што касациската жалба се поднесува преку покраинскиот окружен суд, кој ја донел обжалената пресуда. Покраинскиот окружен суд, всушност, прави подготвителни чекори: ги отстранува грешките на касациската жалба, бара заземање став од страна на учесниците во постапката, ја снабдува документацијата на актите и слично. Дури потоа ги предава актите до Врховниот управен суд. Меѓу поднесувањето на касациската жалба и предавањето на актите до Врховниот управен суд, во просек, поминуваат околу 6 месеци, што може да се толкува и така дека веќе во моментот кога материјалот на актите оди до Врховниот управен суд, во таа постапка настанало одолжување во времетраење од шест месеци. Затоа, јас лично, препорачувам овој правен лек директно да се поднесе до судот што донесува одлука за тој предмет.

Покрај споменатите основни и најчести типови постапки, треба да се укаже и на некои специфики на постапката. Тоа посебно се (1.) постапките во изборни предмети и предметите на локалниот референдум, (2.) постапките во предметите на политичките партии и (3.) постапките во однос на тужби за компетенции.

Заедничките особености на овие постапки со кои се разликуваат од „типичните“ постапки посебно се судските испитувања во една инстанца и недостигот од претходни управни постапки. Доколку, всушност, основниот појмовен белег на управното судство во Република Чешка е испитувањето на правосилните управни одлуки или заштитата од други интервенции од страна на управните органи, во овие атипични постапки станува збор за нешто сосема друго.

Во изборноправните предмети управните судови се овластени да донесат одлука дека изборите се неважечки и тоа прво поради прекршување на законски утврдените правила на изборниот процес од страна на јавните органи или во случај на регулирање фер политичка конкуренција од страна на поединечните кандидати, односно политичка

¹²⁶ Така беше според закон бр. 106/1999 Slg. за слободниот пристап кон информации во случај на недејствување на јавен орган при поднесување барање за доставување информации. Во овие случаи при истекот на законски утврдениот рок важеше претпоставката дека одбиената управна одлука била усвоена и била законски испитана. Проблемот се состоеше во тоа дека оваа одлука беше укината поради неможност за преиспитување, т. е. доколку јавниот орган потоа не донесе одлука, важеше претпоставката на одлуката и од гледна точка на поднесувачот на барањето се работеше за една сосема неефективна регулатива.

партија¹²⁷. Причина за анулирање на изборните резултати до сега беа случаите на погрешна манипулација со гласачките ливчиња или прекршување на водечките правила на изборната кампања. Врховниот управен суд во овие случаи формулираше еден „Алгоритам од три елементи на испитот“, каде што прво се испитува дали воопшто е прекршен некој изборен закон, а потоа се занимава со тоа да утврди дали меѓу утврдените законски прекршувања и изборниот резултат постои некаква причинско-последична врска и, на крајот, се поставува прашањето дали тој прекршок бил многу интензивен (тест на пропорционалност) за да постои основано сомнение дека изборите би имале друг резултат доколку тој прекршок не се појавел. Исто така, треба да се додаде дека регионалните избори (локалните избори и изборите на покраинските окрузи) се испитуваат од страна на покраинските окружни судови и изборите во целата земја (Парламентот, Сенатот, Европскиот парламент) потпаѓаат под надлежност на Врховниот управен суд.

Во врска со предметите на политичките партии одлуки донесува Сенатот на Врховниот управен суд, кој се состои од седум членови, преку барање за прекинување на активностите или укинување на политичките партии. Барањето може да биде доставено исклучително од Владата или од претседателот на Републиката, што фактички резултира со тоа што до сега не било доставено барање што би се насочило против некоја битна политичка партија или против некои од екстремистичките партии. Барањата, кои годишно се доставуваат 20–30, укажуваат исклучително на фактот дека политичките партии не ја исполнуваат својата законска обврска на Парламентот да му ги достават годишните финансиски извештаи од кои станува јасно од кои извори се финансираат овие партии и каде одат парите. Преку правен лек, против одлуката на Врховниот управен суд решава Уставниот суд.

Во случаите на жалби на компетенции, на крајот на краиштата задача на Врховниот управен суд претставува спорот за компетенциите меѓу управните служби (јавни органи, органи на јавноправните тела) да донесат одлука било позитивна било негативна. Оттаму резултатот од една ваква постапка е одлуката со која судот утврдува кој од управните органи има правна моќ да донесе одлука за тој предмет.

4. Селектирани проблеми

Во следниот дел од мојата статија се концентрирам на некои општи проблеми со кои се конфронтираат и кои мораат да ги решаваат чешките управни судови. Секако дека не можам да имам амбиција да ги наведам сите проблеми и не можам ни да си претпоставам дека моите колеги при процена на соодветноста на поединечните проблеми значително ќе се разликуваат од моите субјективни ставови.

4.1 Објаснување на поимот „управен орган“

Ако ја прифатиме тезата дека смислата на управните судови е да ја контролираат дејноста на јавната администрација и тоа заради заштита на јавните субјективни права

¹²⁷ Види повеќе во: Molek, Šimíček, Vojtěch, Soudní přezkum voleb, Linde Praha, 2006.

на физичките и на правните лица, мошне битно е да се разграничи на кого се однесува таа контрола. Решението што е содржано во чешката законска регулатива не се базира на позитивна или на негативна дефиниција на поимот управен орган, туку јасно тежнее кон материјална дефиниција. Оттаму и воопшто не е битно како ќе се дефинира или како кадровски ќе се екипира овој орган, туку пресудни се компетенциите. Така посматрано, дури може да се тврди – нешто што е поедноставено и исклучително од правен аспект – дека управниот орган не е ништо друго освен сумата од неговите надлежности.

Овој заклучок има исклучително битни и практични последици. Ако, всушност, појдеме од фактот дека квалификацијата на управниот орган може преку својата дејност по службена должност да интервенира во правната сфера на приватниот субјект, што претставува пресуден критериум за подредувањето во когнитивноста на управните судови, тогаш, на пример, како пресуден критериум веќе не важи уставноправниот систем на поделба на моќта. Тоа, конкретно, значи дека, на пример, управните судови покрај традиционалните управни органи од типот на јавните извршни органи (финансиски служби, градежни служби, полициски органи итн.) ќе ги испитуваат и органите на јавноправните тела (Чешката комора на адвокати, органите на општинската и покраинско-околинската администрација итн.) и одлуките на претседателот на Републиката¹²⁸, на јавните чувари на правото¹²⁹, совети на медиумите (посебно Советот на радио и на ТВ-предавателите¹³⁰) и во еден многу специфичен случај дури и на Парламентот¹³¹ (само во исклучителни случаи).

¹²⁸ Конкретно, станува збор за случајот на едно правосудно лице, кое ги имаше исполнето сите законски услови за именување во функцијата во судија, Владата му го достави ова барање и на претседателот, но претседателот не го назначи во таа функција, а во исто време не донесе ни негативна одлука. Затоа Врховниот управен суд донесе став за негово недејствување и му наложи да донесе одлука во врска со ова барање во еден определен временски рок. За жал, претседателот не ја почитуваше оваа одлука. Повеќе за ова види во ознака на актите 4 Ans 9/2007 (www.nssoud.cz).

¹²⁹ Конкретно, станува збор за пристап до информациони, кај кој lt. закон бр. 106/1999 Slg. За слободниот пристап до информации секому му се дава правото за добивање информации во врска со дејноста на управните органи. Доколку се одбие давањето информации, тогаш ваквото одбивање може да се објави во Управниот суд.

¹³⁰ Овде посебно станува збор за парични казни, кои им биле изречени на ТВ-куќи, на пример поради прикажување насилство, необјективност и вулгарност. Најчесто се санкционираат ТВ-куќите поради феноменот на денешното време – Reality Show од типот на Big Brother.

¹³¹ Стануваше збор за еден случај во кој требаше да биде донесена одлука за повторно почнување на активностите на една политичка партија. Според чешката законска регулатива, всушност, може да се забрани дејноста на една политичка партија со одлука на Врховниот управен суд доколку на Парламентот во определен рок не му биде доставен годишниот финансиски извештај. Истовремено, законот вели дека Парламентот донесува одлука за прекинување на дејноста доколку причината за прекинување на дејноста на партијата била укината. Врховниот управен суд мора да ја објасни ситуацијата (одлука со ознака на актите Obn 1/2006, во: www.nssoud.cz), што би се случило доколку Парламентот не би дејствувал, односно доколку би донел негативна одлука. Врховниот управен суд дојде до заклучокот дека „политичките партии при донесувањето одлука за прекинување на нивната дејност (односно за нивното укинување) не можат да бидат изложени на самоволието на јавните органи. Затоа тие мораат да имаат на располагање доволно процесни средства, така што ова потенцијално самоволие може ефективно да се спречи. При тоа е очигледно дека едно независно и непристрасно судство мора да ги понуди овие заштитни средства. Забранувањето на дејноста на една политичка партија претставува мошне интензивен упад во нејзината дејност бидејќи таа во својата суштина е политички сосема „парализирана“. ... Ваквата партија на пример не може да учествува на избори, не може да извршува деловни дејности и други активности, кои одговараат на нејзината функција. Во односниот предмет единствено Парламентот е надлежниот орган што е овластен да донесува одлука во врска со исполнувањето на утврдените обврски. Во овој случај на прекинување на дејноста би

Често искажаното спротивставено мислење (посебно од редовите на чешката политичка елита), кое вели дека ќе дојде до „судијократија“ и дека судиите ја узурпираат моќта иако не се избрани демократски и не подлежат на контрола однадвор, би сакал да одговорам дека проблемот лежи токму во спротивното. Доколку претседателот на Републиката донесува одлуки што се квалификувани за навлегување во сферата на конкретните права на едно физичко лице, односно Парламентот покрај законодавната дејност во форма на законите си дава и определени управни надлежности, тогаш како последица на дејностите што излегле од контрола на овие единици од страна на судството би значело дека не подлежат на никаква правна контрола. Ова решение е многу полошо отколку понуденото решение од страна на умерено активистичките управни органи.

4.2 Односот на јавното и на приватното право

Голем проблем на чешкото управно судство претставува фактот што управните судови не ги испитуваат сите случаи што ги утврдил управниот орган, туку само тие што биле склучени од управниот орган во јавноправниот предмет. Оваа концепција беше преземена од важечката регулатива во периодот меѓу војните. Сепак, јас сметам дека за денешно време е апсолутно надмината, неефективна и ирационална.

Со важност од 1 јануари 2003 година, кога почна да важи новата правна регулатива на управното судство, всушност, настана паралелното испитување на одлуките на управните органи. Во случаите, каде што управниот орган донесуваше одлуки во врска со спорот или за некој друг правен предмет, кој резултира од граѓанскоправните, трудово-правните, семејноправните или трговскоправните односи, решаваат граѓанските судови во граѓанската процесна постапка¹³². При примената на јавното право управните судови ги испитуваат одлуките на управните органи. Во практика тоа изгледа така што судот ја одбива тужбата, со образложение дека тужителот е овластен одново да ја достави кај судот надлежен за тој вид предмети, кога ќе биде поднесена тужба, за која судот што ја донесува одлуката смета дека ѝ припаѓа на „друга гранка“ на правосудството. Доколку

требало таквите постапки на поднесувачот на барањето да бидат исправни, со што на Парламентот ќе му се поднесат сите документи што недостигаат, при што овој придонес логично не може да биде толкуван поинаку, освен како отворено барање за повторно почнување на активностите на партијата. Во услови на правна држава е разбирливо што во врска со ова барање мора да се донесе одлука, и тоа позитивна или негативна. Доколку Парламентот смета дека обврските на политичката партија се исполнети, тогаш истовремено доаѓа до повторно почнување на нејзините активности, што практично значи дека опишаната состојба на „парализираност“ била отстранета. Во случај Парламентот негативно да реши, тогаш Врховниот управен суд поаѓа од фактот дека станува збор за одлука на една управна служба, која интервенира во субјективното јавно право на една политичка партија, која може да биде испитана во рамките на управното судство во режимот на управната судска регулатива. На тој начин на Врховниот управен суд му припаѓа правото да ја укине ваквата одлука на Парламентот и да го принуди да добие правен третман. На крајот, треба да се спомене една ситуација во која политичката партија на Парламентот му достави документација, меѓутоа, Парламентот воопшто не се ангажираше со неа и не донесе одлука. Во овој случај, Врховниот управен суд поаѓа од фактот дека може да се поднесе тужба за непостапувањето на управниот орган како судска заштита на политичката партија, на чијашто основа Управниот суд е овластен да му ја наложи обврската на управниот орган (т. е. на Парламентот) да донесе одлука или став и за тоа да утврди разумен рок“.

¹³² членот 244 став 1 Закон за парнична постапка.

ситуацијата е нејасна, сенатот за конфликти еднозначно донесува одлука за тоа кој суд ќе реши, кој е составен паритетно од судии на трибуналот или на Врховниот управен суд.

Сосема е сигурно дека јас овој модел не им го препорачувам на македонските колеги како инспирација, и тоа поради цела низа причини. Во прва линија сосема е спорно во колкава мера постојат јасни граници меѓу јавното и приватното право. Ако ја одбиеме класичната теорија на интереси на Улпијан, според кого тежиштето на јавното право е во јавниот интерес, а на приватното во приватното право, тогаш се поставува прашањето какво е значењето на ова структурирање. Правникот В. Седлачек уште во 1931 година напиша¹³³ дека „разликата меѓу јавното и приватното право денес е политички анахронизам.“ И, навистина, јас не можам да најдам ниту една убедлива аргументација според која настанувањето во однос предметите поврзани со реституција во својата суштина потпаѓа во приватноправната област, додека, на пример утврдувањето на даноците е предмет на јавното право бидејќи во обата случаја станува збор за упад во сопственичкото право.

Правната практика на чешките судови, која беше предизвикана преку споменатата бесмислена законска регулатива, на тој начин води кон такви последици што на пример одлуката околу гаранциите за правни деликти е предмет на управните судови, но во врска со надоместот на штета, сепак, решаваат граѓанските судови. Одлуката во врска со внесувањето на сопственичкото право во катастарската книга подлежи на когниција на граѓанските судови; но за предметите на регистрирање, кои произлегуваат од катастарот, решаваат управните судови. Еден дел од пресудата на финансискиот арбитражен судија, каде што се донесуваат одлуки за казната, решаваат управните судови; еден дел во врска со санкциите, сепак, доаѓа под надлежност на граѓанските судови. Бидејќи ситуацијата мора да се развие, таа поради тоа станува и понепрегледна. За конфискација, на пример, прво донесуваат одлука управните судови, но подоцна, сепак, беше изгласана една нова законска регулатива според која граѓанските судови решаваат за истиот предмет. Каде тогаш постои јасна поделба на јавното и на приватното право? Еден друг пример е внесувањето на ознаката на марки: во 2003 година доминираше мислењето дека станува збор за приватноправна агенда, една година подоцна правната практика повеќе тежнееше кон испитување во управното судство. Тужителот, кој, на пример, ја поднел тужбата во 2002 година, добил одлука за одбивање дури во 2003 година со поука дека тужбата може одново да ја поднесе пред граѓанскиот суд, меѓутоа, доколку го направел тоа, таа одново ќе била одбиена под образложение дека станува збор за јавно-правен предмет. Нема сомнение дека така за него настанува штета од гледна точка на функционалноста на целото судство и настанува една голема и објективно апсолутно необјасливо одолжување.

Затоа јас сум застапник на постојењето на еден единствен систем при испитување на управните одлуки и тоа најдобро исклучително во управното судство. Правниот систем и неговата заштита, всушност, би требало да бидат разбирливи, предвидливи и колку што е можно поволни за примена. Во спротивно, може сериозно да се држиме до принципот дека „незнаењето нема да штити од казна“.

¹³³ Sedláček, Jaromír, *Občanské právo*, Prag, 1931, стр. 53.

4.3 Процесно право и материјално право

Друг невралгичен момент на чешкиот Врховен управен суд е односот меѓу процесното право и материјалното право. Јас, всушност, тврдам дека смислата на процесното право не претставува цел за себе и не постои за себе и дека ќе ја загуби својата оправданост ако сосема се „ослободи“ од материјалното право. Правната практика, сепак, води кон тоа што многу се внимава на процесноправната чистота на одлуките и, од друга страна, се заборава дека тие одлуки, дури и кога формално се перфектни – немаат суштинско значење доколку, на пример, се донесат задоцнето или доколку не е разјаснета суштината. Би можел да документирам стотици примери во кои, на пример, е испитана една градежна дозвола и кога била донесена едногласна судска одлука откако оваа градба веќе била користена повеќе години. Јас ја користам чешката поговорка, која вели дека и покрај дрвјата треба да се види шумата. Тоа претставува голема задача, која, за жал, чешките судови не ја исполнија до сега.

Дури ќе се дрзнам да тврдам дека една од најголемите опасности за судовите е токму давањето приоритет на процесноправната јасност пред одлуката со поставените прашања во реално време, освен тоа и во врска со честата неединственост и како последица на тоа и на непредвидливоста на правната практика. За разлика од една цела низа чешки политичари, јас сметам дека најголемата опасност не е така прокламираната судијократија, туку непостоењето интерес на пазарот на судовите, кои не се во состојба да ја покријат реалната општествена побарувачка. И од моето опкружување мошне добро ми е познато дека најголемиот број субјекти-претприемачи не одат на суд и дека решаваат определени спорови со вонсудски средства, најголемиот број средства се легални, но понекогаш се и нелегални. На тој начин настанува сликата на виртуелната судска практика, во која судовите од една страна се преоптоварени, сè уште имаат илјадници неразрешени случаи, но реалниот живот, сепак, си нашол сосема поинакви механизми на решавање на општествените конфликти и судовите создаваат свој микросвет, кој за јавноста, за жал, е сосема неинтересен.

4.4 Управна процена

Темата управна процена заслужува да биде запишана во посебна монографија. Поради ограничениот простор, морам да се изјаснам многу кратко и да се концентрирам исклучително на суштината на проблемот: дали воопшто може во услови на една демократска правна држава да се зборува за апсолутна управна процена? Според моето мислење, тоа не е можно. Развојот на правната практика на управните судови во Република Чешка јасно го потврдува ова мислење.

Заради подобро разбирање си дозволувам еден конкретен пример: барањето за здобивање државјанство.¹³⁴ Уште во 30-тите години на 20 век постоеше неподелено

¹³⁴ Јас детално се занимавам со ова прашање (заедно со П. Молк) во статијата со индикативниот наслов: Доделување државјанство – на патот на милоста на државата кон управната процена, која може судски да се испита (во: *Právník* бр. 2/2005, стр. 137-156).

мислењето дека „доделувањето државјанство претставува чин на милост од страна на државата, која треба да земе предвид дека државјанството не им го доделува на тие лица, кои како резултат на својот морален квалитет, од политички или економски причини, би можеле да ѝ наштетат на државата или да бидат непријатни“.¹³⁵ Ова мислење, кое има значење на начело, беше преземено и во тогашната правна практика, според која се сметаше дека „тоа е сосема работа на самоволието на политичката служба, дали на поднесувачот на барањето ќе сака да му додели државјанство или не, и службата по своја процена не е врзана за законската директива во една или друга насока. Доколку законот содржи одредба според која би можело да се изведе субјективното право на странката за доделување на чехословачкото државјанство, тогаш во соопштението за одбивање на тужената служба не може да се предвиди скратување на субјективното право на подносителот на жалбата, против кое може да поднесе жалба само пред Врховниот управен суд. Доколку странката тогаш не добие никакво право за доделување чехословачко државјанство, таа не може да поднесе жалба дека не ѝ биле наведени причините за одбивањето“.¹³⁶ Оттука може да се заклучи дека се поаѓаше апсолутно од управната процена на управниот орган, која на крајот на краиштата и не мораше да биде образложена и која, навистина, не можеше ни судски да се испита.

Овој правен став, во принцип, беше преземен и по 1990 година. Трибуналот во Прага¹³⁷ на пример пресуди „дека доделувањето државјанство ниту било ниту е правно барање. Доделување државјанство на барање на граѓанинот од некоја туѓа земја историски гледано отсекогаш било само израз на суверенитетот на државата. Тоа исклучително е во доменот на слободната процена на државната власт, дали на некој странски граѓанин ќе му додели државјанство или не. Овој принцип е апсолутно непроменлив и за него нема никакви сомнежи. Конструкцијата на правно барање за доделување државјанство во вакви случаи би ја ставила под прашање државната власт и само по себе тоа не е можно. Затоа условите што ги утврдува законот за доделување државјанство го немаат правното значење дека државјанството, доколку се исполнети условите, мора да се додели. Неисполнувањето на условите значи дека на едно вакво лице и по апсолутно слободната процена, не може да му се додели државјанството на Република Чешка. Бидејќи тука не постои правно барање за доделување државјанство, не постои ни субјективно право на поднесувачот на барањето да му се одобри барањето, дури и кога ги исполнува законски предвидените услови или ако бил изоставен од обврската за нивно исполнување. И ако овде не постои субјективно право, тогаш ни поднесувачот на барање не може во вака непостојно право да биде скратен во своето барање, што претставува основен услов за судско испитување на управниот акт“.

Со одредбата на Врховниот управен суд во 2003 година стана можно да се набљудува едно будно поместување во правната практика. Посебно јасен е стремежот на Врховниот управен суд да оствари определен притисок на министерството, во случај на од-

¹³⁵ Slovník veřejného práva československého, svazek II., Polygrafia, Brno 1932 (reprint EUROLEX BOHEMIA, Vimperk 2000), стр. 984.

¹³⁶ Види на пример пресуди на Врховниот управен суд Boh. A 2431/23 (19282/22), Boh. A 2459/23 (14695/22) односно Boh. A 4538/25 (5879/25).

¹³⁷ Одлука од 29. 12. 1997 г., ознака на актите 6 A 77/97.

бивање да се додели државјанство, тие известувања да бидат регуларно образложени и известувањето за одбивањето на тој начин да може да биде и преиспитано. Така, на пример, Врховниот управен суд во врска со предметот со ознака на актите 6 А 94/2002¹³⁸, донесе одлука дека „чисто општата констатација дека не постои право на побарување за доделување државјанство на Република Чешка мора да се смета за недоволна и дека не одговара на управната регулатива, според која одлуката мора да се заснова на добро истражен предмет и управниот орган во образложението наведува кои биле фактите што довеле до таа одлука, според која процената се водел управниот орган, кои факти биле основа за одлуката, кои размислувања биле водечки при процената на доказите и примената на правните прописи, на чија основа се темели одлуката“.

Актуелната правна практика оди многу подалеку.¹³⁹ Имено, таа дојде до заклучокот дека иако не постои право за здобивање државјанство, сепак ова право може да биде изведено. Од субјективното право за доделување државјанство не резултира правото на одобрување на барањето, меѓутоа оттаму резултира обврската на управниот орган да води уредна управна постапка во врска со доставено барање, кое ги исполнува законски утврдените услови. Затоа во оваа управна постапка мораат да бидат зачувани процесните права и да се спречи дискриминацијата и самоволието. Оттаму, и законски утврдената управна процената, во овие случаи секогаш е ограничена преку уставните принципи, од кои произлегува дека и таму каде што донесувањето една одлука зависи исклучително од процената на управниот орган, овој орган преку забраната за самоволие, упатството во слични ситуации да донесува слични одлуки и во исти случаи да донесува исти одлуки (различноста на одлуките во исти или во слични случаи секогаш може да биде израз на уставноправно самоволие) е ограничен, т.е. преку принципот на еднаквост, принципот на дискриминација, упатството за зачувување на човечкото достоинство, како и преку обврската да ги наведува исклучително критериумите што биле применети во текот на процената, да наведе кои доказни средства биле собрани, кои докази биле искористени и како биле проценети и која содржина и правна одлука е добиена. Во овој контекст би требало да се упати на препораките на Европскиот совет на министри бр. (80) 2 во врска со спроведувањето на управната процената од страна на управните органи, кои поставуваат цела низа барања во врска со спроведувањето на управната процената (забрана да се следи друга цел, освен таа што била утврдена со надлежноста за дискреција; објективност и неутралност; еднаквост и забрана за дискриминација, пропорционалност меѓу негативните последици на одлуката за право, слобода и за интересите на личноста и на целта што се следи), како и барањето за испитување на законитоста на управното мерење преку судот или преку некој друг независен орган. Конкретно, тоа значи дека управниот орган е врзан за законот и затоа не смее да бидат изведени никакви други услови за доделување државјанство, кои законот не ги предвидува конкретно. Исто така, самоволието не смее да постои ни при процената на исполнувањето на условите, кои се конкретно утврдени со закон. И при процената обвинетиот е врзан за општите уставни принципи и вредности, како што се, на пример, пропорционалноста, еднаквоста, досто-

¹³⁸ Слично види, и на пример, во пресудата на Управниот суд од 9. 1. 2004 г., ознака на актите 7 А 31/2002.

¹³⁹ Особено види и, на пример, во пресудата на Управниот суд од 4. 5. 2006 г., ознака на актите 2 As 31/2005.

инството, легитимното очекување на учесниците, правната сигурност, предвидливоста итн. Во оваа насока да се појде од вообичаеното толкување на пропорционалноста, која – во поширока смисла се сфаќа како општа забрана на прекумерни упади во правата и слободите – и во себе содржи три принципи: соодветноста на посакуваната цел, што е заштита на некое друго основно право или јавна сопственост; нужноста според која се одобрува да се користи само најблагото од сите можни средства, и соодветност во потесна смисла, што значи дека занемарување на едно основно право во однос на целта што се сака да се постигне не смее да биде несоодветна.

Си дозволувам да завршам со тоа дека мислата за управната процена наспроти основниот атрибут на правната држава, според која јавната власт може да го прави само тоа што законот конкретно ѝ определува, нема основа. Во рамките на поединечните државни органи, всушност, мора да постои определена хармонија: законодавецот ги дефинира општите услови, а управниот орган ги применува во конкретниот случај и управниот суд на крајот контролира дали постапката на управниот орган соодветствува на законските услови и дали од негова страна не постои неприфатливо самоволие.

И при примената на неопределени правни термини мора постојано да се инсистира одлуката на управниот орган да биде предвидлива и рационална. Тоа конкретно значи дека, на пример, еднаш спроведено толкување на условите за исполнување на некое определено барање треба да се примени и при процената на барањата и во другите случаи.

4.5 Предвидливост на управната одлука

Сега веднаш преминувам на една голема тема, а тоа е предвидливоста на управната одлука. Многу едноставно кажано, одлуката на еден управен орган е предвидлива доколку е во согласност со досегашната практика на донесување одлука и доколку е донесена во една процедура што не само што одговара на правната регулатива, туку одговара и на поранешните дејствувања на тој орган. Барањето за предвидливост го наоѓаме нормативно претставено во управната регулатива, како и во различните кодекси и правила на добрата управна практика. За да бидам краток, ќе укажам барем на членот 10 став 2 од Европскиот кодекс на една регуларна управна практика, кој претставува толкување на членот 41 од Повелбата за човековите права на ЕУ¹⁴⁰, според која „службеникот мора да ги исполни потребните и соодветни очекувања, кои јавноста ги има во врска со минатото дејствување на соодветната институција“.

Барањето за предвидливост на управната одлука го сметам за исклучително значајно и тоа посебно од две причини. Прво, тоа има определена превентивна функција: информираниот учесник во постапката однапред може да си создаде слика за тоа како ќе дејствува управниот орган и колкава можност за успех има поднесувачот на барањето. Второ, предвидливоста претставува обезбедување од самоволието на управниот орган,

¹⁴⁰ Членот 41 од Повелбата го регулира и конкретизира правото за добра администрација, посебно во смисла на гаранциите за неутралност и за праведност при донесувањето одлуки во разумни рокови, правото на сослушување и на пристап до информации.

која во определени случаи може да доведе до создавање клиентела или до корупција. Затоа барањето за предвидливост повторно се прифаќа во правната практика на управниот суд и на уставниот суд.

Уставниот суд, на пример, спомена¹⁴¹ дека „Министерството како орган на јавната власт е врзано за општодефинираната уставна граница за дејноста на органите, што го претставува постулатот според кој може и истовремено мора да го направи тоа што го утврдува законот. Едно од обележјата на правната држава и на нејзините основни права е принципот на правна сигурност, чијашто неменлива компонента не е само предвидливоста на правото, туку и легитимната предвидливост на постапувањето на органите на јавната власт во согласност со правото и со законски утврдените барања. Оваа предвидливост во постапување на органите на јавната власт претставува изразување на една максима, врз чијашто основа во една демократска правна држава човек може да се потпре на тоа дека никој, т.е. ниту физичко ниту правно лице, не треба да биде разочаран во вербата во постојното право. Содржината на цитираните одредби дека, всушност, државната власт може да се користи само во случаи, граници и постапки, кои ги утврдува законот, не може да се сфати како слободна процена на државните органи дали ќе дејствуваат така или не, туку напротив, како обврска таа моќ да ја покажат таму (на законски начин), каде што е неизбежно зашто тие што ѝ се потчинети на државната власт во овие две насоки на законската власт ја сочинуваат основата на правната држава“.

Врховниот управен суд потоа објаснува¹⁴²: „дури и кога управниот орган во својата одлука не е врзан за точните законски утврдени критериуми и кога донесува одлука во рамките на слободната управна процена, неговите постапки и одлуката мораат да бидат сфатливи и мора да биде очигледно дека не постои застранување од границите и ставовите на управната процена. Затоа управниот орган мора и во овие случаи да ги почитува како процесната постапка така и елементарните правни принципи на управната одлука (принцип на правна сигурност, рамноправност на лицата за чиишто права се преговара – со слични одлуки во слични случаи итн.). Незаконитоста на една одлука така може, меѓу другото, да се состои токму и во пречекорувањето или злоупотребата на утврдените намери на управната процена преку управниот орган или да биде предизвикан друг начин преку прекршување на процесните прописи“.

Во една друга пресуда¹⁴³ Врховниот управен суд утврди дека „принципите на забрана на самоволието и на необразложениот нееднаков третман и на принципот на врзување на управните органи на сопствената управна практика, во случајот резултира со тоа што законот му дава слободен простор за процена кога е создадена таквата практика; под слободен простор за процена овде се подразбира и тоа во кој рок управниот орган донесува одлука во тој предмет, доколку ваквиот рок не е конкретно утврден со правните прописи. Овој принцип наоѓа вообичаена примена во

¹⁴¹ Пресуда, ознака на актите IV. ÚS 690/01, во: www.nalus.usoud.cz.

¹⁴² Пресуда од 30. 11. 2004г., ознака на актите 3 As 24/2004, во: www.nssoud.cz.

¹⁴³ Пресуда од 28. 4. 2005 год., ознака на актите 2 Ans 1/2005, во: www.nssoud.cz.

развиените правни системи на западна Европа (во Германија се вели „самоврзување на управата“). Доколку некоја управна практика е регулирана со внатрешни прописи, тогаш е дозволено (а истовремено и нужно) како исклучок во некој конкретен случај да се отстапи од него, кога станува збор за некој посебен и типичен случај. Управниот орган, сепак, може само општо да отстапи од определената управна практика, која е создадена, и тоа да отстапи само pro futuro, од рационални причини за сите случаи што во практика се засегнати од воведената постапка на управниот орган“. Во конкретниот случај судот го одби приговорот на даночната управа дека рокот за завршување на даночната постапка е утврден само преку внатрешна директива, а не со правен пропис и дека затоа не станува збор за прекршување на законот доколку не се зачува тој рок.

Притоа е битно што контролата на одржувањето на предвидливоста на донесувањето одлуки на управните органи може да биде ефективна само тогаш, ако стојат на располагање податоци од поранешната практика. Доколку, на пример, еден даночен субјект поднесе барање за ослободување од парична казна, тогаш се разбира не постои сомнеж дека таквото ослободување нема сам по себе можност да го побара. Меѓутоа, ако докаже дека во слични случаи во минатото таквата парична казна била отфрлена и ако може да се зборува за цврста практика, тогаш треба да се дозволи ова барање доколку, се разбира, управниот орган објасни по што овој случај, фактички, односно правно се разликува од другите случаи. Значи, на ваквиот субјект треба да му се препорача прво да ги побара нужните информации од управниот орган (во законскиот режим тоа е слободното право на пристап до информации) и тоа, исто така, анонимно, за дури потоа, на крајот да процени дали ќе го поднесе или не барањето за ослободување од парична казна. Се разбира, и внатрешните директиви би требало да бидат отворени, според кои управните органи се раководат при извршувањето на слични барања.

Според моето мислење, логичката последица на ставот дека една донесена правна одлука не е предвидлива значи дека укинувањето треба да се одбива преку управниот суд. Според управната судска регулатива, судот ја укинува оспорената одлука поради противзаконитост и тоа и во тие случаи кога ќе утврди дека управниот орган ги пречекорил или злоупотребил законски утврдените граници на управната процена. Токму во овие случаи ја гледам злоупотребата на управната процена во смисла на прекршување на принципот на легитимното очекување.

4.6 Карактерот на преседан на судските одлуки

Проблем што во голема мера ја поткопува областа на управното судство е задолжителниот карактер на судските одлуки. Во чешката правна култура сè уште доминира ставот дека судските одлуки не се преседан и затоа не претставуваат правни извори, туку само поединечни правни дејства, со исклучително задолжителен карактер *inter partes*. Ова многу силно застапувано мислење се одразува посебно во неподготвеноста на судиите од подолните инстанции, да ја почитуваат правната практика на надредените

судови, што, конечно, секогаш паѓа на товар на учениците на постапката бидејќи овие постапки можат да се одолжат и трошоците можат да се зголемат.

Во врска со ова моето мислење е тоа дека вистинската причина на овој феномен не е толку многу неподготвеноста на судиите, туку неразбирањето на тоа што, всушност, претставува случај на преседан и во оваа насока треба да се вложи уште многу работа заради разјаснување. Имено, треба да се појде од околноста дека целата внатрешно-државна правна регулатива почива врз принципот на внатрешнодржавна хармонија и хиерархиска структурираност. Оваа основна максима при толкувањето на нејзините поединечни составни делови може да се посматра како доминантен аспект. Доколку оттаму, во согласност со Уставот, важи дека судијата е обврзан во однос на законите (членот 95), тогаш оттаму нужно следува дека тој е врзан за уставната регулатива (аргумент а *minor ad maius*). Од обврската за толкување, која е уставноправна, и примената на правните прописи, следува дека сите субјекти што го применуваат правото се обврзани да постапуваат така што избраното толкување на правните прописи да биде во согласност со уставната регулатива и тоа строго според словото на конкретните уставни норми и уставни принципи и вредности, што често во уставните текстови не е изразено *expressis verbis*. Дури ако едно вакво толкување не е можно, добро е одредбите на правните прописи што се против Уставот да се отстранат преку соодветните механизми. Гледано во овој контекст, ова толкување треба да се почитува и во слични *Causae*, кога на пример Уставниот суд во некои од своите одлуки формулира толкување на уставна регулатива, која е во согласност со уставноправните норми, дури кога станува збор за посебни процесни постапки. Друго толкување сметам дека е нелогично бидејќи врзувањето за толкувањето на нормите на надзаконските (уставноправни) сили за судовите мора да биде меродавна при примената на обичното право. Може да се превиди околноста дека спротивна одлука како последица ќе има нерамноправен третман во одделните судски постапки и непредвидливост на судските одлуки што, секако, претставува прекршок, кој ќе достигне уставен интензитет. Исто така, не смее да се превиди дека меродавниот општествен елемент на општите судови и на Уставниот суд претставува нејзина задача што е содржана во членот 4 од Уставот што, пак, е заштита на основните права и слободи. Меѓу сите составни делови на судството мора да постои содејство и хармонија, а не анимозитет. Во услови на постоење правна држава е несфатливо еден суд – со свеста за единствена и јасно согледлива правна практика на Уставниот суд или на некој друг надреден суд – со повикување на словото на законот да избере едно такво негово толкување, кое овие закони ги означува како противуставни, односно противзаконски. Во согласност со општото сфаќање на преседаните, тврдам дека застранувањето од одлуката на еден суд од повисока инстанца може да се примени само во исклучителни случаи и тоа тогаш кога законската регулатива била изменета; оваа правна практика по себе би била нејасна и затоа не би ја претставувала т.н. установена (константна) правна практика; таа не би се соочила во доволна мера со сите можни и важечки основни позиции на аргументирањето и, истовремено, од содржината на една ваква одлука и од конкретните околности на самиот предмет би било јасно дека таа пропуштена споредба била ненамерна и последица на занемарување и би настанало принципиелно менување на

општествените и на стопанските односи, што општиот суд во својата пресуда убедливо го образложи.¹⁴⁴

Поинаку кажано, основата за неразбирање на прашањето за задолжителниот карактер на одлуките на повисоките судови претставува факт што чешкиот адвокат често ја гледа концепцијата на задолжителност на случајот преседан како модел на законска обврзаност, додека англо-американскиот адвокат ја посматра како концепт на толкување. Оттаму често претставува грешка што постојаната и по себе неконтрадикторна правна практика се гледа како еднаква со правните прописи (закони) бидејќи станува збор за обврзувачка толкувачка нишка при донесување на одлуките во фактички и во правно гледано слични случаи од кои, можеби, е можно застранување, но само во исклучителни и рационално аргументирани случаи, чијашто посочувачка контура била спроведена.

4.7 Допуштање селекција – дали можат вишите судови да си ги избираат случаите за кои ќе донесуваат одлука?

И оваа последно избрана тема ја пречекорува областа на управното судство. Прво поставеното прашање треба да се стави во еден општ контекст. Тврдам дека во секоја правна практика постои определена тензија меѓу двата интереса: меѓу интересот за апсолутна праведност и интересот за ефективно правно дејство. Освен тоа, сметам дека сфаќањето на поларитетот на овие два интереса во условите што постојат во Република Чешка е јасно деформиран, и тоа преку погрешното разбирање на поимот „праведност“. Овој поим често се толкува во голем број процеси (види дел 4.3.), меѓутоа не материјално-правно. Затоа Уставниот суд мошне добро формулира¹⁴⁵ кога вели дека „*ниту една правна одредба не може да се создаде ad infinitum од гледна точка на системот на процесни средства заради заштита на правата и во врска со системот на структурирање на иследувачките инстанци. Секоја правна практика носи и, условно земено, мора да носи со себе определен број грешки. Иследувачката и испитувачка фаза може ваквите грешки реално да ги намали на минимум, но не може сосема да ги отстрани. Системот на иследувачките инстанци, оттаму, претставува резултат на одмерување на силите од една страна на стремежот на доминација на правото, а од друга страна на ефективност во донесување одлуки и правната безбедност. Од гледна точка на овој критериум, воведувањето на вонредните правни лекови, т. е. продолжувањето на постапката и раскинување на принципот на непроменливост на одлуките, кои веќе се правосилни, само во исклучителни случаи е соодветно*“.

Во Република Чешка во последните 20 години се случи неверојатен пораст на институционалните гаранции на праведноста во смисла на создавањето други инстанци и апелациски лекови. Судската постапка во две инстанци веќе се сфаќа како минимум, во кривични и граѓански предмети згора на тоа постои и можност до трибуналот да се достави вонреден правен лек, а да не говориме за различните уставни жалби, кои мо-

¹⁴⁴ Види ја на пр. пресудата на Врховниот управен суд, ознака на актите 2 Afs 180/2004, во: www.nssoud.cz.

¹⁴⁵ Пресуда во ознака на актите Pl. ÚS 15/01, во: www.nalus.usoud.cz.

жат да се поднесат до Уставниот суд. Навистина станува збор за еден систем од четири инстанции. На подрачјето на уставното право тогаш важи дека една управна постапка егзистира во две инстанции, понатаму се дозволени тужба до покраинскиот окружен суд и касациска жалба до управниот суд. Се разбира дека и тука постои можноста од натамошно испитување преку Врховниот управен суд во рамките на постапката преку уставна жалба.

Затоа овој систем е многу скап, неефективен, се однесува непредвидливо и, пред сè, е многу бавен. Решението при тоа сигурно не е зголемениот број судии или засилување на буџетот на судовите. Затоа е сосема легитимно да се постави прашањето дали не е подобро во случаите со трибуналите (вклучително и Уставниот суд) барем делумно да се инспирираме од модел на постапки пред американскиот трибунал и да го смениме начинот на третирање на поднесените барања. Тоа значи дека треба да се откажеме од правото за поединечна праведност во секој поднесен предмет (ретроперспективна перцепција) во прилог на селективен избор на случаите на преседан (перспективна перцепција). Или, многу појасно кажано: се поставува прашањето дали не би било значително подобро доколку трибуналите место одлуките на илјадници случаи годишно, при што се разбира дека тие одлуки не можат во задоволителна мера да се аргументираат, подобро е да изберат десет случаи за кои, навистина, сакаат да донесат одлука на начин и со примена на една аргументација, која ќе го надмине значењето на тој еден предмет, а другиот дел да го одбијат a limine.¹⁴⁶

Во случајот со Република Чешка до сега постои еден единствен случај за законски директно утврдена можност за селекција: прифаќањето касациска жалба во врска со прашања за азил преку Врховниот управен суд. Имено, според законската регулатива, важи (членот 104а, став 1 од управната судска регулатива): *„доколку касациската жалба во врска со прашањата за азил според своето значење суштински не ги надминува сопствените интереси на носителот на жалбата, тогаш Врховниот управен суд ќе ја одбие поради неприфаќање“*. Натаму важи дека прифаќањето на една ваква одлука бара едногласност и дека оваа одлука не мора да биде образложена. Треба да се додаде дека донесувањето одлука во овие прашања беше пренесено од првично тричлениот сенат на петочлен сенат. Или како што вели објаснувачкиот извештај во однос на нацрт-законот¹⁴⁷: *„доколку поднесувачот на жалбата секогаш има право својот предмет да го пренесе на судот, тоа соодветствува со обврската на судот да го прифати предметот и да го извести поднесувачот на жалбата, но нема обврска за мериторно судење. Работа на судот е да процени (во согласност утврдените критериуми), дали предметот не е од значење само за поднесувачот на барањето и во согласност*

¹⁴⁶ Ова размислување, се разбира, не е оригинално и, меѓу другото, се базира и на извештајот на Комисијата за растоварување на Сојузниот уставен суд (Сојузно министерство за правда, Бон, 1998), од кој, меѓу другото, произлегува дека сегашниот систем има за последица судот да работи со приоритет што е поставен наопаку: колку побезначаен и побесмислен е еден предмет, толку побрзо се завршува, додека потешките и побитните предмети траат подолго“ (стр. 31).

¹⁴⁷ Печат на Парламентот бр. 882/0 во издание со предлозите за промени во печатот бр. 882/4, Парламент, IV. Изборен период, во: www.psp.cz.

со тоа да донесе одлука за неприфаќање на касациската жалба, или неа мериторно да ја пресуди и да донесе одлука“.

Од практиката на одлуки на Врховниот управен суд произлегува дека постојат четири причини за прифаќање на касациската жалба: (1.) станува збор за прашања што до сега не биле разјаснети во правната практика; (2.) предметните правни прашања биле разјаснети во правната практика, меѓутоа на различен начин и постои нужност од донесување единственост на правната практика; (3.) станува збор за т.н. застранување од правната практика, т. е. сенатот на управниот суд што донесува одлуки доаѓа до заклучок дека иако била донесена одлука за правното прашање од страна на судот, и тоа на еден принципиелно установен единствен начин, сепак оваа правна практика е погрешна и конечно (4.) касациската жалба се повикува на принципиелните грешки на покраинскиот окружен суд, кои се одразуваат врз материјалноправната позиција на поднесувачот на жалбата.

Се осмелувам да тврдам дека овозможувањето на селекцијата кај судовите, веројатно, претставува најразумен најнефективен пат за подобрување на нивната работа. Истовремено, не може да сокријам, а да не кажам дека досегашните искуства со овој прв посериозен обид за селекција на опишаниот пример повеќе се негативни и дека се покажа дека постојниот менталитет на чешките судии игра пресудна улога. Отворено кажано: најголемиот број судии не можат да се ослободат од научените претстави дека нивна задача е сите поднесени барање детално да ги испитаат, а не само да „си изберат“ неколку од нив за донесување мериторна одлука. Тогаш резултатот е фактот што одлуките со кои касациските жалби биле одбиени поради неприфатливост, се исто толку долги и детални како и претходните мериторни одлуки за одбивање. Најголемиот проблем е потоа да се стане свесен дека и касациската жалба е заснована на прв поглед, и дека како таква не мора нужно да биде прифатлива и оттаму управноправно би требало да се одбие.¹⁴⁸

Овој пример јасно покажува дека најтешкиот дел од работата на секоја судска реформа не е да се донесе некоја законска регулатива, односно да се стават пари во буџетот на Министерството за правда и да се вработи уште персонал, туку дека најтешка е промената на начинот на кој судиите гледаат во врска со нивните досегашни службени навики.

¹⁴⁸ Типичен пример е приговорот што го достави покраинскиот окружен суд и без барање за усна расправа донесе пресуда. Како и да е основан овој приговор и доколку судот, навистина, ги прекршил процесните правила за усна расправа, тој треба да води кон прифаќање на касациската жалба доколку поднесувачот на барањето регуларно објасни што би сакал да има важност во случај на усна расправа пред суд. Значи, расправата пред суд не треба да биде цел за себе, туку би требало да води кон поднесување конкретни приговори.

Д-р Ото Малман

Судија-претседавач на Сојузниот управен суд, Лајпциг

**Јавната усна расправа во постапката на управните спорови:
средство за обезбедување квалитет и предуслов за фер постапка**

1. Според **германското управно процесно право, пресудите, начелно, мораат да произлезат од усна расправа** (членот 101 од Законот за управни спорови - ЗУС). Доколку постапката тече низ повеќе инстанции, тогаш барем во една инстанца треба да има усна расправа. Меѓутоа, во сите инстанции учесниците можат да се откажат од своето присуство во усната расправа. Одлуките што не се пресуди (на пример во постапките на привремена правна заштита), начелно, не мораат да произлезат како резултат од усна расправа.

Усната расправа треба, пред сè, да го обезбеди квалитетот на одлуката. Утврдувањето на фактите и примената на правото во директен дијалог со учесниците во постапката треба да овозможи донесување правилни одлуки и истовремено да го зголеми прифаќањето на одлуките. На тој начин тоа служи за здобивање доверба во судството и за обезбедување правен мир. Ова се однесува на учесниците во постапката и – бидејќи усните расправи, по правило, се јавни – на општеството во целина (за ова види повеќе под точка 3).

2. Германската правна практика се ориентира кон **членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП)** и кон правната практика што е изведена оттаму во рамките на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП).

Тој член бара одржување јавна усна расправа во рамките на една фер постапка. Членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права за таа цел претполага постоење на граѓанско-правен спор. Ова се сфаќа во една мошне широка смисла на зборот. Опфатени се сите постапки, чиешто резултати се директно пресудни за граѓанскоправните барања и обврски. Тука, според не секогаш консеквентната последичност на Европскиот суд за човекови права, спаѓаат, на пример, следниве постапки: дозволи за продажба на имот, дозволи за земјиште, градежни дозволи, постапки за контрола на нормите во градежното право, постапки на експропријација, постапки за прераспределба на земјиште, дозволи за извршување професии и занаети, одобренја, лиценци, дозволи во врска со здруженија, правни спорови за имиња, барања за надомест на штета против државата, постапки што произлегуваат од правно-социјални осигурителни барања, еколошки барања за заштита, спорови за самоуправното право на една општина. Европскиот суд за човекови права не ги смета за граѓанскоправни спорови, на пример, споровите од областа на правото за странци и за азил, правото за државјанство и даночното право¹⁴⁹.

За да се избегнат компликуваните разграничувања, германското законодавство и правната практика во врска со управноправните спорови се ориентираат, генерално, според барањата на членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права.

Членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права предвидува дека во споровите во врска со граѓанскоправни барања треба да се одржи јавна расправа. Европскиот суд за човекови права во постојната правна практика донесе одлука дека во ваквите постапки, **начелно, мора да се одржи јавна усна расправа**¹⁵⁰. Членот 6, став 1 од

¹⁴⁹ Види како докажуваат Мајер-Ладевиц, Европска конвенција за човекови права, 2. изд. 2006 г., стр. 103 ff.

¹⁵⁰ Види ја на пр. пресудата од 19 февруари 1998 г., бр. 8/1977/792/993 – Јакобсен/Шведска; други прикази

Европската конвенција за човекови права бара дословно само **јавна** расправа. Оттаму, Европскиот суд за човекови права заклучува дека тоа го има како последица правото за одржување **усна** расправа. Јавниот карактер на судската постапка, според ставот на Европскиот суд за човекови права, претставува еден од основните принципи содржани во членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права¹⁵¹.

Исклучоци од нужноста за одржување усна расправа, според правната практика на Европскиот суд за човекови права, постојат само ако се исполнети некои строги предуслови, ако невообичаени околности оправдуваат да не се одржи усна расправа. Ваков исклучок е можен во постапките во кои исклучително станува збор за правни прашања¹⁵². Се мисли на постапките каде што станува збор само за едноставни правни прашања, без притоа да произлегуваат проблеми при утврдување и процена на фактичката состојба. Европскиот суд за човекови права натаму предвидува исклучок од барањето за усна расправа посебно кај определени тужби против барања за социјалното осигурување ако станува збор за „чисто технички“ прашања, ако постапката опфаќа голем материјал во бројки и ако резултатот во голема мера зависи од лекарско вештачење¹⁵³.

Членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права начелно гарантира само усна расправа во **еден** степен. Затоа, Европскиот суд за човекови права смета дека е целесообразно доколку во првиот степен се расправа усно¹⁵⁴. Доколку во првиот степен се расправа усно, тогаш е нужна повторена усна расправа во вториот степен само под определени околности, на пример доколку учесникот поднел суштински приговори против утврдувањето на фактите¹⁵⁵. Начелно е можно отсуство на учесникот во постапката на усната расправа. Тоа отсуство мора јасно да се образложи. Отсуството може да се претпостави и тогаш кога националното право предвидува усна расправа по доставување барање, меѓутоа, учесникот во постапката не поднел такво барање. Меѓу другото, во еден шведски случај Европскиот суд за човекови права прифати неодржување усна расправа бидејќи тужителката не поднела барање за усна расправа¹⁵⁶.

3. Германското управно процесно право го нагласува значењето на усната расправа. Најзначајните одредби се членот 101 и другите членови од Законот за управни спорови. Таму се регулирани подготовките и текот на усната расправа.

Прашањето за **јавниот карактер** на усната расправа во Германија се регулира одделно. Според членот 169 и другите членови од Законот за судовите, усните расправи, по правило, се јавни. Во управно-судските постапки исклучително се ретки исклучоците од ова правило (на пример, заради заштита на приватноста или поради загрозување).

кај Мајер-Ладевиц, а.а.О. стр. 136

¹⁵¹ Пресуда од 24 јуни 1993 г., бр. 17/1992/362/436 - Шулер-Цграген/Швајцарија - ЌЈЗ 1994, 1938

¹⁵² Пресуда од 24 март 2005 г., бр. 54645/00 – Озингер/Австрија - ЌЈЗ 2006, 255

¹⁵³ Пресуда од 8 февруари 2005 г., бр. 55853/00 – Милер/Шведска -; види и пресуда од 24 март 2005 г., а.а.О.

¹⁵⁴ Пресуда од 8 февруари 2005 г., бр. 55853/00 Rn. 70 – Милер/Шведска-

¹⁵⁵ Види Европскиот суд за човекови права, пресуда од 8 декември 1983 г., EuGRZ 1985, 225 – Лаксен/ Германија

¹⁵⁶ Пресуда од 24 јуни 1993 г., бр. 17/1992/367/436 - Шулер- Цграген/Швајцарија -

Мошне значајна одредба за усната расправа е членот 104 од Законот за управни спорови. Според оваа одредба, претседателот заедно со учесниците треба да го разјасни предметот на спорот. Овој разговор со учесниците за фактичките и за правните прашања на случајот е од централно значење. Тој има функција на учесниците да им овозможи правно да бидат сослушани и да ги заштити од одлуки што можат да ги изненадат. Од една страна, треба да се разјасни фактичката состојба, која од гледна точка на судот е клучна во донесувањето одлука. Од друга страна, разговорот се однесува на правните импликации, кои произлегуваат од тој предмет. Претседателот ги именува правните прописи, кои, според првичната процена на судот се значајни. Тој соопштува кои можности на толкување постојат во конкретниот случај и со учесниците разјаснува што е тоа што говори во прилог, а што говори против некое толкување. Често претседателот оди и чекор понатаму. Тој дава до знаење кое толкување судот го претпочита како резултат на претходното советување.

Учесниците можат потоа да видат кон кој резултат се стреми судот. Тука претседателот не смее да оди предалеку. Тој не смее судот да го насочи кон определено толкување. Напротив, судот мора отворено да покаже аргументи и да биде подготвен, да го стави под прашање првичниот став. Според искуствата во германската практика, овој пристап се оценува позитивно од страна на учесниците. Тие, најчесто, ја ценат отворената аргументација што им дава можност прецизно да заземат став во врска со точките што се клучни за одлуката. Од друга страна, судот како резултат на интензивниот устен дијалог има можност во причините за пресудата да навлезе поточно во аргументите на тужителот и на тужениот и на тој начин да го подобри квалитетот на пресудата. Ако тужителот не е застапуван од страна на адвокат, најчесто преку дијалог со судот станува јасно објаснувањето на тужителот. Меѓутоа, и адвокатите ја ценат отворената аргументација, како и можноста прецизно да навлезат во тоа што е клучно од гледна точка на судот.

Општо земено, отворениот разговор и интензивниот стремеж за правилна одлука го зголемува нејзиното прифаќање како од страна на учесниците, така и од општеството. Квалитетот на судските одлуки посебно се одмерува преку околноста дали тие одлуки создаваат правен мир. Тоа е посебно тешко во однос на тој што губи. Кога тоа лице ја напушта судницата, нема да биде задоволно со резултатот. Но, ако мора да сфати дека одлуката била донесена во фер постапка, тогаш е постигнато многу.

За ваквото прифаќање – така е барем според мислењето на голем број судии во Германија – во писмената постапка постојат значително помали можности. Затоа учесниците, начелно, би требало да бидат сослушани во јавна усна расправа. Доколку се согласуваат со писмена постапка, тогаш можат да дадат определено објаснување. И Советодавната комисија на европските судии (CCJE) при Европскиот совет нагласува дека усната расправа претставува дел од централните фактори за квалитет на судските одлуки.

Создавањето правен мир и надвор од учесниците ја создава нужноста од јавност на постапката. Таа треба да создаде прифаќање и доверба во квалитетот и објективноста на правната практика и во исто време да создаде и можност за контрола на правната практика преку општиот карактер. Со јавниот карактер на усната расправа на управниот суд

управата треба во исто време да се подложи на контрола од страна на јавноста. Орган што донесува одлука во врска со граѓанинот мора да смета на тоа дека одлуката ќе се испита во јавна усна расправа и дека ќе бидат присутни и претставници од медиумите. Ова истовремено, може да има позитивни реперкусии врз квалитетот на работата на управните органи.

б) Покрај тоа, според германското управно процесно право, под определени предуслови може место пресуда, да се донесе одлука и без усна расправа. Пресудна беше намерата на законодавецот да ги забрза постапките со помал степен на сложеност и така да ги растовари управните судови.

Членот 84 од Законот за управни спорови за постапките од прв степен предвидува можности (ова не е обврска), да биде донесена одлука без усна расправа, преку судска одлука, доколку предметот не е посебно сложен од правен и од фактички аспект и кога е разјаснета фактичката состојба. Сепак, во поглед на барањата на членот 6 од Европската конвенција за човекови права, беше воведена регулативата дека одлуката не важи дека е донесена ако навреме било поднесено барање за усна расправа. Кога еден учесник во рамки на задолжителното (во практика: писмено) сослушување ќе објасни дека посакува одржување усна расправа, тогаш вообичаено писмената одлука нема да има смисла бидејќи на тој начин може да се смета дека тој потоа ќе поднесе барање за одржување усна расправа. Во 2007 година, во Германија, во постапките од прв степен беа завршени точно 40.000 предмети преку пресуда, а само 2.500 преку судска одлука во согласност со членот 84 од Законот за управни спорови. Овој многу компликуван пропис во практиката не се покажа како добар.

Натаму, можна е одлука без усна расправа во второстепена постапка доколку судиите едногласно донесат одлука и доколку усната расправа не ја сметаат за неопходна (членот 130а од ЗУС). Меѓутоа, ова претпоставува одлука како резултат на усната расправа во прв степен. Прописот би требало да се примени според смислата и целта во постапките, кои не предизвикуваат посебни правни и фактички тешкотии. Според правната практика на Европскиот суд за човекови права, може да биде нужна повторена второстепена усна расправа. Во 2007 година, од второстепените постапки во кои била дозволена жалба, за 1.488 биле решени со пресуди, а 405 преку одлуки според членот 130а од ЗУС.

в) Општо земено, во Германија, начелно, се покажа како добра постапката што е ориентирана според принципот на усна расправа. Покрај законските прописи, и практиката е соодветна во голема мера со барањата од членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права.

4. Во Македонија, очигледно, е пресуден членот 30 од Законот за управни спорови (Law on Administrative Disputes). Според овој закон судот, по правило, решава на нејавни седници. Ако на овој начин, најчесто, се исклучува усната расправа, тогаш тоа би било проблематично во однос на правната практика на Европскиот суд за човекови права во однос на членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права. Всушност, според последната реченица од членот 30, учесник во постапка може „да предложи“ јавна усна расправа. Би можело да се размисли дека од гледна точка на барањата на членот 6, став

1 од Европската конвенција за човекови права – во секој случај во прв степен – во случај на еден ваков предлог, навистина, да се одржи усна расправа, значи предлогот да се смета за задолжителен. Освен тоа, македонскиот законодавец би можел да размисли да го смени овој пропис и така да се приспособи на барањата од членот 6, став 1 од Европската конвенција за човекови права. Веројатно наједноставен начин би бил јасно да се нагласи дека доколку учесникот во постапката достави барање за одржување јавна расправа, тогаш е задолжително да се одржи јавната усна расправа.

Текстови за регулативата поврзани со предавањето на д-р Малман

1. Конвенција за заштита на човековите права и основни слободи

Член 6 - Право на фер судска постапка

(1) Секое лице има право во врска со споровите поврзани со неговите граѓанскоправни барања и обврски или, во случај на кривична тужба поднесена за него, да биде спроведена фер, јавна постапка во соодветен рок од страна на независен и непристрасен суд, кој се темели врз закон. Пресудата мора да биде објавена јавно; медиумите и јавноста можат во текот на целата постапка или во текот на еден дел од постапката да бидат исклучени, доколку тоа е во интерес на моралот, на јавниот ред или на националната безбедност во едно демократско општество, заради заштита на интересот на младите лица или заштита на приватноста на учесниците во процесот; доколку судот смета дека тоа е од исклучителна важност, ако поради посебните околности јавната расправа би ги загрозила интересите на правото.

2. Германскиот Закон за управни спорови

а) Усна расправа

Член 101 [Начело на усна расправа]

(1) Судот донесува одлука, доколку не е поинаку определено, како резултат на одржана усна расправа.

(2) Со согласност на учесниците, судот може да донесе одлука и без усна расправа.

(3) Одлуките на судот што не се пресуди можат да се спроведат и без усна расправа доколку не е поинаку определено.

Член 102 [Покани, седници надвор од седиштето на судот]

(1) Кога ќе биде определен терминот на усната расправа, учесниците треба да се поканат со рок за поканување од најмалку две недели, а кај Сојузниот управен суд рокот за поканување мора да биде најмалку четири недели. Во итни случаи, претседателот може да го скрати рокот.

(2) Во поканата треба да се укаже на тоа дека доколку странката не дојде, тогаш може да се одржи расправата и да се донесе одлука и без нејзино присуство.

(3) Судовите на управното судство можат да одржат седници и надвор од седиштето на судот, доколку тоа е нужно поради самиот предмет.

Член 103 [Тек на усната расправа]

(1) Претседателот ја отвора и ја води усната расправа.

(2) По именување на предметот претседателот или известувачот ја презентира суштината на содржината на актите.

(3) Потоа збор добиваат странките за да ги изнесат и за да ги образложат барањата.

Член 104 [Обврска на судско прашање и објаснување]

(1) Претседателот е задолжен со странките фактички и правно да го објасни спорот.

(2) Претседателот е задолжен на секој член на судот, доколку побара, да му одобри да постави прашања. Доколку се постави приговор во врска со некое прашање, тогаш решава судот.

(3) По разјаснувањето на спорот, претседателот објавува дека усната расправа е затворена. Судот може да донесе одлука за повторно отворање на расправата.

б) Одлуки во рамките на писмените постапки

Член 130а [Решение преку одлука]

Вишиот управен суд може да донесе одлука во врска со жалба преку одлука ако ја смета за едногласно основана или едногласно неоснована и доколку смета дека усната расправа не е потребна. Членот 125, став 2, реченица од 3 до 5 важи соодветно.

Член 84 [Судска одлука]

(1) Судот може да донесе одлука без усна расправа, преку судска одлука, доколку предметот нема посебни тешкотии од фактичка или правна природа и ако предметот е разјаснет. Претходно, мора да се сослушаат учесниците. Прописите во врска со пресудите важат соодветно.

(2) Учесниците можат во рамките од еден месец по доставувањето на судската одлука:

1. да поднесат жалба, ако е дозволена (членот 124а),
2. да поднесат барање за одобрување жалба или усна расправа; ако се искористат двата правни лека, тогаш се одржува усна расправа,
3. да поднесат ревизија, доколку е дозволена,
4. да поднесат жалба поради неодобрување или да побараат усна расправа, ако ревизијата не е одобрена; ако се искористат двата правни лека, тогаш се одржува усна расправа,
5. да побараат усна расправа, ако не постои правен лек.

(3) Судската одлука има дејство како пресуда; доколку навреме се побара усна расправа, тогаш важи како да не е донесена.

(4) Доколку се побара усна расправа, тогаш судот може да се откаже од натамошен приказ на фактичката состојба и на причините за донесување на одлуката, ако е во согласност образложението на судската одлука и ако тоа биде заклучено во одлуката.

д-р Ото Малман

судија-претседавач на Сојузниот управен суд Лајпциг/Германија

**Значењето и практиката на привремената правна заштита во
германските управни судови**

Дел 1: Општ вовед, право на собирање, право на странците, право на јавната администрација, право на основно, средно и на високо образование, право на патен сообраќај, право на Европската заедница

I. Воведна забелешка

Со одобрување на привремена правна заштита, управниот суд донесува решение до донесувањето одлука за правниот спор во главниот предмет. Во согласност со германското управно процесно право, на засегнатото лице може да му се одобри привремена правна заштита поради неодложност или итност на предметот. Во практиката се зборува и за итна постапка. Притоа, се работи за самостојна постапка. Потоа, конечната одлука се донесува во постапката за главниот спор.

Привремената правна заштита треба да спречи, пред донесувањето одлука за главниот предмет, да се случат свршени факти.

На пример: Странец треба да биде депортиран во својата матична земја. Тој објаснува дека таму му се заканува опасност од мачење. Во таков случај, управниот суд, врз основа на сумарно, односно темелно испитување, ја гарантира привремената правна заштита ако постои опасност од мачење. Во постапката за главниот спор, врз основа на целосно испитување на фактичката и на правната состојба, се донесува одлука за тоа дали депортирањето би било противправно.

II. Практично значење на привремената правна заштита во бројки

Привремената правна заштита има многу големо значење во практиката на германските управни судови. Во 2007 година, во првиот степен на управната судска практика во Германија имало вкупно 190.000 нови постапки. Од нив околу 67.000 биле постапки за привремена правна заштита.

Просечното траење на постапката за главните спорови изнесувало 13,9 месеци. Во постапката на привремена правна заштита, времетраењето изнесувало 2,2 месеца. Во зависност од нивната неодложност, овде постојат значајни разлики.

III. Уставноправна заснованост на привремената правна заштита според германското право

Привремената правна заштита во Германија е уставноправно заснована. Во согласност со членот 19, став 4 од Уставот на СРГ, секој кому со дејствување на органите на државната управа му е повредено некое право, има право на судска заштита.

Сојузниот уставен суд ова го толкува така што судската правна заштита мора да биде ефикасна.

Ефективната правна заштита се налага од уставно-правен аспект, кога на засегнатиот би можело да му се нанесат тешки и неприфатливи последици, кои не можат да се поправат. Поблиското остварување на оваа постапка е задача на законодавецот.

Постапката мора во својот резултат да гарантира ефективна правна заштита т.е. таа мора да обезбеди дека управните органи ќе создадат несвршени факти, пред судовите да можат да ја испитаат законитоста на дејствувањето на органот.

Затоа, задача и функција на привремената правна заштита, во прва линија, е да се исклучи настанувањето непоправливи штетни последици од некој суверен акт пред нив-

ното испитување од страна на судот. Притоа, правото на правна заштита на поединецот е толку поголемо, колку што е потешко оптоварувањето што му се наметнува и колку што повеќе непоправливи последици се предизвикуваат со мерките на управниот орган.¹⁵⁷

Пример за ова: Поради некој актуелен повод, за в сабота е најавен собир. Неговата цел е протест против средбата за економска политика на сојузната канцеларка и на шефовите на странски држави, која е планирана за викендот. Во четвртокот, два дена пред терминот на собирот, државниот орган изрекува забрана.

Потенцијалните учесници на собирот можат да се повикаат на своето основно право за слобода на собирање (членот 8 од Сојузниот устав). Ним им се заканува целосно спречување на собирот во планираната форма. Ефективната правна заштита што може да овозможи уште едно спроведување на правото на слобода на собирање е можна само со поднесување итно барање до управниот суд.

Примерот покажува дека германските управни судови често мораат многу брзо да донесуваат одлуки за привремена правна заштита. Ако барањето се достави до судот во четврток, тогаш управниот суд мора да донесе одлука најдоцна до петок, пожелно е претпладне, за да му се овозможи на Вишиот управен суд да решава за евентуална жалба.

Притоа, мора да биде земено предвид и времето што е потребно за пренесување на актите до Вишиот управен суд, кое во поголемите сојузни покраини може да трае значително подолго.

Заради претходно информирање, некои значајни документи можат да се испратат по факс или по електронска пошта. Во практика, Вишиот управен суд претходно повеќе пати се информира за тоа дали е можно вложување жалба.

Во принцип, на спротивната страна (државниот орган) по добивањето на барањето за привремена правна заштита ѝ се определува (обично краток) рок за заземање став и за доставување на актите (во особено итните случаи по факс, при што органот потоа по факс го испраќа одговорот). Вообичаено е органите да соработуваат (исто така, заради избегнување можна повреда на обврските за заемно дејствување).

За разлика од македонското право¹⁵⁸, германското право не предвидува рок во чишто рамки управниот суд треба да донесе одлука. Во практика, германските управни судови го земаат предвид степенот на итност.

Поголемиот број од управните судови предвидуваат дежурства и во сабота, односно мора да биде дежурен еден судија. Понекогаш мора веднаш да се донесе одлука, ако предметот не толерира одложување.

V. Потреба од привремена правна заштита во согласност со членот 13 од Европската конвенција за човекови права

И Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП) налага обезбедување ефективна правна заштита, вклучувајќи ја привремената правна заштита. Тоа е особено важно за Македонија, како земја што е потписничка на ЕКЧП.

Во согласност со членот 13 од Европската конвенција за човекови права, секое лице, чишто права што се признаени во оваа конвенција се повредени, има право да поднесе

¹⁵⁷ Одлука на Сојузниот управен суд 69, 315, 363

¹⁵⁸ Закон за управни спорови, членот 15(Law on Administrative Disputes)

ефикасно правно средство пред национална инстанца, што важи и во случаи кога неговите права биле повредени од носители на јавни овластувања.

Ова правно средство мора да е ефикасно т.е. мора да е подобно за да се спречи повреда на Конвенцијата. Во таа смисла е и следниот **случај** решен од страна на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП) на 11 јули 2000 година¹⁵⁹.

Подносителката на барањето во својата матична земја била во врска со еден маж. Врската ја продолжиле и кога мажот, на инсистирање на своето семејство, се оженил со друга жена. Подносителката на барањето пребегнала во Турција и побарала азил. Навела дека во нејзината земја ѝ се заканува нехумана казна поради прељуба. Пред управниот суд во Анкара побарала одложување на извршувањето на решението за протерување во Иран. Турскиот управен суд го одбил барањето со образложение дека барателката го пропуштила рокот за поднесување барање за азил, кој изнесува пет дена.

На жалбата на барателката, Европскиот суд за човекови права навел дека со одлуката на турскиот суд се повредува членот 13 од Европската конвенција за човекови права. Со протерувањето, на барателката ѝ се заканува нечовечко и понижувачко казнување, односно, според дадената изјава - каменување. Ова не може да биде прашање на пропуштање на рокот за поднесување барањето за азил.

Покрај тоа, Европскиот суд за човекови права ја потврди повредата на членот 13 од Европската конвенција за човекови права. Судската постапка во Турција не соодветствува на барањата од членот 13 на ЕКЧП.

Европскиот суд за човекови права донесе одлука според која членот 13 од Европската конвенција за човекови права налага ефективност на правното средство. Ова, во еден ваков случај, чијашто последица е протерување, кое ѝ се заканува на барателката, налага *содржинско* преиспитување.

Покрај тоа, како клучна точка, нужна е можноста за одложување на извршувањето на оспорениот акт. Според ставот на ЕСЧП, управниот суд мора да биде во состојба да го испита запирањето на протерувањето. При тоа се работи за одлука за привремена правна заштита. Според тоа, Европскиот суд за човекови права налага одобрување на привремената правна заштита од страна на управните судови на земјите што се потписнички.

Пред донесувањето одлука за главниот предмет, управниот суд мора да биде во состојба, со донесување привремена одлука, да го спречи можното протерување.

Европскиот суд за човекови права во својата одлука од 5 февруари 2002 година¹⁶⁰ наведе дека членот 13 од Европската конвенција за човекови права им налага обврска на земјите што се потписнички да ги организираат своите судски системи на начин на кој ќе можат да ги исполнат барањата од оваа одредба.

VI. Видови привремена правна заштита според германското управно процесно право

Во германското управно процесно право постојат две форми на привремена правна заштита:

1. Одложено дејство на правен лек против оптоварувачка мерка на управен оган, регулирана во членот 80 од Законот за управните спорови;

¹⁵⁹ Претставка бр. 40035/98 (Џабари./Турција), Информативно писмо за правото на странците 2001 г., 57

¹⁶⁰ Џонка/Белгија, Претставка бр. 51564/99 Rn. 84

2. Постапка за донесување привремена мерка, регулирана во членот 123 од Законот за управните спорови, со која управниот орган во други констелации на случаи се обврзува да донесе привремена мерка во полза на барателот.

VII. Одложено дејство на жалбата и на тужбата со која се оспорува управен акт

1. Најнапред за првата категорија на одложено дејство:

Во согласност со членот 80 од Законот за управните спорови, жалбата со која се оспорува управен акт што го оптоварува тужителот има одложено дејство, за разлика од македонското право¹⁶¹. Управниот акт, поедноставно речено, е мерка на органот со која во единечен случај се донесува правно решение кон граѓанинот (на пример, полициска мерка, даночно решение). Еден посебен случај, управен акт со двојно дејство (на пример, одобрение за градба) е регулиран во членот 80а од Законот за управни спорови.

Жалбата е вонсудско правно средство за кое вообичаено решава повисокиот управен орган. Против одлуката на овој орган и одлуката за жалбата, пред управниот суд се поднесува тужба со која се оспорува управен акт.

Одложено дејство значи дека управниот орган не смее да го изврши актот што го донел.

На пример: Управниот орган му ја одзема на сопственикот на ресторан неговата дозвола за водење угостителски објект. Неговата жалба за тој акт има одложено дејство т.е. сопственикот привремено може и понатаму да го управува угостителскиот објект. Ова е поинаку во случаите кога управниот орган наредува неодложно извршување на одлуката.

Истото важи и кога еден студент неправедно добил државна стипендија. Тој не навел личен имот, кој требало да биде пресметан. Управниот орган бара од студентот да го врати износот што го добил неправедно. Неговата жалба за оваа судска наредба има одложено дејство.

Последица од ова е тоа што управниот орган не може да ја спроведе својата одлука за враќање на средствата, сè додека не се донесе одлука за жалбата на студентот.

Во овие случаи, засегнатото лице не треба да поднесе барање за привремена правна заштита. Одложеното дејство настанува по сила на Законот со поднесувањето на жалбата. Членот 80б од Законот за управните спорови предвидува одредба за времетраењето на одложеното дејство.

Само кога управниот орган сака да го одмине одложеното дејство на жалбата, на засегнатото лице му се укажува на привремената правна заштита. Сепак, тоа во практика многу ретко се случува.

Одложено дејство има и тужбата за оспорување управен акт против оптоварувачка мерка на органот. Ова има практично значење тогаш кога жалбата не е предвидена со закон и кога засегнатото лице по одбиената жалба ќе поднесе тужба за оспорување на управниот акт.

¹⁶¹ Спореди го членот 14 од Законот за управни спорови

2. Меѓутоа, во определени услови, законот предвидува и **отпаѓање на одложеното дејство на жалбата и на тужбата со која се оспорува акт на управен орган.**

Во согласност со членот 80, став 2 од Законот за управните спорови, тоа се решенијата за плаќање јавни давачки и трошоци, како и неодложните полициски мерки. Против нив, засегнатото лице може да се обрати до управниот суд и да поднесе барање за издавање мерка за одложено дејство на жалбата.

Најважната фактичка состојба за отпаѓање на одложеното дејство е пошироко опфатена. Според неа, одложеното дејство отпаѓа кога управниот орган ќе наложи неодложно извршување на управниот акт од јавен интерес.

Во вакви случаи, засегнатото лице може од управниот суд да побара привремена правна заштита. Потоа, тој треба да побара повторно воспоставување на одложеното дејство на жалбата (или на тужбата со која се побива управен акт).

Во текот на постапката за привремена правна заштита, **управниот суд со одмерување на интересите, сумарно, односно начелно ги испитува фактичката и правната состојба.** Одмерувањето се одвива меѓу јавниот интерес за спроведување на донесеното решение (интерес за извршување) и интересот за запирање на подносителот на барањето. Основа за ова е можната одлука во постапката за главниот предмет. Во постапката за главниот предмет се врши детално испитување.

Ако врз основа на сумарното испитување се утврди дека постои веројатност оспориениот управен акт да е **незаконит** (со други зборови: ако постои основано сомнение во однос на законитоста на управниот акт), тогаш преовладува интересот на подносителот на барањето. Во тој случај, се одобрува привремената правна заштита. Во спротивно, ќе надвлее јавниот интерес, ако управниот акт е **веројатно законит**. Во тој случај, начелно не се обезбедува привремена правна заштита.

Ако при сумарното испитување не може да се утврди ниту законитоста ниту незаконитоста на управниот акт, тогаш се врши **одмерување на интересите, кое е независно** од изгледите за успех во главниот предмет.

Случај 2 (измена на примерот со одземање на дозволата за водење угостителски објект): Управниот орган му ја одзел на сопственикот на ресторан дозволата за водење на угостителскиот објект.

Управниот орган наведува дека сопственикот на ресторанот пет месеци не ги платил придонесите за законското здравствено и пензиско осигурување за двајца вработени. Тоа е негова законска обврска. Управниот орган смета дека угостителот не е доволно сигурен и сериозен за да води угостителски објект. Затоа, управниот орган бара неодложно извршување на своето решение. Ако дојде до извршувањето, ресторанот ќе мора да се затвори. Сопственикот на ресторанот негира дека не ги платил придонесите и бара од управниот суд да го одложи извршувањето на управниот акт. Тој признава само дека понекогаш во минатото доцнел со плаќање на придонесите за здравствено и за пензиско осигурување затоа што имал финансиски тешкотии.

Управниот суд треба да го изврши споменатото одмерување на интересите меѓу јавниот интерес за извршување и интересот на подносителот на барањето за запирање на извршувањето.

Постои голем интерес за уредно плаќање на придонесите за социјално осигурување. Сепак, чистото задоцнување со исплатата, кое го признава барателот, не е доволно за итното извршување.

Неплаќањето на законски пропишаните придонеси за социјално осигурување во еден определен временски период, кое е утврдено од страна на управниот орган, би требало да биде доволно за итното извршување. Сепак, подносителот на барањето го оспорува ова тврдење на органот.

Кога се спорни фактите, во постапката за главниот предмет, начелно, се изведуваат докази. Во принцип, не е можно изведување докази во постапката на привремена правна заштита. И во поглед на значајните факти, судот врши сумарно испитување. Доволно е кога фактите ќе се изнесат веродостојно (на пример, преку валидни документи или изјава дадена под заклетва).

Органот досега не ги уважил веродостојно условите за одземање на дозволата за водење на угостителскиот објект. Доколку на органот му успее уважувањето на веродостојноста (на пример, преку приложување валидни документи од социјалните служби), тогаш барањето ќе биде одбиено.

Ако управниот орган не успее да ги уважи фактите, тогаш треба да се испита дали ненавременото плаќање од страна на барателот е доволен услов за итно извршување. Сепак, ова не би требало да биде случај.

На тој начин, отворени се можностите за успех. Притоа, треба да се направи одмерување на интересите независно од можностите за успех.

Во случајов, би преовладувале интересите на подносителот на барањето бидејќи одземањето на дозволата за водење угостителски објект претставува тешко чепкање во неговите права. Покрај тоа, при затворање на угостителскиот објект, неговите вработени би го загубиле своето работно место.

Ова би било во прилог на успехот на барањето.

Во рамките на привремената правна заштита се донесува одлука само за тоа дали подносителот на барањето смее да го управува угостителскиот објект сè до донесувањето одлука во главниот предмет или не. Потоа, конечната одлука се донесува во постапката за главниот предмет.

Случај 3: Уште еден пример кога управниот орган наредил неодложно извршување на управен акт: за време на полициска контрола било констатирано дека подносителот на барањето возел велосипед под дејство на алкохол. Од пробата со земање крв произлегло дека концентрацијата на алкохолот во крвта изнесува најмалку 2,1 проценти. Во согласност со Законот за возачки дозволи, управниот орган мора да побара изработување медицински и психолошки стручен наод и мислење ако некое лице управува возило во патен сообраќај со концентрација на алкохол во крвта од најмалку 1,6 проценти. Врз основа на медицинскиот и психолошки стручен наод и мислење, било констатирано дека подносителот на барањето не е способен да разликува доволно меѓу конзумирање алкохол и управување моторно возило. Во минатото, тој хронично и прекумерно конзумирал алкохол и не може да се согледа дека стабилно се сменило неговото однесување со алкохолот.

Од друга страна, во минатото подносителот на барањето не бил забележан дека управува моторно возило или велосипед во алкохолизирана состојба.

Потоа, управниот орган на подносителот на барањето му ја одзел возачката дозвола, односно одобриенето за управување моторни возила. Тој наредил неодложно извршување на оваа мерка. Подносителот на барањето побарал пред надлежниот управен суд привремена правна заштита.

Во согласност со важечкиот пропис, возачката дозвола може да се одземе во случај кога засегнатото лице не е способно да управува моторни возила.

Сојузниот управен суд не требало да донесе одлука за случајот во постапката за привремена правна заштита, туку во постапката за главниот предмет. Тој ја отфрлил тужбата. Потоа, одлуката зависела од тоа дали *возењето велосипед* во алкохолизирана состојба било израз на губење контрола, кое не се однесува само на возењето велосипед. Губењето контрола понатаму може да доведе и до *возење автомобил* во алкохолизирана состојба. Ова го потврди Сојузниот управен суд врз основа на стручниот наод.

Околноста што подносителот на барањето бил забележан само еднаш, не му била од помош. Ако ова се земе како појдовна точка, тогаш барањето за привремена правна заштита нема доволно можности за успех.

Привремената правна заштита има посебно значење кај **демонстрациите**. Во врска со тоа, постои следниов постар **случај 4** за кој одлука донел Сојузниот уставен суд:

Се работело за одржување демонстрации против планирано градење нуклеарна централа во близина на Хамбург.

Организаторите го пријавиле одржувањето демонстрации кај надлежниот управен орган. Органот ги забранил демонстрациите и наредил неодложно извршување на забраната. Во образложението било наведено следново:

Се поаѓа од претпоставката дека повикот за демонстрацијата, веројатно, ќе го следат до 50.000 учесници. Меѓу нив се наоѓаат значителен број лица што планираат со примена на сила да го зурпираат и уништуваат градилиштето и да се однесуваат насилнички кон други лица. Освен тоа, со голема веројатност се стравува дека за време на одржување на демонстрациите ќе се извршат тешки кривични дела. Тие стравувања се базирале на извештаи од весници, на изјави и на летоци на повеќе групации.

Само мал број од учесниците на демонстрациите биле подготвени за насилничко однесување за време на демонстрациите.

Управниот суд ја гарантираше привремената правна заштита. Потоа, Вишиот управен суд, на жалба на управниот орган, во втор степен ја откажа привремената правна заштита.

Сојузниот уставен суд¹⁶², кој во вакви случаи може вонредно да биде свикан од уставноправни причини, ја поништи оваа одлука. Значи, демонстрациите повторно беа дозволени. Сојузниот уставен суд укажа на посебното значење на слободата на собирање. Правото на граѓанинот по пат на собири и демонстрации да учествува во создавањето на мислењето е од централно значење за демократијата. Ова мора да биде земено предвид при донесување на некоја одлука за ограничување на ова основно право. Оттука

¹⁶² Одлука на Сојузниот уставен суд 69,315

произлегува и потребата за темелно испитување, кое следува по сумарното испитување. Во секој случај, краткото време што е дадено на располагање во практика дава можност само за сумарно испитување.

Забраната за демонстрации, начелно, е оправдана само при стравување дека таа во целост би се одвивала со немири.

Доколку се очекуваат немири предизвикани само од поединци или од некоја помала група учесници, тогаш за мирните демонстранти, по правило, важи заштитата на слободата на собирање, која е загарантирана со Уставот. Во таков случај, превентивната забрана на целиот настан условува строги мерки за прогнозирање на опасноста, како и исцрпување на сите средства што би можеле да се применат, со што на мирните демонстранти им се овозможува остварување на основните права. Особено треба да се испита дали со безбедносните мерки, како што е полициската акција, би можела да се совлада опасноста. Ова, во конкретниот случај го потврди Сојузниот уставен суд.

Правните спорови, кои се однесуваат на демонстрациите и на другите собири, спаѓаат во типичните групи случаи за привремена правна заштита.

Притоа, не се работи секогаш за забрани. Поднесувачите на барањето често се насочуваат против определени одлуки на управниот орган. Пример за тоа е мерката со која демонстрацијата од безбедносни причини треба да има поинаков тек од тој што е планиран од организаторите.

Во случаите со демонстрации, заедно со одлуката за привремена правна заштита, по правило, завршува и постапката за главниот предмет. Кога до донесувањето одлуки е поднесена жалба само против одлуката на органот, најчесто воопшто не доаѓа до отворање постапка за главниот предмет.

Ова е поинаку само во исклучителни случаи, кога, на пример, тој што сака да одржи демонстрации, подлежи на постапка за привремена правна заштита, но во иднина планира сличен собир или демонстрација и тоа на определени датуми, кои имаат историско значење. Во вакви случаи, управниот суд во постапката за главниот предмет утврдува дали забраната за собирање е правична или не.

Сепак, како што споменавме претходно, ова се исклучителни случаи. Во многу други констелации на случаи, по донесувањето одлука во постапката за привремена правна заштита, често не доаѓа до одлука за главниот предмет.

Ова често е случај и, на пример, со **правото на странците**.

Кога ќе се нареди неодложно протерување странец, управниот суд мора особено внимателно да испита дали постои доволен јавен интерес за прекинување на престојот на некој странец веднаш т.е. пред завршувањето на постапката за главниот предмет бидејќи со протерувањето би можеле да настанат свршени факти.

За издавање наредба за неодложно извршување на протерувањето, потребен е посебен јавен интерес, кој го надминува интересот што е оправдан¹⁶³ со самиот управен акт. Притоа, барањето на странецот за правна заштита е толку посилено и помалку смее

¹⁶³ Види за ова и во следното: Финкелнбург/Домберт/Килпман. Привремена правна заштита во постапката за управни спорови, 5 издание бр.1.227 и следно.

да се отстапи од него, колку што е потешко оптоварувањето што му се нанесува и колку повеќе непоправливи последици се предизвикуваат со мерките на управниот орган. Под кој услов мора да се отстапи од барањето за правна заштита на странецот во исклучителни случаи заради јавниот интерес, не може да се определи општо, туку само во конкретен случај. Сепак, со овие начела би била неспоива управната практика, која мерките за протерување ги прогласува за неодложно извршни.

Ако протерувањето се потпира на специјални и превентивни одмерувања, тогаш постои посебен јавен интерес за спроведување во случај да постојат конкретни опасности поради кои е неопходно итно заминување на странецот. Мора да постои основана загриженост за тоа дека опасноста што доаѓа од странецот ќе се реализира и пред завршувањето на постапката за главниот предмет. Ова треба да се процени врз основа на конкретни факти. Наспроти тоа, чистите претпоставки или потенцијалната можност за појава на опасност не се доволни за да се оправда посебниот интерес за извршување. Во полза на странецот треба да се реши кога до завршувањето на постапката за главниот предмет може да се смета на законито однесување.

Понатаму, треба да се земат предвид личните интереси и сите околности што зборуваат за останување на странецот. Тоа, во прва линија, би можело да бидат семејни, професионални и социјални врски, кои се развиле во текот на еден долг престој во Германија. Во особена мера ова важи кога странецот е роден во Германија или кога како дете пристигнал таму. Во таа смисла, особено значење за оваа одредба имаат заштитата на приватниот и на семејниот живот во согласност со членот 8 од Европската конвенција за човекови права и на правната практика на Европскиот суд за човекови права.

Во согласност со Законот за странците, најчесто не доаѓа до одлука за главниот предмет кога управниот суд веќе во постапката за привремена правна заштита навестува дека во главниот предмет би можело да биде донесена одлука во полза на странецот.

Потоа управниот орган често попушта, или се склучува договор за спогодување. Улога во тоа можат да играат и пресметките на трошоците.

Според членот 80, став 5 од Законот за управните спорови привремената правна заштита е значајна и за **училишното право**. Ова важи, на пример, при упатување ученик во друга образовна установа што е наложено од страна на училишниот орган. Ова упатување претставува управен акт со кој се оптоварува ученикот. Со него завршува дотогашниот образовен однос и почнува нов¹⁶⁴. Во практиката особено значење имаат упатувањата во специјални училишта. Јавниот интерес се прифаќа при спроведувањето кога упатувањето е неопходно заради непречено одржување на наставата во училиштето што дотогаш го посетувал ученикот. Би можеле да настанат особено штетни последици за соучениците и за наставниците доколку ученикот, кој не е способен да ја посетува таа настава, до завршувањето на постапката за главниот претрес и понатаму присуствува на часовите.

Мерката за неодложно спроведување на упатувањето на ученикот во специјално училиште се дозволува само кога во редовното училиште недостигаат потребните лични или материјални средства или кога интересите на другите ученици и на нивните

¹⁶⁴ Спореди Финкелнбург/Домберт/Килпман а.а.О. бр.1.403 и следен.

родители, кои треба да се заштитат, се спротивставени на вклученото образование. Неодложното извршување може да се образложи со тоа дека е принудно наложено преместувањето во специјално училиште од дефектолошки причини, притоа почитувајќи ја забраната за дискриминација во согласност со членот 3, став 2, реченица 2 од Уставот на Сојузна Република Германија.

VIII. Привремена мерка (членот 123 од Законот за управните спорови)

1. Вовед

Втората форма на привремена правна заштита е привремената мерка во согласност со членот 123 од Законот за управните спорови. Оваа одредба е второстепена. Таа не може да се примени ако се исполнети условите за правна заштита со одложување на извршувањето на управниот акт во согласност со членот 80 и со членот 80а од ЗУС.

Заради разграничување на двете форми на привремената правна заштита важи следново: кога станува збор за правна заштита против оптоварувачки управен акт, особено за службена забрана, се применува членот 80 од Законот за управните спорови.

Во сите други постапки предвид доаѓа привремената мерка, пред сè, кога граѓанинот бара донесување управен акт во негова корист, плаќања од страна на државата или реагира поради неиздавање решение од страна на органот (што е во корист на трето лице).

Примери за тоа се дозволи и одобренија на органот (одобрение за градба, дозвола за водење угостителски објект, дозвола за полагање испит или за запишување на факултет) или барања за исплата на парични износи, како и пристап до информации на државен орган.

Подносителот на барањето прво мора да се обрати до надлежниот државен орган, кој, на пример, може да му издаде одобрение. Ако неговото барање е неуспешно, на челно е дозволена привремената мерка.

За разлика од барањата за донесување мерка за одложување на извршувањето на управниот акт во согласност со член 80 од Законот за управните спорови, овде не мора да е поднесен правен лек во врска со главниот предмет.

Потребната причина за донесување на мерката постои ако на подносителот на барањето му се закануваат штети поради што не е прифатливо да се чека на постапката за главниот предмет. Подносителот на барањето мора веродостојно да ги изнесе наведените факти. За тоа не е потребен целосен доказ. Доволна е, на пример, изјава дадена под заклетва. Покрај тоа, мора да постои барање за привремена мерка.

Бараната привремена мерка служи за:

1. Обезбедување на постојната правна положба (на пример, спречување назначување на конкурент на работно место за унапредување во положба во јавната служба)

или

2. Регულიрање на преодна состојба, кога барателот сака да го прошири својот правен круг (на пример, со одобрување студиско место или дозвола за полагање испит, како и преку привремено обезбедување социјални давачки).

2. Право на основно, средно и на високо образование

Значајна област на примена е правото на **основно, средно и на високо образование**.

Во врска со тоа следува **случајот 5**¹⁶⁵: Наставничкиот совет не го одобрил преминувањето на еден ученик од деветто во десетто одделение затоа што наставничката по мајчин јазик (германски) го оценила неговиот успех по тој предмет како недоволен. По другите предмети тој постигнал доволен успех.

За формирање на оценката по германски јазик пресудни биле писмените работи на ученикот. Меѓутоа, при формирањето оценка по тој предмет не било земено предвид: учениците повеќе пати морале да учат наизуст песни. Потоа, на часот морале да ги напишат и писмено да ги анализираат тие песни. Овој вид писмени работи не бил земен предвид при формирањето на оценката. Тоа било меродавно и за оценката по германски јазик.

Ученикот побарал управниот суд да донесе привремена мерка со која ќе се задолжи училиштето да му дозволи привремено да посетува настава во повисокиот клас.

Фактичката состојба во случајов е неспорна.

Сепак, одлуките за преместување во друг клас се педагошки мерки. Тие не можат целосно да бидат испитани од страна на судот, туку само во однос на определени правни грешки, а особено во врска со грешки во постапката. Во секој случај, овде оценувањето по предметот германски јазик не соодветствува со прописите. Поради тоа, настаната е грешка во постапката.

Бидејќи од оценката по предметот германски јазик зависи преместувањето на ученикот во следниот повисок клас, управниот суд му налага на управниот орган да му одобри на ученикот привремено присуство на часовите на следниот, повисок клас. Предуслов за ова е постоењето доволни изгледи за успех во главниот предмет.

Во вакви случаи одлуката мора да се донесе брзо. Ако ученикот не може да следи настава во следниот повисок клас, тој по неколку недели нема да може да се приклучи. Во постапка за главен предмет, по правило, не може да се донесе одлука толку брзо. Затоа, под строго определени услови на ученикот може да му се овозможи следење на наставата на следниот повисок клас, сè до донесувањето одлука за главниот предмет. Доколку до завршувањето на учебната година не се донесе одлука по главниот предмет, а преместениот ученик постигнал преместување во следниот повисок клас, тогаш главниот предмет е решен.

Под сличните услови се зема предвид добивањето привремена дозвола за учество на испит во образовна или високообразовна установа по пат на привремена мерка.

И при непостоење испит, под определени услови можна е привремената мерка.

¹⁶⁵ Поедноставен приказ на Вишиот управен суд Касел, Ново списание за управно право 1993 г., 386

Поради можностите за оценување на испитната комисија во главниот предмет редовно се зема предвид барањето за одново оценување на успехот и за одново утврдување на резултатите од испитот. Засегнатото лице може да го оствари ова право по пат на барање за издавање привремена мерка.

Со тоа, таквата привремена мерка за одново оценување на успехот од испитите, конечно, го пренебрегнува главниот предмет. Во интерес на ефективна правна заштита ова редовно би се прифаќало при оценување на устен испит затоа што е невозможно оценувањето кога испитувачите не можат доволно да се сетат на испитот¹⁶⁶.

Важна улога во практиката на германските управни судови играат и одлуките за привремена правна заштита, во случаи кога се работи за привремено одобрување студиско место.

Случај 6: Еден матурант, т.е. ученик што по завршување на гимназиското образование се здобил со право на високо образование, сака да студира медицина на еден од германските универзитети. Универзитетот го одбил барањето на матурантот. Тој образложил дека располага со образовен капацитет за 300 студиски места. Тие студиски места веќе биле доделени. Матурантот барал од надлежниот управен суд да донесе привремена мерка, со која ќе му се наложи на факултетот привремено да му одобри студиско место. Неговиот адвокат, кој е специјализиран за такви случаи, навел дека универзитетот погрешно ги пресметал своите образовни капацитети за студиите по медицина. Тој тврди дека факултетот, всушност, располага со 320 студиски места.

Управниот суд ќе треба да испита дали универзитетот точно ги пресметал своите капацитети. Ако пресметката била погрешна, матурантот, начелно, има право на запишување на студии по медицина. Тоа произлегува од уставноправно загарантираната слобода на занимање (членот 12 од Сојузниот устав).

И во овие случаи најчесто веќе не доаѓа до спроведување на постапката за главниот предмет.

Привремената правна заштита игра важна улога и во споровите меѓу конкуренти во случај на вработување или унапредување на државни службеници или судии. Во согласност со германското право, вработувањето или унапредувањето на државен службеник или на судија не може да се отповика. За кандидатите, кои не се избрани за распишаното работно место, да имаат можност за ефективна правна заштита, важи следново: откако надлежниот орган ќе одбере определен кандидат, другите кандидати се информираат за одлуката. Ним им се соопштува името на избраниот кандидат.

Избраниот кандидат формално се назначува за државен службеник или судија ако во определен рок (најчесто околу 14 дена) ниту еден конкурент не поднел барање пред управниот суд.

Ако се поднесе таканаречено барање на конкурент, избраниот кандидат не се назначува сè до донесување на конечна судска одлука. Најчесто назначувањето се одвива со судска одлука во постапката за привремена правна заштита. Постапката за главниот предмет, по правило, се завршува или воопшто не се отвора.

¹⁶⁶ Спореди Финкелнбург/Домберт/Килпман. Приремена правна заштита во постапката за управни спорови. Петто издание бр. 1.432 и следно.

При донесувањето одлука за вработување или за унапредување службеници и судии се отвора поголем простор за оценување, кој може само ограничено да биде испитан од страна на управниот суд. Управниот суд може, меѓу другото да испита дали постапката е спроведена во согласност со правото.

Во **случајот 7** се работи за пополнување на местото судија-претседавач на еден второстепен суд за работни спорови. Судовите за работни спорови се специјализирани судови, кои решаваат за спорови меѓу работодавците и работниците (на пример, отпуштање од работа). Министерот за правда, кој донесува одлука за вработувањето, иницирал распишување конкурс за пополнување на местото. На конкурсот се пријавиле повеќе судии и една судијка. Потоа, судијката ја повлекла својата кандидатура. Министерот ја сторнирал (прекинал) постапката на распишување на тој конкурс и донел одлука да распише нов конкурс за тоа место.

Во образложението било наведено дека со распишувањето на новиот конкурс треба да им се даде можност и на кандидатките. Досега, процентот на жените во овој вид судство бил низок.

На новораспишаниот конкурс се пријавила и една жена, која претходно работела во други судови, но не како судијка за работни спорови. Министерот за правда донел одлука да ја назначи таа судијка за распишаното место. Потоа, еден конкурент поднел барање пред управниот суд за привремена забрана за пополнување на работното место. Тој кандидат се пријавил уште на првиот конкурс за работното место. Сега тој тврди дека целата постапка имала правни грешки. Првиот конкурс бил, очигледно, прекинат со цел да се назначи жена. Со тоа настанала повреда на уставноправното начело за полова еднаквост. Освен тоа, конкурентот тврдел дека има долгогодишно искуство на судови за управни спорови и добил одлични оценки во препораката. Министерот за правда во постапката изнел дека избраната кандидатка, навистина, немала практични искуства во областа на судовите за работни спорови, меѓутоа во нејзините препораки било истакнато дека таа докажала дека е способна брзо да совладува нова материја.

Кандидатката предложена од страна на министерот била поканета на претресот и како странка можела да излага и да поднесува барања.

Каква одлука донесе управниот суд?

Управниот суд¹⁶⁷ се надоврза на мислењето на подносителот на барањето и привремено го прекина назначувањето на избраната судијка. Но, тоа не значи дека барателот ќе биде назначен. Сепак, министерот со почитување на правното мислење на управниот суд треба да донесе и да образложи одлука за нов избор.

Случај 8, исто така, од областа на правосудството: и овде се работи за пополнување место за унапредување. Двајца судии, кои се пријавиле за унапредување, според актуелните службени оценки, имале исто добри квалификации. Државниот секретар, кој е државен службеник со највисок ранг во Министерството за правда – ги поканил двајцата

¹⁶⁷ Управен суд на Зарланд. Одлука од 12 март 2002 г.-12 Ф 123/01-Сојуз на германските управни судии-циркуларен допис 2002 г. Тетратка 3 стр.85

кандидати на посебни лични разговори во својата канцеларија. На тој разговор учествувале уште двајца раководни државни службеници од Министерството за правда. Заедно со државниот секретар, тие двајца државни службеници биле членови на *изборна комисија*. Врз основа на впечатокот што го здобила комисијата за време на разговорот, таа препорачала да се унапреди кандидатот А. Министерот за правда го прифатил предлогот на комисијата. Против оваа одлука, кандидатот Б, кој не бил избран, побарал од управниот суд привремено да го забрани унапредувањето на кандидатот А. Кандидатот Б изнел дека бил изненаден од околноста што бил повикан на личен разговор кај државниот секретар, а потоа се одржал разговор со комисија. Кандидатот што не бил избран сметал дека се работи за грешка во постапката.

Каква одлука донел управниот суд?

Управниот суд го одби барањето. Тој беше на мислење дека е дозволено меродавно потпирање на препораката на комисијата.

Вишиот управен суд¹⁶⁸ имаше поинаков став. Тој ја укина првостепената пресуда и образложи дека кандидатот што не бил избран бил изненаден од сослушувањето пред комисија. Според поканата, тој очекувал само личен разговор со државниот секретар. Во оваа постапка, Вишиот управен суд увидел повреда на начелото за спроведување фер постапка.

IV. Правни средства

Против одлуките на управниот суд во постапката за привремена правна заштита секогаш е дозволено правното средство на жалба. Жалбата мора да се поднесе две недели по објавувањето на одлуката на управниот суд. Жалителот мора, за разлика од првостепената постапка, да биде застапен пред органите со адвокат, односно со квалификуван правник. За жалбата решава Вишиот управен суд. Одлуката на Вишиот управен суд е конечна.

Не постои правен лек пред Сојузниот управен суд на Германија.

Покрај жалба, учесникот, заради промена на фактичката состојба може да поднесе барање до управниот суд за измена или укинување на одлуката (членот 80, став 7 од Законот за управните спорови).

Доколку се работи за уставноправни позиции, под строго определени услови можна е уставна жалба до Сојузниот уставен суд или до надлежниот покраински уставен суд.

X. Право на Европската заедница

Ако управниот суд во привремената правна заштита сериозно се сомнева за тоа дали националното право е усогласено со правото на Европската заедница, тогаш тој редовно го толкува националното право во согласност со правото на Заедницата. Доколку ова е невозможно, тогаш националното право не наоѓа примена. Во согласност со членот 234 од Договорот за ЕЗ, не се дозволува поднесување барање до Судот на правдата на Европските заедници. Потоа, конечната одлука се донесува во постапката за главниот

¹⁶⁸ Виш управен суд Бауцен, одлука од 3 септември 2004 г., бр. на актите 3BS 167/04, Сојуз на германските управни судии - циркуларен допис 2004 г, тетератка 5 стр.185.

предмет. Во ваква констелација на случаи, управниот суд располага со компетенции за испитување и за отфрлање¹⁶⁹.

Ако наспроти ова, во постапката за привремена правна заштита, управниот суд има сериозно сомнение во поглед на толкувањето на второстепеното право на Заедницата (на пример, регулативи, директиви), тогаш одлуката може да се донесе без поднесување барање за привремена правна заштита до Европскиот суд на правдата. Сепак, во постапката за главниот предмет мора да биде поднесено барање. Ако сериозното сомневање на управниот суд во постапката за привремена правна заштита се однесува на важноста на правото на Заедницата (споивост со првичното право на Заедницата), тогаш важи следново: Управниот суд, начелно, е обврзан за поднесување барање.

Тој смее да го одложи извршувањето на управниот акт само кога е итно донесувањето одлука, кога на подносителот на барањето му се заканува тешка и ненадоместлива штета и кога интересот на Европската заедница е соодветно земен предвид.¹⁷⁰

¹⁶⁹ Види и за следното Коп, Закон за управните спорови, чл. 80, бр.164 со натамошни докази и како критика за оваа судска практика во германската литература.

¹⁷⁰ Европски суд на правдата. Ново правно неделно списание 1997 г., 1.225: Ново списание за управно право 1991 г., 460 - Јужен Дитмаршен.

Холгер Беман

Судија на Вишиот управен суд

Виш управен суд Мекленбург-Предна Померанија, Грајфсвалд/Германија

**Значење и практика на привремена правна заштита во
германските управни судови**

**Дел 2: Градежно право, право на заштита од загадување и
социјално право**

1. Вовед

Овој труд е во рамките на активностите, кои почнаа претходната година, а кои се однесуваат на поддршката на новоформираното управно судство во Република Македонија. Контактите меѓу македонските и германските управни судии во минатото покажаа дека постои различен пристап во постапките на привремена правна заштита во управните постапки, што, пак, ги поттикна Академијата за обука на судии и на јавни обвинители, Управниот суд во Скопје и Фондацијата ИРЗ да го реализираат денешниот семинар.

Во преден план на моето излагање, кое треба да се разгледува во контекст, односно како дополнување на предавањето на г. д-р Малман, треба да биде практичното значење на привремената правна заштита во постапките на управни спорови во Германија. Затоа ова предавање помалку има за цел да има научен карактер. Во првиот дел многу повеќе постои целта (2.) да се прикаже релацијата меѓу постапката на привремената правна заштита и вкупноста на управно-судските постапки врз примерот на германската сојузна покраина Мекленбург - Предна Померанија. Притоа, треба да се погледне и значењето за учесниците во постапката. Во следниот дел (3.) ќе се продлабочам на практичните области на примена на привремената правна заштита. По веќе прикажаните примери со случаи од градежното право, правото за заштита од загадување, како и од социјалното право, се наведуваат случаи како за класичната ситуација на оспорување со барање за наложување или повторно воспоставување на одложеното дејство на жалбата и на тужбата и ситуации на оспорување на трети лица, односно приговор на соседите, како и примери со ситуации што обврзуваат со барање за донесување привремена мерка. Ќе завршам (4.) со објаснувањето на некои практични искуства од обработката на постапката за привремена правна заштита.

2. Значењето на привремената правна заштита во постапката на управни спорови

Би сакал бројното значење на постапките за привремена правна заштита при управните судови да го илустрирам со бројот на примени предмети во сојузната покраина Мекленбург - Предна Померанија, која е една од шеснаесетте германски сојузни покраини: во двата управни суда, во Шверин и во Грајфсвалд, во 2008 година во прва инстанца се пристигнати 790 итни постапки. Вкупно биле примени 3.910 постапки од прва инстанца, така што учеството на итни постапки изнесува повеќе од 20 проценти. Од нив, 177 се постапки на жалби упатени до Вишиот покраински суд Мекленбург - Предна Померанија, што од вкупниот прием на 683 сочинува учество од преку 25 проценти на жалбени постапки. Бројките за сојузната покраина Мекленбург - Предна Померанија се земени заради груба споредба со Република Македонија. Република Македонија има површина од 25.713 км² и во 2004 година имала нешто повеќе од два милиона жители. Сојузната покраина Мекленбург - Предна Померанија зазема површина од 23.185 км², на која живеат речиси 1,7 милиони луѓе. Притоа треба да се земе предвид дека германските управни судови, за разлика од македонскиот управен суд, имаат ограничено

подрачје на надлежност, што го зголемува релативниот број на постапки по жител во сојузната покраина Мекленбург - Предна Померанија. Споредбата би можела понатаму да се прави во насока на управната структура, врз порастот на управните случаи што произлегуваат од неа и, со тоа, врз основа на „потенцијалот“ на управни спорови, што, всушност, не претставува задача на овој труд. Од наведените бројки во секој случај станува јасно дека учеството на итни постапки во целиот пораст на постапки е многу голем.

Покрај статистичкото значење на привремената правна заштита не смее да се заборава нејзиното значење за учесниците во постапката. Државниот орган има интерес за што е можно поефективно согледување на задачите, а со тоа и за спроведување на одлуките што ги донел и за кои е убеден во однос на правната регуларност врз основа на Уставот и врзувањето на администрацијата за законите. Наспроти тоа, лицето што е засегнато со управниот акт што го обвинува има интерес прво да биде поштедено од извршувањето на управниот акт, кој, според неговото мислење, е спротивен на правото, сè додека управниот акт, односно управното дејство, не ги испита (судска) контролна инстанца. Колку повеќе управниот акт навлегува во правата на засегнатото лице и колку помалку се неповратни последиците од неговото извршувањето, ова е уште посоодветно. Бидејќи привремената правна заштита – и покрај забраната за пренебрегнување на главниот предмет – се однесува на темелите за подоцнежната одлука за главниот предмет, што се однесува до правните прашања, во многу случаи, посебно поради завршувањето на главниот предмет, е вообичаено спорна одлука во главната постапка, но е од посебно значење за односот меѓу државниот орган и управниот суд. Од една страна, државниот орган преку обезбедувањето ефективна правна заштита гледа какво барање поставува судот за работата на државниот орган. Од друга страна, државниот орган може да биде сигурен дека спроведувањето на управниот акт нема да биде оневозможено преку претераното овозможување на привремената правна заштита.

Оттука произлегува следново мерило за испитување пред судот:

- ◆ При донесувањето одлука, односно при процена на интересите на државниот орган за извршување на одлуката и интересот на поднесувачот на барањето да биде привремено поштеден од извршувањето на одлуката, како последица на запирање на процената, која е поврзана со откажување на привремената правна заштита. Колку се поголеми обвинувањата што произлегуваат оттаму, толку е помала веројатноста дека тие во случај на победа можат да се надоместат, а уште помалку ќе смее да се повлече интересот за привремената правна заштита или да се обезбеди искажаната правна позиција.
- ◆ Доколку, наспроти тоа, судот, според можностите за успех на барателот го укине главниот предмет, тогаш, по потреба, покрај сумарното испитување, треба толку многу темелно да се испитаат фактичката и правната состојба во главниот предмет, така што ќе можат доволно сигурно да се прогнозираат можностите за успех.
- ◆ Доколку не е можно да се спроведе толку темелно испитување на законитоста на управниот акт, тогаш судот може да ја донесе одлуката врз основа на процена на последиците, без да се земат предвид можностите за успех во главниот предмет.

Примери:

Доколку инвеститорот на градежните работи по одлуката на државниот орган за отстранување на објектот го урнал тој објект што веќе бил изграден – на пример, без потребното одобрение или отстапувајќи од таквото одобрение - тогаш укинувањето на наредбата, откако успешно била оспорена оваа наредба, или утврдувањето преку судот дека објектот може да се одобри, сепак може многу тешко или воопшто не може да ја надомести настаната штета, која настанала за позицијата што е уставно заштитена. Дури и кога објектот би можел повторно да се изгради со соодветен надомест на парите од страна на државата, сепак времетраењето на некористење на тој објект не може да му се надомести на сопственикот, односно градежниот налогодавец. Во секој случај, би дошло предвид надомест на штета поради последиците на извршување (на пример, трошоци за кирија, загубена добивка). Притоа треба да се земе предвид тежината на уставноправно заштитената позиција на сопственоста, значи способноста за непречена диспозиција во врска со сопственоста во рамките на социјалната обврска, чиешто загрозување е дозволено само во мали, законски пропишани граници. Кандидатот што го загубил местото за унапредување во кариерата може, во случај на успех на тужбата против конкурентот, да добие нова службена позиција, која во определен случај може да биде новосоздадена или да биде ослободена од конкурентот. Но, бидејќи во текот на времетраењето на постапката тој нема можност да се докаже на повисокото работно место, а конкурентот има многу повеќе предност за да се докаже, привремената постапка на спорниот правен однос има големо значење и поради интересот за рехабилитација на засегнатиот. На кандидатот што имал неуспех на испит може во случај на успешно оспорување на испитот да му се даде друг обид да биде испитан. Но, за таа цел мора да го сочува своето знаење во текот на подолг временски период и притоа губи време за натамошно образование или дури и за професионална дејност. За студентот што отпосле е обвинет, тоа може да биде и неповратна загуба на семестарот. На одбиениот барател на право за азил би можело, доколку се исполнети многу предуслови, по успешна тужба, од страна на органите за признавање право на азил повторно да му биде даден азил. Но, последиците од протерувањето во татковината речиси и не можат да се согледаат, а не, пак, да можат дополнително воопшто и да се надоместат.

Дури и поповолните управни акти во многу случаи навлегуваат во правата на трети лица и за нив имаат оптоварувачко дејство. Класичен пример е доделувањето одобрение за изградба на објект или за работа на машина што загадува, која може да ги повреди правата на соседот. Во оваа констелација, соседот е тој, кој има интерес за запирање на извршувањето на добиеното одобрение сè до завршувањето на (судското) испитувањето.

И во еден систем како што е германскиот во кој приговорот и тужбата за побивање на актот, според членот 80, став 1 од Законот за управните спорови (ЗУС), начелно имаат одложено дејство и каде што неодложното извршување е можно само во специјални случаи наредени со закон или преку конкретни, специјално образложени наредби од страна на државниот орган (членот 80, став 2, бр. 3, став 3 од Законот за управни спорови), постапката на привремената правна заштита – како што покажа излагањето до сега – има големо теоретско и практично значење. Значењето на привремената правна

заштита во постапките на управните спорови е до толку поголема, колку што е поголемо и повеликодушно неодложното извршување на управните акти. Посебно во случаите со македонското право, според кое во членот 14, став 1 од Законот за управни спорови жалбата, начелно, нема одложено дејство, значи државниот орган со тоа има можност, во случај на жалба и на тужба за побивање на актот, да го изврши управниот акт и пред донесување на одлуката во врска со жалбата, односно пред одлуката во однос на тужбата за побивање на актот. Сепак, привремената правна заштита претставува речиси единствена можност за здобивање ефективна правна заштита на засегнатото лице.

Привремената управно-судска правна заштита не претставува подарок од германскиот законодавец, која може како што сака да ја гарантира, да ја ограничи или да ја одземе. Таа е израз на уставноправните одредби за гарантирање ефективна правна заштита според членот 19, став 4 од Сојузниот устав, на основното право за ефикасна правна заштита против актите на извршната власт. Оваа гаранција опфаќа пристап до судовите, сеопфатно суштинско и правно испитување на спорниот предмет, како и обврзувачко донесување одлуки преку судот.

3. Практични области на примена

Практичните примери што следуваат како дополнување на веќе наведените примери треба, од една страна, да го прикажат целиот дијапазон на констелации на случаи во кои привремената правна заштита игра значајна улога во практиката. Од друга страна, треба тие да ги посочат спецификите на привремената правна заштита во поединечните области на предмети.

а) Градежно право

Во градежното право, начелно, можат да постојат три констелации:

(1.) За **инвеститор на градбата**, кој, по правило, не мора нужно да биде и сопственик на земјиштето, се јавува потребата од привремената правна заштита, пред сè, кога органот за издавање одобрение за градење го одложува или одбива издавањето одобрение за градење. Тогаш доаѓа до обврзувачка ситуација, во која инвеститорот на објектот посакува да постои обврската кај органот за издавање одобренија за градење заради давање одобрение. Одбивањето на барањето за градење претставува управен акт на одбивање, кој го обвинува инвеститорот на објектот. Неговата цел за добивање одобрение може да ја оствари доколку постои обврската. Станува збор за комбинирана ситуација на оспорување и на обврзување. Во итната постапка инвеститорот на објектот треба да побара дозвола за привремена наредба од судот.

Пример 1: Објект за одмор во надворешна област

Едно лице има намера да гради феријален сместувачки објект во надворешна област, значи надвор од областа на поврзани објекти. Станува збор за градба што била поранешно мало земјоделско претпријатие, што не се користи повеќе од 15 години и што во голема мера е пропаднато. Значи, тој сака од еден поранешен станбен

објект и од двете соседни објекти, кои порано се користеле како штала и амбар, да изгради објект што ќе биде составен од 10 станови за одмор и од една централна зграда со рецепција и мала продавница. На неговото барање, надлежниот орган за издавање одобренија за градење усно му објаснува дека не е можно тој објект да се користи така бидејќи станува збор за непривилегирана намера, за која не е дозволено да постои во надворешна област. Од гледна точка на органот, законот е дециден и тој орган одбива да ја одобри одбиената одлука. Сопственикот потоа доставува итна барање до судот против органот за издавање одобренија за градење заради добивање дозвола, која се образложува на тој начин што поранешното земјоделско претпријатие веќе добило одобрение и дека таму веќе биле изградени објекти. Тој понатаму образложува дека веќе почнал со реновирањето и дека секојдневното одложување на градежните работи би предизвикало значителни трошоци, кои ги потврдува со приложување на договорите со градежните фирми-изведувачи и со веќе договорените казни доколку не се почитува договорот.

→ Барање за донесување привремена мерка, предуслов: наведување на веродостојноста на причината за мерката: Прикажување на потребата за итност, тужба поради молчење, финансиска штета, но е забрането пренебрегнување на главниот предмет преку доставување на одобрението за градење во итна постапка, само при ненадоместлива правна заштита, на пример, кога општината планира менување на правото на штета на инвеститорот на објектот, а инвеститорот на објектот може да го добие одобрението за градење само во рамки на еден определен временски период или, пак, ако одложувањето доведува до загрозување на егзистенцијата (посебно на инвеститорот на објектот, кој врши стопанска дејност), ако државниот орган ја пречекори временската рамка за - според службената должност - брзо административно дејствување; право на мерка за издавање одобрение: не е привилегирана намера, заштитата на имотот е истечена поради подолга задача на користење, одбивање на барањето.

Може да се спроведат и градежноправни плански мерки на општината во која се наоѓа земјиштето, како на пример изработка на градежен план и наредба за забрана за менување. Бидејќи градежниот план и забраната за менување што произлегла од него не претставуваат управен акт, туку општа регулатива што е во рангот под законот, дозволена е т.н. тужба за контрола на нормите. Германското право во овој случај предвидува посебна постапка за привремена правна заштита, која соодветствува со привремената постапка со посебни (тесни) предуслови (членот 47, став 6 од Законот за управни спорови).

Пример 2: Ветерница за производство на електрична енергија

Подносителот на барањето сака како закупувач на земјиште што се наоѓа во регионалната програма за просторно планирање како област погодна за енергија од ветер да изгради ветерници за производство на електрична енергија. Општината изработува план за градба, според кој е дозволено да се изградат овие ветерници на некои други земјишта, но не и на парцелата на подносителот на барањето. Сопственикот на едно од овие други земјишта, по добивањето на потребните дозволи,

почнува да гради вакви постројки. Подносителот на барањето бара да се направи контролата на нормите против градежниот план и во исто време да се достави барање за привремено неизвршување на градежниот план со образложение дека, доколку другиот сопственик ги изгради ветерниците, повеќе нема да биде можно на неговото земјиште да се изградат вакви ветерници бидејќи така нема да се исполни потребното безбедносно растојание и дека другите ветерници би му го собирале неговиот ветер.

→ Барање за донесување привремена мерка според членот 47, став 6 од Законот за управни спорови, предуслов: построг критериум како кај членот 123 од Законот за управни спорови; се користи само при одбрана од потешки недостатоци или поради други важни причини бидејќи во случај на создавање ветерница од страна на конкурентот, тоа ќе го направи невозможно создавањето ветерница од страна на подносителот на барањето, при (привремено) неизвршување овој конкурентски однос треба да го земе предвид органот што издава поединечни одобренија за заштита од загадување.

(2.) Доколку е издадено одобрение за градба, тогаш против тоа одобрение може да се насочи **соседот**, чиешто права се засегнати со градењето на објектот, што, пак, го принудува инвеститорот на објектот да заземе одбранбена позиција. Тука станува збор за случај на т.н. оспорување на трето лице. Во оваа констелација на постапки постојат тројца учесници во постапката: соседот како подносител на барањето, државниот орган што го издава одобрението и инвеститорот на градбата, како сопственик на одобрението, кој треба нужно да се вклучи во постапката преку покана. Одлуката мора да биде единствена и да се однесува и на инвеститорот на објектот. Соседот поради одложното дејство на жалбата според членот 212а од Законот за градење поднесува барање за повторно воспоставување на одложеното дејство на неговата жалба против одобрението за градење (членот 80, став 5, 80а од Законот за управни спорови). Сепак, пред да поднесе барање за судска привремената правна заштита, тој мора да поднесе барање за запирање според членот 80, став 6 од Законот за управни спорови пред државниот орган. По правило, треба да се наложи одложено дејство на правниот лек ако постојат сериозни сомнежи во однос на можноста за вклучување на прописите за заштита на соседите. Наспроти тоа, барањето за добивање привремена правна заштита треба да се одбие доколку одобрението за градење не се спротивставува јасно на нормите за заштита на соседите. Доколку тоа не е така, тогаш можностите за успех во главниот предмет се отворени и тогаш треба да се преземе сеопфатна процена на интересите. Меѓутоа, законското исклучување на одложеното дејство на жалбата на соседот не значи предност за интересите на инвеститорот на објектот во реализацијата на намерата.

Пример 3: Станбен објект на граница со земјиште

Едно лице гради објект врз основа на добиено одобрение за градење станбен објект за повеќе семејства и тоа на границата на земјиштето со соседот. Во одобрението се поаѓа од околноста дека делот од градбата што се наоѓа на границата на земјиштето, што претставува градба без просторија за престој, односно овде тоа е подрум, не мора да го задоволи потребното растојание од најмалку 3 м. во

однос на земјиштето на соседот. Овде станува збор за зграда што има само две станбени единици, кои, инаку, мораат да задоволат минималното растојание од 3 м, што во конкретниот случај е така. Соседот прво доставува барање за прекинување на одобрието пред органот, кое му се одбива со ова објаснување. Тој потоа поднесува барање за одложено дејство на неговиот приговор пред суд, кој го објаснува со постоење на недостатоци на објектот во однос на статиката.

→ Барање според членот 80а, став 1, 80, став 5 од Законот за управни спорови, на можностите за успех во главниот предмет поради недостатоци во статиката не може да се повика соседот бидејќи тие прописи не се однесуваат на заштита на сосед, напротив, станува збор за придржување кон законски пропишаните норми за растојание. Овде може користењето на наведениот подрум да остане отворено бидејќи објектот не ги исполнува условите за постоење определено растојание, не поради причините наведени од соседот. Објектот се наоѓа на границата со земјиштето на соседот, и од двете страни заедно ја пречекорува највисокодозволената должина на гранични објекти, која изнесува 15 метри. Освен тоа, за објектот не постои одобрение според градежен план бидејќи се пречекорува фактичката градежна линија и бидејќи таа не се совпаѓа со поблиската околина.

(3.) Конечно, финансиерот на објектот може да се насочи против **интервенирање во градежната регулатива** на државниот орган. Инструменти што му се на располагање на државниот орган се: наредба за прекинување на градењето, затворање на градилиштето, забрана за користење и наредба за отстранување градежен објект (т.н. уривање).

Прекинувањето на градбата може да се наложи тогаш кога еден градежен објект се гради без потребното одобрение или кога се гради поинаку од издаденото одобрение. Истото важи и кога одобрието за градење ќе се оспори и од страна на трети лица (сосед) и кога ќе се укине од страна на државниот орган или судот или кога не настапува извршувањето. Тогаш оваа градба формално е нелегална. Начелно е доволна формалната нелегалност за да се донесе одлука за прекинување на градењето. Таа само тогаш не е одобрена, кога градежниот план, очигледно, ги исполнува условите за да биде одобрен, значи кога постојат сите предуслови за издавање одобрение за градење. Станува збор за ситуација на оспорување, а во привремената правна заштита и за барање за повторно воспоставување одложено дејство на жалбата и на тужбата бидејќи наредбата за запирање бара посебна наредба за неодложно извршување.

Доколку и покрај наредбата со итно извршувачко дејство за прекинување на градењето и натаму се гради, тогаш органот за издавање градежни дозволи може да го запечати градилиштето. Запечатувањето претставува специјален судски случај на непосредна принуда. Наспроти тоа, како мерка за извршување жалбата нема одложено дејство. Како при наредбата за прекинување на градењето, така и при запечатувањето при поднесување на предусловите, доминира јавниот интерес за неодложно извршување.

Пример 4: Мерки за одржување без потреба од одобрение

Подносителот на барањето смета дека при санацијата на неговиот објект станува збор за активност на одржување, која е ослободена од потребата за доби-

вање одобрение. Органот за извршување градежен надзор издава одлука за прекин на градбата бидејќи заштитата на објектот, кој веќе подолго време стои празен, е истечена и повторното користење на објектот е еднакво на новоградба. Освен тоа, работите нема да бидат само активности поврзани со одржување на објектот.

Доколку некој објект се користи спротивно на јавноправните прописи, тогаш органот за градежен надзор е надлежен да издаде забрана за користење. И овде начелно е доволно постоење формална нелегалност на користењето, т.е. да не е одобрено вистинското реализирање на користењето. Доколку овие предуслови постојат, тогаш постои доминантен јавен интерес за неодложно извршување на забраната за користење. Неодложното извршување според членот 80, став 2, бр. 4 од Законот за управни спорови мора децидно да се нареди. Затоа не постојат големи барања според членот 80, став 3 од Законот за управни спорови за нужно образложување на наредбата за неодложно извршување.

Пример 5: Викендички во област исклучително со станбени објекти

Поднесувачот на барањето е сопственик на станбен објект со две станбени единици. Во градежниот план, според членот 3 од одредбата за градежно користење, е утврдено дека само како исклучок се дозволени помали сместувачки објекти. Поднесувачот на барањето изнајмува стан како сместувачки феријален објект. Против ова, органот за градежен надзор издава забрана за користење со итно извршно дејство.

Донесувањето наредба за отстранување претпоставува постоење формална и материјална илегалност на намерата. Ова постои кога намерата е во колизија со јавноправните прописи, особено со правото за градежно планирање и со градежната регулатива. И тука неодложното извршување според членот 80, став 2, бр. 4 од Законот за управни спорови треба да се наложи од страна на државниот орган според членот 80, став 3 од Законот за управни спорови и треба посебно да се образложи. Барањето за привремена правна заштита до судот се ориентира според членот 80, став 5 од Законот за управни спорови за повторното воспоставување на одложеното дејство на жалбата и на тужбата. Бидејќи отстранувањето на градежниот објект, по правило, е нешто што потоа не може да се поправи, само како исклучок треба да се претпостави доминантниот јавен интерес за извршување – за разлика од прекинувањето на градењето и на забраната за користење. Начелно преовладува интересот на засегнатиот да остане поштеден од извршувањето на наредбата за уривање сè до донесување одлука во постапката по главниот предмет. Неодложното извршување на наредбата за уривање, по правило, е оправдана тогаш, кога од објектот произлегува некаква опасност, кога од објектот може да произлезе дејство што ќе биде за пример и ако се стравува дека и други ќе го следат тој пример и кога отстранувањето може да се спроведе без значителни суштествени загуби или трошоци.

Пример 6: Дрвена колиба како ателје

Еден уметник на полуостров преправил една дрвена колиба во ателје. Бидејќи станува збор за природа заштитена со закон, органот за градежен надзор забранува

користење и издава дозвола за уривање, за која бара итно извршно дејство. Тоа, меѓу другото, го објаснува со тоа дека при демонтирањето на дрвената колиба нема да настапи значителна суштинска загуба и дека таа може да се изгради повторно на некое друго место.

б) Право за заштита на животната средина, право за заштита од загадување

Друг дел од итната постапка пред управните судови се постапките од областа на правото за заштита на животната средина. Тие често се карактеризираат со технички прашања и со голема обемност на материјалот на актите, што ги прави многу трудоинтензивни. Судското разјаснување на предметот во итната постапка често се судира со своите граници, а одлуката тече – доколку главниот предмет има отворен резултат – често како чисто премерување на интересите на последиците од извршувањето. Во итната постапка, начелно, не се врши снимање на доказите. Тука, пред сè, станува збор за постапка на повторно воспоставување на одложеното дејство. Поради забраната за пренебрегнување на главниот предмет, постапките за донесување привремена мерка заради доделување одобрение имаа помалку успех. Само кога можностите за успех во главниот предмет се извесни, тогаш може да се земе предвид пренебрегнување на главниот предмет. Големото подрачје на заштитата на животната средина и опасностите за заедницата доколку се загрози животната средина, по правило, ја оправдува мерката за итно извршување при еколошки активности, така што не се потребни големи барања во однос на образложението. Делумно, интересот за наредбата го вклучува и интересот за извршување, така што не е потребно натамошно објаснување.

Областите суштински за привремената правна заштита се **правото за заштита на почвата и правото за заштита на веќе контаминирани области**. Во овие случаи на едно одговорно лице му се дава задача за спроведување определени мерки за испитување и за санирање, а трето лице се обраќа против одобрението за санација на депонија. Во **правото за стопанско циркулирање и правото за отпад** станува збор за обврската на сопственикот на отпадот за регуларно отстранување и третман на отпадот или, во поново време, станува збор за одобрување за стопанисување со собирање отпад (стара хартија). Во **правото за водите** станува збор за случаи на загадување на површинските води или за спорови поврзани со издавање одобренија поврзани со правото за води, но и за мерки за заштита на водите. Во **правото за заштита на природата** во постапката на привремената правна заштита голема улога игра разгледувањето на стручните планови (постапка за утврдување план). Правото за заштита на природата е пример за интересот за извршување, кој се карактеризира со материјалното право. Станува збор за тоа што е можно побрзо воспоставување на природните односи и за спречување на непоправливо уништување на природата, која треба да се заштити. Така, на пример, во еден спор станува збор за интервенција спротивна на законот во еден заштитен биотоп, преку наредбата за повторно воспоставување да се спречи да настанат непоправливи последици врз природата или да се забрани недозволено интервенирање во водите преку неодложното извршување. Треба уште да се укаже на здруженијата за заштита на природата, кои постојат во правото за заштита на водите и на природата, и на дозволата за тужба на признати здруженија за заштита на природата, која произлегува од Европското право.

Правото за заштита од загадување претставува пресечна материја зашто проблематиката од областа на правото за заштита од загадување игра улога во низа други области. Изградбата и работата на машина за горење отпад, на пример, и одобрението на правото за заштита од загадување. Против користењето на градежниот објект можат да се издадат мерки за заштита од загадување. Покрај тоа, на правното одобрение за заштита од загадување, според членот 13 од Сојузниот закон за заштита од загадување, доаѓа и т.н. дејство на концентрација, т.е. тоа ги заменува одобренјата потребни според другите закони.

И правото за заштита од загадување се карактеризира со постапките на привремена правна заштита на барањата за наредба за повторно воспоставување на одложеното дејство според членот 80, став 5 од Законот за управни спорови. Ова е случај кај барањата против одобрени машини, дали поради доделување дозволи преку операторот или сопственикот на одобрението, или преку соседот против тоа одобрение. Сепак, постојат и констелации во кои соседот сака за машината што е ослободена од потребата да добие одобрение, органот за заштита од загадување да назначи обврска да добива одобрение заради донесување решение за последователни дозволи заради работа на машината.

Пример 7: Сервис за миење возила

Сопственик на бензинска пумпа во својот објект има сервис за миење возила, каде што кога работи машината за миење се пушта лизгачка врата. За оваа машина, според законот за заштита од загадување, не е потребно да се добие одобрение. Соседот се обраќа поради бучавата што ја предизвикува машината, посебно во определен дел од денот, нагласувајќи дека лизгачката врата не е секогаш затворена кога работи машината. Тој пред судот доставува итно барање со цел органот да биде обврзан да интервенира против работењето на оваа машина.

→ *Барање за донесување привремена мерка според членот 123 од Законот за управни спорови заради обврзување на органот за заштита од загадување заради донесување последователна мерка за работа на машина за која не постои обврска за добивање одобрение; сопствениците на машини од кои се создаваат последици штетни за околината треба така да ги управуваат што ќе се избегнуваат последици за соседите; заштитата од бучава е регулирана во делот за бучава (антиципирано вештачење од вештак), зависи од тоа кое ниво на заштита го има соседот, на пример во чисто станбен блок со максимум 50 dB(A) преку ден и 35 dB(A) ноќе. Поднесувачот на барањето мора да биде убедлив, т.е. треба да прикаже дека нивото на заштита не се почитува. Доколку тоа не може да се констатира и, сепак, има доволно индиции за пречекорување на вредностите за загадување, тогаш доаѓа предвид обврската на државниот орган за спроведување мерење на бучавата.*

Пример 8: Ресторан за танцување

Во центарот на градот еден сопственик на ресторан во задниот дел на објектот има локал. До него се доаѓа на тој начин што преку улицата се влегува до објектот преку една порта, така што се оди преку ходник широк околу 3 м и долг 10 м, кој

се наоѓа меѓу две куќи, и така се стигнува до задниот дел на ова земјиште. Сопственикот на ресторанот за време на викендите од 17.00 до 23.00 часот редовно организира танцови средби и одвреме-навреме организира прослави за претпријатија и за семејства со капацитет до 150 гости. Соседот се жали поради бучавата. Посебно кога се организираат танцовите вечери и големите прослави, кога гостите при напуштањето на локалот прават голема врва. А, посебно лете, кога се отворени прозорците, големата бучава се шири надвор од објектот, а освен тоа и гостите што се наоѓаат на терасата многу гласно разговараат. Органите за ред и за мир во градот на тоа донесуваат одлука според Законот за работење на рестораните. Според него, меѓу другото, по 22.00 часот прозорците мора да се држат затворени, музичките уреди мораат да се ограничат во интензитетот на тонот, а големите прослави и танцови вечери можат да се одржуваат само во ограничен број денови во годината. Против оваа одлука сопственикот на ресторанот доставува приговор.

Соседот ова не го смета за доволно и се обраќа до надлежниот орган за заштита од загадување, кој одбива да интервенира укажувајќи на мерките на органот за ред и за мир. Тој бара привремена правна заштита пред судот со цел да се обврзе органот за заштита од загадување, да спроведе натамошни одлуки.

→ Барање за донесување привремена мерка според членот 123 од Законот за управни спорови, прашање на надлежност заради донесување други мерки? Орган за заштита од загадување или за заштита на редот и на мирот? Односот на правото за работа на ресторани и на Сојузниот закон за заштита на животната средина, барање за наредба: соседот мора да убеди дека постои пречекорување на граничните вредности, треба да се земе предвид претходната состојба, ресторанот постоел и пред да дојде соседот во таа куќа, доколку е така: дали органот за заштита од загадување може да донесе натамошни ограничувања или дали ресторанот воопшто смеа да постои на тоа место и да работи на тој начин? Сопственикот на ресторанот, веројатно, мора да поднесе барање за да му се одобри друг концепт за работа.

Како што кажав, главните случаи на примена на привремената правна заштита во правото за заштита од загадување се во постапките за повторно воспоставување на одложеното дејство според членот 80, став 5 од Законот за управни спорови. Констелациите на постапки можат да се споредат со тие во градежното право (види погоре): од една страна, постојат барања на соседи за машини за кои не постои обврска за издавање одобрение, значи постои ситуацијата на оспорување од трети лица. Од друга страна, операторите на машини се спротивставуваат на дозволите издадени од државните органи.

Поинаку од наведените правни области, како на пример, во правото за заштита на водите и на природата, во кои преовладува материјалното право на неодложно извршување, за заштитата од загадување, начелно, постои потреба од образложение заради наредување неодложно извршување од кое ќе стане јасно зошто во конкретниот случај има потреба од постоење неодложно извршување, надвор од „нормалното“ извршување на управниот акт.

Токму во ситуацијата на оспорување од трети лица е посебно значајно прашањето за надлежноста за барањето. Аналогно на надлежноста за тужба според членот 42, став 2 од Законот за управни спорови (членот 3, став 1 GSV) треба да постои повреда на

субјективните права што ги има поднесувачот на барањето. Како такви доаѓаат посебно предвид обврските на операторот (значи, барањата за работа, како на машина за која не е потребно одобрение, така и за машина за која мора да се има одобрение). Нивото на заштита се одредува според низа посебни прописи, кои делумно постојат како подзаконски акти кон Сојузниот закон за заштита на животната средина (на пример, бучава, воздух, директива за загадување од мириси (GIRL), директиви на Сојузот на германски инженери (VDI)). Притоа и општините можат да се сметаат за „соседи“ на една машина, доколку се сопственици на земјиште во областа на влијание на машината. Меѓутоа, прописите за надлежности немаат заштита на трети лица. Ова станува потешко кај прописите за постапките. Европското право токму во областа заштита на животната средина има низа регулативи и такви за правата за постапки и за учество, кои штитат трети лица и кои најдоа примена во националното право (на пример, Законот за дополнителни прописи во однос на еколошки прашања според директивата на ЕЗ 2003/35/ЕЗ, животна средина - Закон за правни лекови).

Пример 9: Електрична централа на камен јаглен

Странски инвеститор сака на брегот на една поранешна електрична централа да изгради централа на камен јаглен. Надлежниот орган за заштита од загадување издава одобрение со низа одлуки, меѓу другото, поврзани за целата моќност, за температурата на разладната вода што истекува во морето, за уредите за филтрирање итн. Тој на барањето на инвеститорот наредува итно спроведување на дозволата. Инвеститорот почнува со градење на постројката, но поднесува тужба за наведените одлуки во дозволата и доставува итно барање пред судот. Истовремено жителите, соседните општини и здруженија за заштита на природата, поднесуваат тужби и итни барања пред судот против таа дозвола.

→ За вакви големи постапки во прва инстанца е надлежен Вишиот управен суд. Станува збор за класичен пример на барања за повторно воспоставување на одложеното дејство, од една страна на сопственикот на одобрението според членот 80, став 5 од Законот за управни спорови, од друга страна во констелацијата за оспорување на трети лица според членот 80а, став 3 од Законот за управни спорови. Тоа истовремено е и пример за испреплетеноста на правото за заштита од загадување, на правото за заштита на природата, правото за водите и градежното право и за значењето на дејството на концентрација на одобрението за заштита од загадување.

в) Социјално право, социјална помош

Би сакал да завршам со приказот на практичните области на примена на привремената правна заштита во управно-судските постапки во социјалното право. За разлика од надлежноста на социјалните судови, кои, меѓу другото, се надлежни за пензиското право и за правото за здравствено осигурување, како и за помошта за невработени лица, кај управните судови остана материјата од областа на правото за помош на деца и на млади, правото за помош за издршка, правото за унапредување на образованието и правото на лицата со голем хендикеп. Порано, големо значење имаа постапките за

давање социјална помош, кои во некои години сочинуваа и до една третина од вкупниот број примени предмети. Во областа на социјалната помош посебно значење добива привремената правна заштита бидејќи поднесувачите на барања во случај на откажување на социјалната помош често не располагаат со други средства за покривање на животните трошоци. Дури и ако управните судови во Германија од менувањето на законот на почетокот на 2004 година не се занимаваат повеќе со социјалните постапки, туку многу повеќе се дополнителна помош на невработени (ALG II) и преминаа во надлежност на социјалните судови, сепак сакам да укажам на некои процесни специфики.

Гледано од процесно-правен аспект, кај добивањето социјална помош станува збор за обврзувачка ситуација, така што привремената правна заштита треба да се бара во форма на донесување привремена мерка. Наведеното начело за забрана на пренебрегнување на главниот предмет, со кое се создава фактички конечна ситуација, наоѓа исклучок во социјалното право. Доколку државниот орган преку судот се обврзе на плаќање и доколку се исплатат парите, тогаш тие и ќе се потрошат бидејќи се користат во случај на нужда. Доколку по завршување на постапката по главниот предмет се устрои дека парите биле неосновано доделени, по правило, тие пари примателот на социјална помош не може да ги врати и одлуката не може да се надомести, освен ако лицето што добива социјална помош во некој подоцнежен период не располага со доволно средства и не е повеќе во таа состојба. Со одлуката во постапката за привремена правна заштита за доделување средства, значи, главниот предмет се пренебрегнува, што од гледна точка на средствата, сепак, се чини оправдано само како исклучок. Но, и овде може да постои регулатива во прилог на поднесувачот на барањето, доколку во главниот предмет барем докажал дека постојат значителни можности за успех и дека не би бил изложен на лоши недостатоци, кои поинаку не би можеле да се надоместат, доколку би морал да ја чека одлуката по главниот предмет. Инсистирањето на барањето ја посочува итноста на посакуваната регулатива.

Иако социјалната помош во повеќе случаи се дава на подолг временски период, понекогаш на повеќе години или дури и доживотно, и во таа смисла може да се зборува за траен правен однос, социјалната помош се дава секогаш само за определено време, по правило период што се одобрува е еден месец. Тоа е така бидејќи социјалната помош секогаш се дава само заради покривање конкретна потреба преку тековни или еднократни исплати. Не станува збор за трајно доделување средства како кај пензиите. Доколку се устрои дека потребата е покриена поинаку, на пример поради тоа што следувале исплати од трети лица (други носители на социјална помош како пензија, роднински односи или прочуениот пример со добивка на лото), тогаш нема услов за добивање социјална помош (начело за покривање на потребите). Сепак, посебно тековните плаќања, т.н. редовни рати, редовно се одобруваат и само во случај кога ќе се дознае за промената се добива ново известување. Доколку се прекинат тековните исплати на средства, не е дозволено барање за повторно воспоставување на одложеното дејство на жалбата и на тужбата, туку е за донесување привремена мерка. Поинаку е доколку прекинувањето е одобрено однапред за подолг временски период. Значи, процесно мора да се појде од парцијални одобрувања, кај кои како последица се јавува тоа што

органот во случај на одобрување на итно барање може да биде обврзан само за помош почнувајќи од приемот на барањето во судот до крајот на тековниот месец, најдоцна до донесување на известувањето за оспорување. Во постапката за главниот предмет органот не може, поради истекување на периодот на одобрување, да се повика на завршување на главниот предмет. Корисникот на социјална помош може, и покрај принципот за покривање на потребите, и дополнително да ги обжали исплатите.

Пример 10: Барање за викенд

Едно лице што е корисник на социјална помош во петок претпладне доаѓа во службата за социјални работи и објаснува дека исплатените средства ги потрошил и дека за претстојниот викенд нема средства за покривање на животните трошоци. Државните органи одбиваат да му дадат дополнителни средства со образложение дека мора да научи подобро да си ги распредели парите. Напладне корисникот на социјалната помош се појавува пред суд и усно го изнесува своето барање за одобрување привремена правна заштита, кое записничарот на деловната служба го внесува во записникот.

→ Барање за донесување привремена мерка, причина за донесувањето/итноста очигледно постои, барање за донесување мерка: дали, навистина, постои потребата, дали таа мора да се покрие и дали мора органот да се обврзе да ја даде помошта? Тој што самиот себеси по своја вина се довел во тешка положба, начелно не ја губи основата за добивање помош. Но, помошта може да се ограничи само на тоа што е елементарно за живот. На органот му стојат на располагање други средства покрај одбивањето за постигнување на саканата цел на еднаквото користење на средствата. Така, тој може исплатите да ги врши само парцијално, па дури и ден за ден (на пример, во вредносни бонови место преку исплата на пари). За викендот што претстои органот може да се обврзе барем да исплати средства за два дена, а по потреба може потоа одново во понеделник да се погрижи за овој случај.

4. Практични аспекти на создавањето постапки

Токму последниот пример на случај дава повод за поопшти размислувања и пристап при обработката на постапката за привремена правна заштита во судската практика, со што сакам да завршам со излагањето.

Кои од колегите не се соочиле со следнава ситуација: на патот кон канцеларија размислуваме за дневниот план и сакаме да ја подготвиме усната расправа што ќе се случи следната недела и за која сакаме да се подготвиме. Доаѓаме наутро во канцеларијата и на работната маса наоѓаме два дописа испратени по факс со итни барања: 1. барање за донесување привремена мерка против протерување лице, што било предвидено за утре 2. барање за повторно воспоставување одложно дејство на приговор од соседот против градба на зграда за повеќе семејства, која веќе е почната. А, потоа в петок доаѓа и барањето од примерот 10.

Причина за чувството дека сме под стрес е и околноста дека постапката за привремена правна заштита, по природата на нештата, е итна и дека судиите – барем најголемиот број од нив – не сакаат да бидат под временски притисок. Од друга страна, често се има чувството дека се нема доволно основа за донесување одлуки и дека не сме во состојба доволно да ги согледаме правната и фактичката проблематика во времето што ни е дадено располагање. Ова уште повеќе е така кога ќе се земат предвид македонските кратки временски рокови пропишани со законот: според членот 15, став 3 од Законот, одлуката треба да се донесе во рок од седум дена од приемот на барањето и во рок од три дена по доставување на одлуката странките можат да поднесат жалба, за која, пак, судот потоа треба да донесе одлука во рок од три дена од приемот. Можеби зад можноста за помош се крие идејата на растоварување на судовите во смисла на тоа што прво треба да се донесе привремена регулатива, која потоа ќе може по кратко време да се смени. Но, и тука не треба да се заборава правната загуба, која во меѓувреме настанала за странката што поднесува барање (види погоре 2.).

За да не се ставиме непотребно во стресна состојба, се препорачува систематски пристап, кој со текот на практиката ќе се засилува и ќе создаде рутина. Во првиот чекор е битно, да се изработи вистинскиот вид барање бидејќи со него се поставуваат темелите на програмата за испитување на судската одлука, а со тоа и натамошниот начин на постапување. Станува збор за барање за наредба или за повторно воспоставување на одложеното дејство, за кое на судот му е дадена поголема мерка на службена истрага и се поставува прашањето, кои разјаснувања треба уште да ги направи судот – или поради моментот на донесување одлука – може да ги направи. Доколку фактичката и правната состојба не можат да се проценат во времето што е на располагање, при што токму во врска со правните прашања, и покрај сите можни сумарни испитувања во итната постапка, треба да следува целосно испитување на правната состојба, сепак, на крајот, во одлуката, всушност, ќе стане збор за чисто премерување на интересите на последиците на извршувањето. Кај барањето за донесување привремена мерка, поднесувачот на барањето треба веродостојно да ја образложи причината и основаноста на барањето. Судот има обврска да укаже дека недостига уверливост во образложенијата. Доколку тоа не се направи доволно веродостојно, тогаш поради тоа барањето може да се одбие. Право на тужената странка е да ја стави под сомнеж фактичката состојба изнесена од барателот.

Во вториот чекор е важно е да се создаде јасна ситуација во однос на констелацијата на учесниците за да можат тие што е можно порано, но во секој случај навреме, да се вклучат во постапката. Ова е од посебно значење во констелацијата на оспорување на трети лица бидејќи, по правило, станува збор за случаи на итна покана. Процесноправно гледано се поставува прашањето за овозможување судско сослушување, кое, начелно, мора да се овозможи и само како исклучок може да не се оствари. Овде сосема практично се поставува прашањето за можноста за стапување во контакт со странките, односно со нивните ополномоштени лица. Ова станува јасно во случајот број 10, каде што социјалната служба во петок, по 12.00 часот, не работи. Затоа се препорачува прво да се обезбеди достапност на учесниците, за што е доволен и телефонски повик, што, пак, се забележува во актите. Доколку почесто се има контакт со еден определен државен

орган во врска со итни постапки, препорачливо е да се најдат општи начини како ќе се постапува. Така, на пример, може да се договори дежурен број, кој ќе биде достапен и по работното време на органите. Доколку посебно претставници на органите не му се на располагање на судот, тогаш треба да се укаже на строгите прописи и казни според македонското право во случај на недоволно реализирање на судските обврски од страна на државните органи (членовите 64 и 65 од Законот за управни спорови).

Заради создавање задоволителна основа за донесување одлуки преку разјаснување на фактичката состојба во рамките на итната постапка и/или обезбедување правно соопштување, судот може да му пристапи на државниот орган и да побара краткорочно запирање на извршувањето. За ова, сепак, треба да има конкретна причина на пример, доставување на актите на органите или изработка на одговор на барањето преку органот. Доколку органот не соработува, тогаш во исклучителни случаи постои можност за донесување меѓународба (т.н. одлука за прекин или одлука за запирање). Ова доаѓа предвид заради гарантирање на ефективната правна заштита, која произлегува од Уставот, доколку на поднесувачот на барањето во периодот меѓу поднесувањето на барањето и конечната одлука му се закануваат големи недостатоци со кои не може да излезе на крај.

Конечно, треба да се обезбеди реализацијата на одлуката, односно наредбата. Само таа правна заштита што е навремена е вистинска правна заштита, при што значењето на привремената правна заштита сè повеќе се зголемува за колку што може поинтензивно и колку што може помалку да се избегнат загрозувањата на правата на засегнатото лице (види погоре 2). Обезбедувањето на ефективната привремена правна заштита претставува етикета за марка токму за управното судство бидејќи тоа на граѓаните им дава доверба во независноста на правосудството наспроти извршната власт и во правната држава, а на државниот орган му го предочува врзувањето на администрацијата за законите.

Д-р Ото Малман

Судија-претседател на Сојузниот управен суд,

Лајпциг

**Судската практика на Судот за правда на Европските заедници и
нејзиното влијание врз судската практика на
германските управни судови ***

* Овој труд е писмена верзија на предавањето што авторот го одржа на семинарот „Придонесот на управното судство во развојот на правото: општите начела и правната практика во Македонија и во Европската унија, со посебен осврт на Германија и на Чешка“ организиран заеднички од страна на проектот за Македонија на германската Фондација за меѓународна правна соработка (Фондација ИРЗ) од Бон и Македонската академија за судии и за јавни обвинители, на 29 октомври 2008 г. во Скопје. Во текстот е задржана формата на предавање.

I. Претходни забелешки

Во шеесеттите години на минатиот век еден германски професор го изнесе следниов став: рече дека управното право е правната област во која посебно доаѓаат до израз националните особености.

Ова беше одамна. Денес, во рамки на управното право на земјите што се членки на Европската унија, посебно многу се разви *европеизацијата*. Во многу материи, како што се стопанското управно право, правото за животната средина, правото за странци и за азил и во даночното право многу области се определени од европското право на заедницата и од правната практика на Европскиот суд на правдата на Европските заедници (EuGH) и поизлегуваат од овој суд¹⁷². Истото важи и за суштински области на управното право.

Прво сакам да дадам неколку забелешки во врска со функцијата и со структурата на Европскиот суд на правда (подолу II). Потоа ќе се осврнам поединечно на претходната постапка (III). Понатаму ќе бидат претставени клучните одлуки на Европскиот суд на правда во врска со жителството во Унијата и основните слободи поврзани со Договорот на Европската заедница (IV). На крајот ќе се осврнам на прашања поврзани со правната постапка (V).

II. Европскиот суд на правда

И Европскиот суд за човекови права во Стразбур дава значителен придонес кон европеизацијата на управното право. Од посебно значење за практиката е правната практика во врска со барањата на членот 6 од Европската конвенција за човекови права за времетраењето на постапката. Во некои одлуки што се поврзани со оваа точка, јас годинава учествував како судија по случаен избор. Меѓутоа, сега нема да говорам за оваа правна практика.

Овде ќе стане збор за Европскиот суд на правда во Луксембург. Тој претставува правен орган на Европските заедници. Нему му припаѓа задачата на чување на правото при толкувањето и примената на Договорот на Европската заедница (види го членот 220 од

¹⁷² Види во врска со европеизација на управното право и Шварце (Schwarze, приредувач), Состојби и перспективи на Европското управно право (2008); Дер/Ленц (Dörr/Lenz), Европската управноправна заштита (2006); Рот/Хиполд (Roth/Hilpold, приредувач), Европскиот суд на правда и суверенитетот на земјите што се членки (2008).

Договорот на ЕЗ). Тоа, меѓу другото, го вклучува и второстепеното право, кое е усвоено врз основа на Договорот на ЕЗ (на пример, директиви, подзаконски акти). Европскиот суд на правда има и една друга компетенција надвор од примената и толкувањето на правото, која е ориентирана кон целите на Договорот на ЕЗ за усовршување на правото на Заедницата¹⁷³.

На Европскиот суд на правда му припаѓа по еден судија од секоја земја што е членка, т.е. во моментот има 27 судии. Тој донесува одлуки

- со мали исклучителни случаи во пленум (на пример, разрешување од функцијата на некој член на комисијата),
- во начелно битни постапки како голем совет со 13 судии,
- инаку, како совет со 3 или со 5 судии.

Судиите од своите редови го избираат претседателот на Судот на правдата (членот 223, став 3 од Договорот на ЕЗ) за мандат од три години. Според членот 8 од процесната регулатива на Европскиот суд на правдата, тој ги раководи дејноста на правната практика и управувањето на Судот на правдата. Тој, меѓу другото, има надлежност да достави примен правен предмет до советот и да определи поднесувач на извештај, кој ќе биде надлежен за соодветниот правен предмет (членот 9, членот 2 од процесната регулатива).

Другите детали можат да се прочитаат на интернет-страницата на Европскиот суд на правда на Европските заедници. Таму ќе ги најдете и одлуките на Европскиот суд на правдата.

Европскиот суд на правда е поддржан од генералните адвокати, кои, како и судиите, се независни (види го членот 222 од Договорот на ЕЗ). Станува збор за институција што потекнува од француската правна традиција и прилега на „*commissaire du gouvernement*“ при Conseil d’Etat. Генералниот адвокат се изјаснува – најчесто неколку месеци по усната расправа – во однос на тоа како, според неговиот став, треба да се реши случајот. Ставот на генералниот адвокат, традиционално, има голема тежина. Во најголемиот број случаи, Европскиот суд на правда ги следи неговите конечни барања.

Правната практика на Европскиот суд на правдата има големо значење за динамиката на европското поврзување, тој се нарекува мотор на европското поврзување. За тоа,

¹⁷³ Во врска со ова види Дер/Ленц, Европската управноправна заштита (2006), стр. 4 ff. со др. укажувања.

од негова страна, многу придонесува многустрано употребуваниот метод на телеолошко толкување, т.е. толкувањето што е ориентирано кон смислата и целта на нормата. Тука припаѓа принципот на ефективност¹⁷⁴. Според него, треба меѓу повеќе можни толкувања на една норма да му се даде предност на тоа што најдобро ќе ја развие својата практична делотворност („*effet utile*“).

Материјално гледано, можат да се нагласат, пред сè, три функции на судството на Заедницата: извршувањето објективна контрола на судството преку дејствувањето на органите на заедницата (контролна функција) - непосредна или посредна – обезбедување заштита на поединечните права (функција на правна заштита) и, конечно, обезбедување правна единственост, кохерентност на правото на Заедницата и нејзино развивање (функција на интеграција).

Европскиот суд на правдата на Европските заедници во својата правна практика има развиено два посебно важни принципа:

1. *Предноста на правото на Заедницата* во однос на националното право: правото на Заедницата има повисок ранг од законите на земјите што се членки¹⁷⁵.
2. Клучните одредби на правото на Заедницата се применуваат и *непосредно* во земјите што се членки¹⁷⁶.

Непосредно дејство значи дека граѓаните на земјите што се членки во судските постапки во националните судови можат непосредно да се повикаат на овие одредби. Ова важи за клучните одредби на Договорот на ЕЗ, како и за подзаконски акти¹⁷⁷. И директивите, дури и кога не се реализирани или кога само делумно се реализирани, под определени услови имаат непосредно дејство. Тоа е случај кога одредбите се неопходни, кога се доволно јасни и определени¹⁷⁸.

На тој начин е проширено барањето за правна заштита на управните судови. Судите во земјите што се членки, покрај националното право, мораат да го применат и да го толкуваат правото на Заедницата, кое е повисоко по ранг. Доколку националното право е во колизија со правото на Заедницата, тогаш националното право треба да се толкува во согласност со правото на Заедницата. Кога тоа не е можно, националното право, кое е во колизија со правото на Заедницата, не смее да се примени. Кој суд ќе биде надлежен за да го утврди ова, тоа е прашање на националното право. Сојузниот уставен суд¹⁷⁹ искажа став дека предноста на примена на правото на Заедницата почива врз една напишана норма од првичното право на Заедницата, која ѝ е доделена преку законите за усогласување со договорите на Заедницата во врска со членот 24, став 1

¹⁷⁴ Првпат во пресудата од 23.2.1961 г. - Rs 30/79.

¹⁷⁵ Клучна е пресудата на Европскиот суд на правдата од 15.7.1964 г. – Rs 6/64 – Коста-Енел

¹⁷⁶ Пресуда од 5.2.1963 г. – Rs C-26/62 – Ван Генд

¹⁷⁷ Толку јасно членот 249 од Договор на ЕЗ

¹⁷⁸ Европскиот суд на правдата, пресуда од 6.10.1970 г., Rs 9/70 – Лебер-Пфениг

¹⁷⁹ Одлука од 8.4.1987 г. - 2 BvR 687/85 – Сојузен управен суд 75, стр. 223, 242

(сега: член 23, став 1, реченица 2) од Уставот¹⁸⁰ во врска со националната одредба за примена на правото.

Пример за толкување во согласност со на правото на Заедницата:

Т.н. квалификациска директива¹⁸¹ како свој предмет содржи одредби во врска со второстепената заштита, која, меѓу другото, во случај на закана од поблиску определен вооружен конфликт во матичната земја, предвидува заштита на странците од нивно протерување и доделување дозвола за престој. Законот за престој во членот 60, став 7, реченица 3 ја содржи одредбата дека странците што бараат заштита од протерување во случај на општи опасности ќе бидат упатени на дозволи за заштита од протерување издавани од странски органи. Странецот во тој случај нема право на престој, туку неговиот престој само се толерира. Сојузниот управен суд¹⁸² ја толкуваше оваа одредба во согласност со директивите, дека таа не опфаќа случаи во кои се исполнети предусловите за давање второстепена заштита според членот 15, буква „в“ од директивата. Тоа, всушност, би било во колизија со упатствата од директивата 2004/83/ЕЗ, кога на странец, кој според членот 15, буква „с“ од директивата има право на второстепена заштита, а не ја исполнува фактичката состојба за исклучување од членот 24, став 2, полуреченица 2, не би му се доделило право на престој, туку само толеранција од тоа да биде изложен на протерување.

Ваквото толкување, кое е во согласност со директивата, е можна само тогаш кога националната норма, според законот, причината и историјатот на настанување дозволува такво толкување. Значи дека е нужно постоење слободен простор за толкување. Доколку не постои таков слободен простор, тогаш не смее да се примени националното право ако е во колизија со правото на Заедницата.

Поради тоа, некои околности говорат во прилог на тоа дека националниот законодавец избегнува постоење колизии со правото на Заедницата. Во спротивно, треба да се смета на реакции како од Заедницата, така и од Европскиот суд на правдата. Препоставувам дека тоа се размислувања, кои уште сега го окупираат македонскиот законодавец, кога ќе дојдат на ред прашањето за различните модели за националното законодавство.

III. Постапка за претходно донесување одлука

Постапката за претходно донесување одлука¹⁸³ според членот 234 од Договорот на ЕЗ е предвиден за случаи во кои судијата во земјата што е членка има сомнежи во однос на

¹⁸⁰ Основниот закон е Уставот на СР Германија.

¹⁸¹ Директива 2004/83/ЕЗ на Советот од 29 април 2004 г.

¹⁸² Пресуда од 24.6.2008 г.–Сојузен управен суд 10 С 43.07

¹⁸³ Му благодарам на мојот колега, судијата на Сојузниот управен суд Михаел Грепер за корисните укажувања во врска со постапката за претходно донесување одлука.

тоа кое значење го има правото на ЕЗ во конкретниот случај¹⁸⁴. Постапката за претходно донесување одлука има енормно практично значење. Најголемиот број одлуки на Европскиот суд на правда се содржани во оваа постапка. Тука не станува збор за самостојна постапка за спорови, туку за една меѓупостапка во правен спор, кој му е доделен на еден национален суд. Поради големото практично значење, битно е судиите на земјите што се членки детално да ја познаваат постапката за претходно донесување одлука.

Од другите видови постапки би сакал да ја споменам постапката за повреда на Договорот според членот 226 од Договорот на ЕЗ. Комисијата може поради повреда на Договорот против една земја што е членка да поднесе тужба пред Европскиот суд на правдата.

Со тужбата за ништовност (членот 230 од Договорот на ЕЗ) земјите што се членки како и Европскиот парламент, Советот и Комисијата можат да ги оспорат високите акти на Заедницата (на пример, подзаконските акти). Покрај тоа, можат да се споменат и тужбата поради недејствување и тужбата за надомест на штета (членот 232 и членот 235 од Договорот на ЕЗ).

Кај овие други постапки судиите на земјите што се членки немаат активна улога во постапката. Поинаку е кај постапката за претходни одлуки. Затоа сакам да се осврнам на оваа постапка. Овие постапки ќе бидат од големо значење за македонските судии откако Македонија ќе стане членка на ЕУ.

Целта на постапката за претходно донесување одлука, пред сè, е да обезбеди единственост на толкувањето на правото на Заедницата. Истовремено, треба преку дијалогот со земјите што се членки да се засили прифатеноста на правото на Заедницата.

Кон поимот дијалог: битен е кооперативниот карактер на постапката за претходно донесување одлука. На тоа неодамна укажа претседателот на Европскиот суд на правда-та, Скоурис¹⁸⁵. Европскиот суд на правдата не претставува повисока инстанца. Тој во оваа постапка не донесува одлука за случајот што му е доделен на националниот суд и не ги одложува одлуките, туку само одговара на прашањата што му се поставени. Тој попрво прилега на институција за вештачење. Затоа не мора да се плашите од постапката за претходно донесување одлуки!

Кога треба да се повика Европскиот суд на правдата¹⁸⁶? Нужно е барање за претходно донесување одлука,

- кога постои прашање од правото на заедницата што е битно за донесување одлука, на кое националниот суд, поради досегашната правна практика на Европскиот суд на правдата, не може да се даде еднозначен одговор.

¹⁸⁴ Спореди и Дер/Ленц, Европска управноправна заштита (2006), стр. 69 и понатаму.

¹⁸⁵ Скурис (Skouris), Позицијата и значењето на претходното донесување одлуки во европскиот систем за заштита на правото, EuGRZ 2008, 343

¹⁸⁶ Види EuGHE 1982, 3415 –C.I.L.F.I.T.; Пресуда од 15.9.2005 г., Rs C-495/03 – Intermodal Transports

Со други зборови: поднесок (повикување) до Европскиот суд на правда не е потребно,

- кога случајот поради досегашната практика на Европскиот суд на правдата може да се реши (*acte éclairé*),
- кога, иако сè уште не е донесена одлука во врска на некое битно прашање од областа на правото на заедницата од страна на Европскиот суд на правдата, но сепак не постои сомневање во врска со одговорот на прашањето (*acte clair*),
- Кога одговорот на Европскиот суд на правдата не е битен за одлуката.

Значи, прво е битно судот на земјата што е членка самиот да ја толкува правната норма на Заедницата. При тоа, важат слични начела како и за толкување на националното право. Во прв ред, најбитно е словото на законот. Понекогаш може да биде корисно текстот на нормата да се спореди во различни јазични верзии (на пример, англискиот и францускиот превод).

Клучно значење има – како што е веќе речено – смислата и целта на нормата.

Наспроти тоа, образложението на првобитниот нацрт на една норма на второстепеното право (на пример, на една директива) дека има помалку тежина отколку во националното право. Всушност, нормите во долготрајните постапки на донесувањето норми често се изложени на различни влијанија. Често поради тоа ја менуваат својата цел и содржина.

Доколку сакаме да утврдиме дали едно прашање треба да се достави до Европскиот суд на правдата, тогаш може да биде од полза да се информираме за правната практика во другите земји што се членки. Бидејќи тие се исправени пред истиот проблем. Контактите со странските судии, на пример на меѓународни манифестации, при тоа можат да бидат од полза. Доколку се воспостават контакти, може да се користи е-пошта или телефон.

Освен тоа, врховните судови многу често своите одлуки ги изнесуваат на својата веб-страница. Секако дека тука постои проблем да се разбере јазикот. Но, може да се концентрирате на одлуките на таквите судови, чијшто јазик го разбирате. Сојузниот управен суд, впрочем, во поново време еден дел од своите одлуки ги нуди на својата веб-страница и во англиски превод.

Доколку дојдете до резултатот дека барањето за претходна одлука доаѓа предвид, тогаш прво треба да се разјасни дали за проблематиката е веќе донесена одлука од страна на Европскиот суд на правда или дали постои некое соодветно прашање, кое веќе било поставено до Европскиот суд на правдата. Ако другите иследувања не водат кон јасни резултати, тогаш, исто така, е можно да се праша директно кај Европскиот суд на правдата, на пример, преку е-пошта или телефонски. Таму постои служба за информации, која со задоволство одговара на ваквите прашања.

Кога се појавува некое прашање за кое постојат сомнежи, тогаш во германската практика делумно се земаат предвид и определени показатели. За несигурност во однос на некое прашање станува збор тогаш кога некој орган на ЕУ (на пример, Комисијата) застапува поинаков став од ставот за кој се залага националниот суд. Начелно, може да се претпостави дека, кога други судови – пред сè судови од повисока инстанца – или кога битни гласови во стручната литература, врз основа на темелно изучување на проблематиката, застапуваат поинакво ставови.

Доколку во определени случаи претходното барање сериозно доаѓа предвид, тогаш би требало странките во правниот спор да бидат информирани во врска со тоа. Тие тогаш треба да добијат можност за заземање став.

Кој суд треба да даде увид? Начелно, секој суд може пред Европскиот суд на правда да го достави на увид предлогот за претходното донесување одлука, т.е. тоа може да го направи и суд од пониска инстанца (за разлика од областите виза, азил, емиграција и друга политика поврзана со слободното движење на лица, според членот 68 од Договорот на ЕЗ). Впрочем, судовите од пониска инстанца не се обврзани да даваат предлози на увид. Доколку судовите од пониска инстанца, сепак, некој случај не го достават на увид на Европскиот суд на правдата и покрај постоење сомнежи, тогаш би требало да биде можен, односно во определени случаи и дозволен, правен лек до највисокиот суд. Доколку врховниот суд, исто така, има сомнежи, тогаш тој, според членот 234 од Договорот на ЕЗ, е обврзан да го достави случајот на увид пред Европскиот суд на правдата.

Сега ќе зборувам за содржината на барањето за претходно донесување одлука. Најзначаен дел претставуваат прашањата што се поставуваат. Тие би требало да бидат поставени што е можно повеќе во врска со самиот случај и да бидат формулирани така што по одлуката на Европскиот суд на правда, веднаш да може да се реши правниот спор. Пресудите на Европскиот суд на правдата понекогаш ја содржат реченицата: „Со ова прашање судот што го доставува случајот на увид сака да знае ...“, а потоа следува преформулирано прашање. Тоа може да биде забелешка дека начинот на поставување на прашањето не бил оптимален.

Во врска со образложението на одлуката доставена на увид важи следново:

Начелно, би требало да бидат наведени:

- фактите што се битни за донесување одлука,
- националното право што се применува,
- ставовите на странките,
- причините зошто националниот суд го доставува тоа прашање пред Европскиот суд на правдата.

Тука спаѓаат и причините што говорат во прилог, како и против некое определено толкување на правото на Заедницата. Тоа соодветствува на најголемиот број случаи во практиката. Националниот суд на тој начин става до знаење, кои се, според него, послните

аргументи. Тоа може да биде од полза и за Европскиот суд на правдата. Се разбира дека тогаш постои ризик Европскиот суд на правдата да заземе поинаков став. Меѓутоа, не треба да се смета за личен неуспех доколку тоа е така. Судиите би требало да бидат доволно сигурни во себе за да можат својот став да го застапуваат и пред Европскиот суд на правдата. Освен тоа, можно е и одлуката на Европскиот суд на правдата да не биде многу убедлива за судот што го доставил увидот. Во тој случај е подобро ако однапред се искаже својот став.

Колку исцрпна треба да биде одлуката во врска со националното право, тоа не може да се каже со сигурност. Ваквите образложенија можат да му помогнат на Европскиот суд на правдата да донесе процена зошто е неопходна претходната одлука и за да го разбере контекстот на националното право, во кое на крајот на краиштата ќе се најде и неговата одлука.

Во моментот изминуваат *просечно 19 месеци* додека Европскиот суд на правдата да донесе одлука во врска со некое барање за претходна одлука. Судот што доставува увид може да замоли и за забрзана одлука, а тоа тогаш значи дека отпаѓаат определени чекори во постапката (на пример, завршните барања на генералниот адвокат). Меѓутоа, за ова треба добро да се размисли. Начелно, се чини дека во секој случај е добро генералниот адвокат да се зафати темелно со прашањето.

Забавувањето на постапката преку доставувањето на увид до Европскиот суд на правдата го наметнува прашањето дали е тоа во согласност со членот 6 од Европската конвенција за човекови права. Оваа одредба бара одлука во рамките на еден разумен временски период. Принципиелно, би требало да се смета на вакво временско одолжување. При тоа треба да се земе предвид дека случајот има карактер на пилот-случај. Одлуката на Европскиот суд на правдата има значење што го надминува случајот што се доставува на увид. Кога постои дубиозно прашање од областа на правото на Заедницата, тогаш, начелно, временското одолжување е оправдано. Ова, впрочем, мора да им биде јасно и на претседателите на судовите или на другите институции, кои ја проценуваат работата на судиите и при тоа го земаат предвид времетраењето на постапката.

Со барањето за претходна одлука постапката би требало во исто време формално да се прекине¹⁸⁷, сè додека не се донесе одлука за барањето за претходна одлука. Така би требало да се постапува и во другите постапки за кои е нужно, заради донесување одлука, да имало доставено барање за претходна одлука.

Специфики има во постапката за првична правна заштита. Дури и кога се поставува дубиозно прашање од областа на правото на Заедницата, заради ефективна правна заштита мора брзо да се донесе одлука. Кога станува збор за важноста на правниот

¹⁸⁷ Види членот 94 Управната судска одредба

акт на Заедницата, Европскиот суд на правдата¹⁸⁸ бара од секого – и од судот што не е од последна инстанца – доставување на увид на дубиозното прашање според членот 234 од Договорот на ЕУ. Националниот суд, поради потребата од итноста на претходната постапка за правна заштита, не е обврзан да ја прекине постапката и да ја почека одлуката на Европскиот суд на правдата. Но, Европскиот суд на правдата, во интерес на единственото зачувување на претходната правна постапка во Заедницата, има развиено низа предуслови со кои не е дозволено прекинување од страна на националниот суд од гледна точка на европското право: националниот суд мора да има големи сомнежи за важноста на правната норма на Заедницата за која во тој случај станува збор. Освен тоа, прекинувањето мора да биде итно, т.е. на доставувачот на барањето мора да му се заканува голема штета, која тешко може да се надомести и која може да настапи пред донесувањето на одлуката на Европскиот суд на правдата. Овој предуслов не го исполнува само ако настане парична штета. При своето донесување одлука за прекин, националниот суд, освен тоа, мора соодветно да го почитува интересот на Заедницата заради целосна делотворност на дубиозната правна норма. Извршувањето на управниот акт во постапката за претходна правна заштита може да се прекине само толку време, додека Европскиот суд на правдата не донесе одлука во врска со дубиозното дејствување на Заедницата. Ако дојде до постапка за главниот предмет и ако судот за главниот предмет има, исто така, сомнежи за важноста или за делотворноста на правниот акт на Заедницата, тогаш судот мора претходната одлука на Европскиот суд на правдата да ја стави како основа на својата одлука (види во врска со претходната правна заштита и подолу V.2.с).

Сега нешто за постапката пред Европскиот суд на правдата, кога барањето за претходна одлука веќе е доставено. Учесниците во постапката, земјите што се членки на ЕУ и Комисијата добиваат можност писмено да ги достават своите ставови. Тие можат и да се искажат и во усната постапка. За разлика од тоа, судот што доставува на увид не учествува во натамошната постапка. Неколку месеци по усната расправа, вообичаено следуваат завршните барања на генералниот адвокат.

Теоретски гледано, Врховниот суд може барањето за претходна одлука да го одбие како недозволено, меѓутоа, во практиката тоа се случува исклучително ретко¹⁸⁹. Доколку се утврди дека за прашањето што е доставено на увид веќе била донесена одлука од страна на Врховниот суд, тогаш судот што доставува на увид ќе информира за тоа и ќе праша дали ќе се одбие барањето. Судот што доставува на увид може и самиот да ја повлече одлуката за доставување на увид, доколку забележи дека за прашањето што е доставено на увид веќе била донесена одлука од страна на Европскиот суд на правдата. Во ретки случаи, Европскиот суд на правдата го замолува националниот суд за натамошни објаснувања, доколку, според него, не може да се согледа смислата на важноста на прашањето.

¹⁸⁸ Rs. C-143/88 и C-92/89 - Süderdithmarschen; види во врска со ова и во врска со следниот дел Путлер во Зодан/Циков (Puttler in Sodan/Ziekow), административна судска одредба, 2. изд. членот 80 бр. 16

¹⁸⁹ На пр., кај очигледно погрешното користење на прописот што треба да се толкува, види: одлука на Европскиот суд на правдата 1994 г., I –1707, Rs C - 428/93

Кога еднаш ќе биде донесена одлуката на Европскиот суд на правдата во врска со поставеното прашање на националниот суд, вообичаено не претставува проблем работата да се заврши до крај. Кога е очигледно дека тужителот ќе загуби, тогаш по правило тој ќе ја повлече тужбата или ќе ја објави како завршена. Доколку, пак, државниот орган е во улога на страната што, најверојатно, ќе загуби, тогаш тужителот многукратно ќе остане без тужба. Доколку предметот не може да се реши без спор, тогаш националниот суд треба да ја продолжи постапката и да донесе одлука. При тоа тој, секако, е поврзан за ставот на Европскиот суд на правдата.

Одлуката на Европскиот суд на правдата е, исто така, *обврзувачка и надвор од случајот за кој е донесена одлука*. Тоа ја објаснува околноста зошто постапката на претходна одлука игра толку централна улога во практика.

Всушност, постојат разлики меѓу земјите што се членки во однос на бројот на случаи доставени на увид до Европскиот суд на правдата. Германските судови со задоволство ги доставуваат случаите на увид. Во 2007 година од вкупно 265 случаи на увид дојдоа 59 од Германија, 43 од Италија, 26 од Франција, 22 од Белгија, 20 од Австрија, 19 од Холандија, 16 од Велика Британија, 14 од Шпанија. Меѓу новите земји што се членки води Полска со 7 случаи на увид. На другите 18 земји што се членки отпаѓаат другите 39 случаи на увид¹⁹⁰.

IV. Судската практика на Европскиот суд на правдата во врска со жителството во Унијата и во врска со основните слободи според Договорот на ЕЗ

Сега би сакал да се осврнам на одлуките на Европскиот суд на правдата во врска со жителството во Унијата и во врска со основните слободи според Договорот на ЕЗ, кои се соодветни за практиката на управните судови.

1. Жителство во Унијата

Прво за жителството во Унијата. Според членовите 17 и 18 од Договорот на ЕЗ, жител на Унијата е тој што има државјанство од некоја земја што е членка. Жителството во Унијата го дополнува националното државјанство, но не може да го замени. Секој граѓанин на Унијата, начелно, има право слободно да се движи и да престојува во подрачјето на земјите што се членки.

Жителството на Унијата беше воведено во Договорот на ЕЗ со Договорот од Маастрихт. Тоа изразува дека ЕЗ повеќе не се сфаќа како стопанско здружение. Целта е многу повеќе создавање општо политички сфатен поим на „Европа на граѓаните“¹⁹¹. Во согласност со

¹⁹⁰ Лума (Lumma), EuGRZ 2008 г., 381, 382

¹⁹¹ Види Оперман, Европско право, 3. изд. (2005) стр. 72, 497 f.

тоа, жителството во Унијата дава права што ги надминуваат правата за економската слобода на работа. Тоа има практично значење, пред сè, за лицата што според правата за основните слободи не можат да се подведат под одредницата работници или самостојно вработени лица.

- а) Во врска со тоа може да послужи следниов случај: тужителката, која е германска државјанка, почнала студии на некој англиски универзитет. Таа пред соодветните германски служби поднесе барање за стипендија, значи барање за финансиска поддршка. Службите го одбиле нејзиното барање бидејќи, според германското право, е можно да се добие финансиска поддршка за студии во странство само ако лицето претходно една година има студирало во Германија. Тогаш тужителката поднесе тужба пред управниот суд.

Управниот суд достави барање за претходна одлука до Европскиот суд на правдата. Тој праша во врска со компатибилноста на германското право и членовите 17 и 18 од Договорот на ЕЗ.

Европскиот суд на правдата¹⁹² сметаше дека барањето за едногодишно студирање во Германија пред да се добие стипендија за студии во странство е соодветно за да ги задржи граѓаните на Унијата да не ја напуштаат Германија и да студираат во некоја друга земја што е членка на ЕУ. Но, тој тука виде прекршување на правото според членот 18 од Договорот на ЕЗ, според кој постои можност за слободно движење и престој во земја што е членка.

Германските служби поднесоа приговор дека ваквото толкување би довело до големо финансиско оптоварување. Европскиот суд на правдата потврди дека ваквото размислување е оправдано. Но, додаде дека овој аргумент не важи доколку студентот до еден определен степен е вклучен во општеството. А, во овој случај можеше да се смета дека постои таков степен на вклученост.

- б) Во еден друг случај, кој беше пред Сојузниот управен суд, стануваше збор за губењето на жителството во Унијата. Тужителот, кој потекнува од Австрија, во 1998 година стана државјанин на Германија. Со тоа го загуби австриското државјанство. Меѓутоа, при поднесување на барањето за државјанство во Германија, не наведе, иако кон тоа беше обврзан, дека во Австрија за него бил почнат процес на истрага поради постоење сомнение за тешка проневера. Кога надлежниот германски орган дозна за тоа, ја повлече одлуката за доделување државјанство.

Против оваа одлука била упатена тужба. Претходната инстанца, Баварскиот врховен управен суд, појде од фактот дека државјанството било здобиено со свесна измама и

¹⁹² Пресуда од 23.10.2007, Rs. C-11/06 – Морган

дека во согласност со тоа, според германското дискрециско право, државјанството може да биде одземено. Баварскиот Врховен управен суд го застапуваше ставот дека поаѓајќи од членот 17, став 1, реченица 1 и 2 од Договорот на ЕЗ и на таму регулираната дополнителност на жителството во Унијата во однос на националното државјанство, здобивањето и одземањето на жителството во Унијата, направено е посредство исклучително преку државјанството во земјата што е членка. Утврдувањето на предусловот за здобивање и за одземање на државјанството е во надлежност на земјите што се членки¹⁹³. Баварскиот Врховен управен суд ја одби обврската што произлегува од Заедницата дека мора да го пренебрегне одземањето државјанство здобиено со свесна измама, иако тужителот со тоа остана без државјанство и дека со тоа ќе го загуби и државјанството во Унијата. Австриското државјанство веќе го загубил по силата на законот со самото здобивање на другото државјанство. Според австриското право, не е можно автоматско враќање на австриското државјанство.

Сојузниот управен суд¹⁹⁴ имаше сомнежи во однос на тоа дали загубата на жителството во Унијата е усогласено со членот 17 од Договорот на ЕЗ. Тој, меѓу другото, упати на правата и на основните слободи поврзани со „основниот статус“ на жителство во Унијата.

Сојузниот управен суд достави барање за претходно решавање на ова прашање пред Европскиот суд на правдата „дали од правото на Заедницата произлегува дека следува и загуба на жителство на Унијата... што произлегува од фактот дека одземањето на државјанството според националното (германското) право поради зловна измама води кон тоа една земја што е членка (Германија), во содејство со националното право за државјанство на некоја друга земја што е членка (Австрија)... доведува до состојба на немање државјанство“.

Европскиот суд на правдата досега не донесе одлука во врска со ова прашање.

2. Слободно движење на стоката

Во врска со првата основна слобода, слободното движење на стоката (членот 23 ff. од Договорот на ЕЗ):

- a) Пресудата на Европскиот суд на правдата Касис де Дижон (Cassis de Dijon)¹⁹⁵ од 1979 година претставува водечка одлука во врска со начелото за слободно движење на стоката. Според него, трговците можат секој производ од некоја друга земја на заедницата да го увезат во својата земја, сè додека тој производ е

¹⁹³ Види Европскиот суд на правдата, пресуда од 7 јули 1992 г. - Rs. C-369/90 – Михелети.

¹⁹⁴ Одлука од 18 февруари 2008 г. – Баварски Врховен управен суд 5 C 13.7

¹⁹⁵ Пресуда од 20.2.1979 г. - Rs. C-120/78

прописно произведен таму и е ставен во оптек. Увезувањето на тој производ не смее да се спротивстави на никаква принудувачка причина, на пример заштита на здравјето или на животната средина.

- б) Следниот случај доаѓа од Шведска. Тужителот сакал преку поштенски пратки да увезе гајби со шпанско вино во своето живеалиште во Шведска. Гајбите биле конфискувани со образложение дека, според законот за алкохолни пијалаци, не е дозволено да се увезат. Имено, во Шведска им е забрането на приватни лица да увезуваат алкохолни пијалаци.

По поднесувањето на овој случај на увид од страна на надлежниот шведски суд, Европскиот суд на правдата¹⁹⁶ ја испита забраната за алкохолни пијалаци според критериумот од членот 28 од Договорот на ЕЗ. Според него, се забранети ограничувања на количините, како и сите мерки со исто дејство меѓу земјите што се членки. Европскиот суд на правдата донесе одлука дека ограничувањето на слободниот проток на стока не може да биде оправдан со забраната за алкохолни пијалаци. Дека станува збор за привилегираност на позицијата на монополот, која се овозможува според шведскиот закон. Поради тоа не е оправдана забраната за заштита на здравјето и за заштита на младите.

3. Слободно движење на работниците

- а) Кон основите на Заедницата спаѓа и слободното движење на работниците, кое е уредено со член 39 ff. од Договорот на ЕЗ¹⁹⁷.

Работниците од една земја што е членка, според тоа, имаат право да ја напуштат својата татковина и да патуваат во некоја друга земја на Унијата и таму да престојуваат заради барање работа и вршење работа. Забранета е секоја дискриминација што е поврзана со државјанството. Ова право е ограничено тогаш кога е загрозен јавниот ред, безбедноста и здравјето (членот 38, став 3 од Договорот на ЕЗ).

Судската практика на Европскиот суд на правдата во врска со слободното движење на работниците има многу големо практично значење за управните судови во Германија. Бидејќи членот 39 од Договорот на ЕЗ опфаќа права за престој на работната сила и други рамковни услови поврзани со престојот, на пример, станува збор за правото за странци, за правото на јавната администрација и за даночното право. За даночното право, всушност, во Германија се задолжени специјализирани финансиски судови.

¹⁹⁶ Пресуда од 5.6.2007 г., Rs. C-170/04 – Розенгрин

¹⁹⁷ Види Оперман, Европско право, 3. изд. (2005) стр. 517 ff.

Поимот „работна сила“ може да се толкува нашироко бидејќи личната област на употреба на една битна основна слобода е утврдена со Договорот од ЕЗ.¹⁹⁸ Прописите за слободно движење на работната сила се однесуваат на сите работници што не се вработени самостојно во свое претпријатие.

Наспроти тоа, правилата за слободата на отворање претпријатија и за слободното движење на услугите се однесуваат на тие лица што се самостојно вработени; но, за ова ќе говорам подоцна (види подолу под 4. и 5.).

Според членот 39, став 4 од Договорот на ЕЗ, слободното движење на работниците не се однесува на вработените во јавната администрација. Според судската практика на Европскиот суд на правдата, овој исклучок треба да се толкува потесно¹⁹⁹. Исклучокот се однесува на само тие лица што вршат дејност од државен карактер.

- б) Во оваа област зголемената европеизација на националното право веќе имаше реперкусии врз македонските спортисти, всушност, врз македонски врвни фудбалери, кои играат во германската Бундеслига. Играњето во германско здружение во голема мера се олеснува преку Босмановата одлука на Европскиот суд на правдата²⁰⁰. Стануваше збор за правилата на националните фудбалски сојузи, со кои се ограничуваше бројот на странските играчи во тимовите. Европскиот суд на правдата донесе одлука слободното движење на работниците да не смее да биде ограничено со ваквите правила. Во подоцнежните одлуки²⁰¹, ова начело беше проширено на играчите што доаѓаат од земјите што се асоцијативни членки.
- в) Сега за еден случај што беше доставен до Сојузниот управен суд.

Тужителот, кој беше германски државјанин, беше правник-кандидат за правосуден испит, т.е. по завршувањето на студиите по право извршувал правна практика. Во текот на овој период – значи само привремено – тој бил службеник и за таа функција добивал и паричен надомест. По завршувањето на своето образование во германското правосудство, по своја желба, во рамките на практичниот дел од студиите работел во една адвокатска канцеларија во Англија. Во правниот спор стануваше збор за патните трошоци. На тужителот му биле покриени само патните трошоци од неговото живеалиште до германската граница, но не и трошоците за патот понатаму до Англија. Со тужбата барал да му бидат покриени вкупните патни трошоци. Но, според германското право, му се покриваат само патните трошоци од неговото живеалиште до местото каде што се извршува обуката, доколку местото на обука се наоѓа во Германија.

¹⁹⁸ Одлука на Европскиот суд на правдата 1986 г., 1741 - Rs. C-139/85

¹⁹⁹ Европски суд на правдата, пресуда од 2.7.1996 г., Rs. C-290/94 - Комисија/Грција

²⁰⁰ Одлука на Европскиот суд на правдата 1995 г., I-14921 ff. - Rs. C-415/93

²⁰¹ Одлука на Европскиот суд на правдата 2003 г., I-4135 ff. Rs. C-438/00 - Колпак; пресуда од 12.4.2005 г. - Rs. C-265/03 - Casagrande

Судиите се сомневаа во однос на тоа дали оваа правна состојба е усогласена со слободата на движење на работниците според членот 39 од Договорот на ЕЗ. Тие на Европскиот суд на правдата му го поставија следново прашање:

„Дали една национална правна регулатива е усогласена со членот 39 од Договорот на ЕЗ, која на правник-стажант, кој еден дел од регуларното образование по свој избор го извршува во некоја земја што е членка, му дава право за надомест на патните трошоци само за тој дел што се однесува на патувањето во неговата земја?“

Европскиот суд на правдата²⁰² прво констатира дека станува збор за платена образовна дејност, која не може да се смета за вршење државна служба. Неговата формална позиција како службеник значи не води кон тоа да се направи исклучок поради работење во јавната администрација според членот 39, став 4 од Договорот на ЕЗ. Регулативите во врска со слободата на движење на работниците можат да се користат многу повеќе.

Според ставот на Европскиот суд на правдата е повреден и членот 39 од Договорот на ЕЗ. Според него, жителите на Унијата не смеат да бидат во понеповолна позиција доколку сакаат да извршуваат дејност во некоја друга земја што е членка. Аргументацијата е слична како и во споменатиот случај на студирањето во странство, каде што стануваше збор за членовите 17 и 18 (види погоре IV. 1. а). Европскиот суд на правдата не ги признава ни патните трошоци. Тој укажа на тоа дека треба да се појде од фактот дека во определени случаи трошоците за патување до местото на школувањето во рамките на Германија можат да бидат и повисоки отколку во некоја друга земја што е членка.

г) Друг случај во врска со слободата на движење на работниците:

Успех имаше и еден австриски универзитетски професор со својата тужба пред управниот суд, кај која стануваше збор за таканаречената 13 плата.

Според германската регулатива, еден службеник има право на 13 плата и кога стапува во нов работен однос во својата земја, пред 31 март од следната година. Наспроти тоа, тој тоа право го губи, доколку стапува во ново работно место во некоја друга земја што е членка на ЕУ до тој датум.

Европскиот суд на правдата²⁰³ го смета австрискиот професор – исто како што е случај со наставниците – и покрај тоа што е државен службеник, за лице што не врши служба како чиновник. Европскиот суд на правдата донесе одлука дека германската регулатива

²⁰² Пресуда од 17.3.2005 г., Rs. C-109/04 - Кранеман

²⁰³ Пресуда од 10.3.2005 г., Rs. C-178/04 – Мархолд

го прекршува членот 39 од Договорот на ЕЗ. Аргументот, дека со 13 плата се наградува верноста кон дотогашниот налогодавец, не го убеди Европскиот суд на правдата.

д) Сега ќе споменам еден случај од областа на правото на странците:

Одлуката „Орфанополус“ на Европскиот суд на правдата²⁰⁴ се однесува на протестувањето на еден Грк, кој со години живеел во Германија како работник. Тужителот, поради деликти со дрога, бил осуден на повеќегодишна казна затвор. Потоа му бил забранет престојот од страна на службите за работа со странци. Против оваа одлука за забрана на престојот поднел тужба пред уставниот суд. Овој суд на Европскиот суд на правдата му достави повеќе прашања за поврзаноста на забраната за престој со правото на Заедницата.

Европскиот суд на правдата изјави дека забраната за престој претставува ограничување на слободата за слободно движење на работниците. Дали ова ограничување е оправдано од гледна точка на јавниот ред, тоа мора, во конкретниот случај, да се испита. Вакво ограничување, според судската практика на Европскиот суд на правдата, е можно само ако се исполнети некои предуслови. Европскиот суд на правдата се посомнева дека во овој случај било направено темелно испитување.

При донесувањето на одлуката бил битен и меродавниот временски период за испитување на опасноста од повторени кривични дела. Според ставот на Европскиот суд на правдата во врска со временскиот период на судската одлука, треба да се испита дали во моментот постои опасност за јавниот ред од страна на тужителот²⁰⁵. За едно вакво актуелно испитување, кое ќе го земе предвид новиот предмет на тужителот, сигурно говорат некои нешта. На пример, можно е да постојат нови поволни процени од страна на затворот за однесувањето на еден странец.

Сепак, според германското процесно право, требаше да се ориентира според периодот на донесување на одлуката за забраната за престој од страна на надлежните служби. Ова е соодветно со германската практика за тужби против одлуките на државни органи.

Ова е поврзано со тоа што при донесување одлука за забрана за престој против граѓани на Унијата е нужна дискрециска одлука. Ваквата дискрециска одлука, која ги одмерува приватните и јавните интереси, може само во ограничена мера да се испита од страна на управниот суд²⁰⁶. Од тука не произлегуваат тешкотии, ако се ориентираме според периодот на донесување на одлуката од страна на државните органи.

²⁰⁴ Пресуда од 29 април 2004 г., Rs. C-482/01

²⁰⁵ Види го членот 3 од тогаш меродавната директива 64/221/EWG на Советот од 25.2.1964 г.

²⁰⁶ Види го членот 114 Закон за управен суд

Според новата практика на Европскиот суд на правдата мораше да се промени германската практика. Државниот орган сега добива можност во текот на судската постапка да ја актуализира својата одлука во врска со забраната за престој. Со тоа судот добива и актуелна одлука од државните органи.

Одлуката „Орфанополус“ и во друг поглед имаше влијание врз процесното право. Европскиот суд на правдата, според тогаш важечката директива на ЕЗ²⁰⁷, заклучи дека е нужна постапка на давање приговор. Тоа значи дека – наспроти националното право во наведениот случај – мора да донесе одлука втора државна инстанца, пред да може да се повика судот. Но, сепак, во меѓувреме споменатата директива не е веќе во сила.

f) Слободното движење на работниците има практично значење и во областа на директните даноци.

Иако овие даноци не потпаѓаат под надлежноста на ЕУ, според ставот на Европскиот суд на правдата, државите што се членки не смеат да не го земат предвид националното право. Многуге одлуки на Европскиот суд на правдата се занимаваат со даночното право, од 1985 година има повеќе од 100. Ова претставува само една од многуге области во кои не постои надлежност на Заедницата, но каде што судската практика на Европскиот суд на правдата, сепак, има големо значење.

Пример за тоа е одлуката за Шумакер²⁰⁸ од 1995 година. Тужителот е Белгиец со семејно живеалиште во Белгија, кој во Германија имал приходи од својата дејност како работник. При тоа, морал да плати повисоки даноци отколку германските работници во слична позиција. Европскиот суд на правдата донесе одлука дека ова оданочување не е во согласност со членот 39 од Договорот на ЕЗ.

4. Слобода на основање трговски друштва

а) Слободата на основање трговски друштва (членот 43 од Договорот на ЕЗ) го овозможува правото во некоја друга земја што е членка од ЕУ да се основа трговско друштво. Со ова се опфатени прифаќањето и извршувањето работна дејност, како и основање и раководење трговско друштво (и агенции, подружници и друштва-керки) според одредбите на домашната земја за нејзините припадници²⁰⁹. Слободата на основање трговско друштво се однесува на слободата за вршење услужна дејност (подолу 5.), која самостојно се извршува во некоја друга земја што е членка.

Пример: Германски производител на автомобили основа подружница во Шпанија.

²⁰⁷ RL 64/221/EWG (s.o.)

²⁰⁸ Пресуда од 14.2.1995 г., Rs. C-279/93

²⁰⁹ Види Оперман, Европско право, 3. изд. (2005) стр. 534 и понатаму.

б) Следниов случај е за слобода на движење на работниците:

Холандското акционерско друштво Д. се занимава со продажба на лекови преку поштенска нарачка. Надлежната германска служба на Д. му дала одобрение да отвори аптека во германскиот град. Надлежниот орган се повика на слободата за основање трговско друштво според правото на Заедницата и свесно не го применил германското право.

Четири аптекари пред управниот суд поднесоа тужба за доделувањето на дозволата.

Тужбата за управниот акт во прилог на трети лица, според германското процесно право, не е дозволена ако е можна повреда на сопствените права²¹⁰. Тоа овде не беше проблематично. Тужбата беше дозволена.

Според германското право, тужбата, исто така, би била основана. Германското право поаѓа од тоа дека аптекарот понесува голема одговорност за здравјето на своите клиенти. Притоа, се претполага дека е најдобро кога целата одговорност за работењето на аптеката ќе се најде во една рака. Аптекарот треба да биде и сопственик на аптеката. Неговата поделба на одговорноста преку постоење раководно лице за економијата и за здравството треба да биде одбегната. Значи, аптеката не смее да му припадне на некое капитално друштво, кое е раководено од лице што има фармацевтско образование.

За разлика од државниот орган, управниот суд не беше убеден дека тука има предност примената на правото на Заедницата. Тој упати на тоа дека, според правната практика на Европскиот суд на правдата, можни се исклучоци од слободата за основање претпријатија за да се избегнат штети за заедницата.

Всушност, Европскиот суд на правдата донесе одлука дека слични одредби, кои постојат во грчкото право за работење на оптичарите, ја прекршуваат слободата на основање претпријатија²¹¹. Управниот суд сметаше дека продавањето лекови во аптеките претставува повисок степен на ризик за здравјето, отколку работата на еден оптичар.

Всушност, се мислеше следново: давањето погрешни очила може да се коригира, а земањето погрешни лекови (на пример пресилни дози) може да биде опасно по живот.

Затоа управниот суд²¹² на Европскиот суд на правдата му го постави прашањето дали германското право е во согласност со членот 43 од Договорот за ЕЗ.

Освен тоа, управниот суд на Европскиот суд на правда му го постави прашањето, дали националниот државен орган е обврзан со правото на Заедницата дека нацио-

²¹⁰ Види го членот 42, став 2 од управно процесната одредба

²¹¹ Пресуда од 21.4.2005 г. - Rs. C-1401/03 - Комисија/Грција

²¹² Управен суд Зарлуис, одлука од 20.3.2007 г. – 3 К 361/06

налните прописи не можат да се применат доколку се сметаат за спротивставени на правото на Заедницата.

Европскиот суд на правдата тоа начелно го потврди²¹³. Но, управниот суд сметаше дека, сепак, државниот орган, само кога станува збор за *евидентно* прекршување на правото на Заедницата, може да го примени германското право. Инаку, се заканувала „анархија“ во практиката на државните органи, доколку различни државни органи - така беше во овој случај – застапуваат различни погледи.

Европскиот суд на правдата сè уште не донел одлука во врска со овој случај.

в) Во еден друг случај во врска со слободата на основање трговско друштво, кој беше поднесен пред Сојузниот управен суд во 2001 година, стануваше збор за дозволеноста на забраната за престој на една холандска проститутка. Таа во Германија не се пријавила и немала дозвола за престој. Затоа, начелно, беше можна забраната за нејзиниот престој. Меѓутоа, тоа ќе беше пресудено поинаку доколку се повикаше на слободата за основање трговско друштво како самостојно лице²¹⁴.

Слободата на основање трговско друштво важи само за дејностите што се дел од стопанскиот живот во смисла на членот 2 од Договорот на ЕЗ. Дали проституцијата претставува дел од стопанскиот живот? Сојузниот управен суд²¹⁵ требаше да го реши ова уште во еден поранешен случај од 1980 година. Тогашните судии ја негираа припадноста на проституцијата кон стопанскиот живот. Како образложение наведоа дека проституцијата е неморална и во повеќекратна смисла не е социјална.

Судиите беа мошне сигурни во својот став и напишаа во одлуката дека не е можно разумно сомневање. Затоа ова прашање не му го доставија на увид на Европскиот суд на правдата. Притоа, појдоа од околноста дека една дејност што не е дел од стопанскиот живот, не потпаѓа ни под слободата за основање трговско друштво.

Ние, во 2001 година, поинаку гледавме на ова прашање – веројатно општествените претстави тогаш се беа промениле. На Европскиот суд на правдата му ја доставивме оваа проблематика заради претходна одлука.

Брзо по нашето доставување на увид, Европскиот суд на правдата во случајот Џени²¹⁶ донесе одлука дека проституцијата претставува дел од стопанскиот живот и дека со тоа таа потпаѓа под слободата за основање трговски друштва. Стануваше збор за дејноста на

²¹³ Пресуда од 9 септември 2003 г. – одлука на Европскиот суд на правдата 2003 г., I – 8055 - Фиамифери

²¹⁴ Види: одлука на Европскиот суд на правдата 1976 г., 497, 512 - Rs.C-48/75 - Royer

²¹⁵ Пресуда од 15 јули 1980 г. – Сојузен управен суд 1 C 45.77 – одлука на сојузен управен суд 60, 284

²¹⁶ Пресуда од 20.11.2001 г. - Rs. C-268/99

една полска проститутка во Холандија. Во тоа време – пред членството на Полска – беше меродавно правото за земјите што се асоцијативни членки.

Европскиот суд на правдата изнесе дека е работа на земјите што се членки самите да пресудат што е неморално. Меѓутоа, Европскиот суд на правдата укажа на тоа дека во Холандија е прифатена проституцијата кај нејзините државјани. Затоа Холандија не можеше да ја смета проституцијата за загрозување на јавниот ред ако ја извршуваат припадници од друга држава.

По оваа одлука на Европскиот суд на правдата, мојот суд ја одложи својата одлука. Претстојната одлука на Европскиот суд на правдата не ни беше позната. Место давање на увид, требаше да се почека на одлуката.

5. Слободно движење на услугите

Слободното движење на услугите, според членот 49 од Договорот на ЕЗ има слична содржина како и слободата за основање трговско друштво.

Ограничувањата на движењето на услугите во рамките на Заедницата, начелно, се недозволени. Членот 50 од Договорот на ЕЗ говори за занаетчиски, трговски дејности и за дејности од слободните професии. Значи и во овој случај, како и при слободата за основање претпријатија, станува збор типично само за самостојни дејности.

Клучната разлика со слободата на основање трговско друштво е следнава: тој што ја дава услугата, во земјата каде што сака да ја извршува својата работна дејност, нема своја подружница, туку само привремено престојува.

Пример: Адвокат што има фирма во Германија патува привремено за Франција за вршење правно советување на некое француско претпријатие.

Тоа е пример за *активното* слободно движење на услугите.

Пример за *пасивното* слободно движење на услугите е следниов: еден австриски пациент патува за Унгарија и таму се лекува кај унгарски лекар. Пациентот тогаш е при-мател на услугата. Како таков, може да се повика на слободата на услуга.

Слободното движење на услуги во судската практика има значење во многу обла-сти за кои се задолжени за управните судови, пред сè во економското управно право (на пример, право за занаетчиска дејност). Стопанската дејност во сè поголема мера ги надминува границите, а пример за тоа се занаетчиите од Франција, кои работат во Германија.

Случај од даночното право: според германското право можат да ги користат плаќањето на школарините при пријавувањето персонален данок. Притоа станува збор за школарини при посета на приватни училишта. Тогаш персоналниот данок се намалува. Германскиот закон не предвидуваше вакво намалување доколку школарината се плаќа за посета на училиште во некоја друга земја што е членка на Заедницата.

Финансискиот суд во Келн ја достави на увид оваа проблематика пред Европскиот суд на правдата. Европскиот суд на правдата²¹⁷ сметаше дека германската одредба не може да се дозволи и утврди дека станува збор за прекршување на слободата за слобода на услугите. Противаргументите наведени во оваа постапка, меѓу другото и прекумерното финансиско оптоварување за Германија, Европскиот суд на правдата не ги одобри.

Интересно е тоа дека Европскиот суд на правдата наведе дека одлуката може да се потпре и на членот 18 од Договорот на ЕЗ и на слободата на движење на граѓаните на Унијата, која е гарантирана таму, доколку не постојат предусловите за слободата на услугите. Значи, на членот 18 сè повеќе се гледа како на член за собирање на фактичката состојба.

V. Барања од правото на Заедницата во врска со процесното право

1. Управно процесно право

а) И управното процесно право постојано се европеизира.

При управното извршување, треба да се прави разлика меѓу ситуации:

Прво: Директно извршување. Тука се извршува правото на Заедницата преку сопствената управа на ЕУ. Тоа претставува исклучок. До сега не постои кодификувано општо процесно право на ЕУ.

Вообичаена е втората форма на управното извршување: индиректното извршување. Со тоа се мисли на извршувањето преку националните државни служби. Во овој случај начелно важи за националното управно процесно право. Меѓутоа, Европскиот суд на правдата бара да бидат почитувани две начела²¹⁸:

(1) Принцип на еквивалентност:

Националните прописи во создавањето на случаите што се однесуваат на Заедницата не смеат да бидат понеповолни од прописите при соодветните чисто национални постапки. Значи, заради спроведување на субјективните права на правото на Заедницата, не

²¹⁷ Европски суд на правдата, Rs C-76/05 и C-318/05, EuZW 2007, 6 – Шварц и 616 L – Комисија/Германија

²¹⁸ Европски суд на правдата 1983 г., 2.633 - Deutsche Milchkontor, Rn. 19 ff.

смеат да важат никакви построги барања отколку при спроведувањето на субјективните права, кои се состојат од националното право.

Или, поинаку кажано: Не смее да дојде до процесно влошување за припадниците на другите земји што се членки (забрана за дискриминација).

(2) Принцип на еквивалентност:

Примената на националното право не смее да влијае врз дострелот и делотворноста на (материјалното) правото на Заедницата.

б) Во многу случаи стануваше збор за рефундирање државна помош, односно за финансиски остварувања на приватни лица, кои не беа во согласност со правото на Заедницата. Германските државни служби дадоа одобрение за државна помош. Притоа, тие го прекршија членот 88, став 3, од Договорот на ЕЗ бидејќи државната помош не ја пријавиле кај Комисијата. Со тоа, истовремено недостигало и потребното одобрение од Комисијата.

Затоа Комисијата ја обврза Германија да ја побара назад државната помош. Засегнатите трговски друштва се повикаа на заштитата на довербата. Тие укажаа на тоа дека станува збор за прекршување на обврската од државните служби, кои не ја известиле Комисијата. Претпријатијата не сметале дека ќе се случи тоа.

Германските државни служби ја следеа таа аргументација во најголемиот број случаи и не побараа враќање на државната помош. Притоа, се осврнаа на германскиот Закон за управната постапка²¹⁹.

Во една постапка на повреда на Договорот и во цела низа претходни одлуки²²⁰ Европскиот суд на правдата донесе одлука дека државниот орган во оваа констелација треба да ја повлече државната помош. Европскиот суд на правдата ги нагласи обврските за информирање на секој грижлив трговец. Тој мора да се информира дали при добивањето државна помош биле почитувани прописите на правото на Заедницата. Исто така, треба да се почитува интересот на Заедницата.

Прописите на германскиот Закон за управната постапка во врска со заштитата на довербата при враќањето управен акт спротивен од законот²²¹ не можат или само делумно можат да се применат кај вакви констелации на случаи.

Според германското право, довербата, по правило, и, меѓу другото, треба да се чува, кога привилегирираниот извршил дејности што биле одобрени. За Европскиот суд на правдата тоа не е најбитното. За него се меродавни процените за правото на ЕЗ.

²¹⁹ Види: членот 48 Закон за управната постапка

²²⁰ Европски суд на правдата Rs.-C 5/89 - Комисија/Германија; EuGHE 1997 I, 1591, 428, Rs.-C 24/95 - Alcan

²²¹ членот 48 ЗУП

Сличното важи и за германскиот пропис, кој важи за повлекување на годишниот рок²²². Рокот почнува да тече со информирање на државниот орган за фактите со кои се објаснува повлекувањето. И овој пропис, во секој случај, може да се примени само со ограничувања.

в) И при други констелации на случаи, прописите од германскиот Закон за управната постапка во врска со *незначајноста на определени недостатоци во постапката* не можат да се применат туку-така²²³.

Во врска со тоа ќе наведам еден пример:

Државниот орган мора да ја сослуша засегнатата страна пред да усвои управен акт, кој ќе навлезе во неговите права²²⁴ (тоа важи на пример кога треба да се повлече соопштение за одобрување дејности).

Неодржувањето сослушување на засегнатата страна, според германското процесно право, е небитно кога прекршувањето на постапката не влијаело врз предметот. Според правото на Заедницата, кое посилено го нагласува тоа што е нужно во постапката, ваквото поправање на недостатоците на постапката не е можно лесно да се спроведе.

Сличното важи и кога недостига образложение од управниот акт, според германското процесно право.

г) Сега ќе говорам за **правото за животната средина**.

Бидејќи во својата суштина проблемите на животната средина се транснационални, тие во правото на ЕЗ имаат сè поголемо значење. Од 1987 година политиката за животната средина на ЕЗ се води како посебен наслов во Договорот на ЕЗ (членот 174 и понатаму). Овие одредби, како и второстепеното право, кое произлегува од нејзината основа, има огромно значење за управно-судската практика²²⁵. Овде можат да бидат наведени само некои процесноправни аспекти.

Правото на Заедницата при определени градежни активности пропишува дека претходно треба да се испитаат можните последици врз животната средина²²⁶. И според германското право, треба да се земат предвид последиците врз животната средина, меѓутоа, германскиот законодавец не ги спровел во дадениот рок во германското право специјалните барања во две директиви на ЕЗ²²⁷ во однос на планирање на градбата на

²²² членот 48 став 4 ЗУП

²²³ Види: членот 46 ЗУП

²²⁴ членот 28 ЗУП

²²⁵ Види Оперман, Европско право (2005), 3. изд. стр. 604 и понатаму.

²²⁶ Испитување на поволност за животната средина

²²⁷ Меѓу другото, Директива 97/11/ЕЗ на Советот од 3 март 1997 г.

определени улици. На тоа, Европскиот суд на правдата²²⁸, во постапка при прекршување на Договорот, на барање на Комисија, утврди дека со тоа Германија ја повредила својата обврска.

Натамошните управноправни промени се однесуваат на **пристапот кон актите на државните органи** во постапките, кои се однесуваат на животната средина. Традиционално, според германското право, само учесниците во управната постапка имаат право на пристап до актите. Европскиот суд на правдата²²⁹ германскиот закон за информирање во врска со животната средина од 1994 година, поради премногу строгите рестрикции и пречки во таксите, го прогласи за спротивставен со правото на Заедницата. Во меѓувреме, во Германија важат проширените права за информирање и надвор од учесниците. Новите одредби за правата за пристап важат и општо, не само за информации за животната средина.

2. Управно процесно право

Во управниот процес, т.е. во постапката пред управните судови, начелно, треба да се примени националното право на земјите што се членки на ЕЗ. Сепак, и тука може да се говори за европеизација на битните области.

Веќе укажав на примери поврзани со меродавниот временски период за процена на тужбата; исто така, укажав и на спецификите при постапката за давање приговор (горе IV.3.e).

- a) Во областа на тоа дали тужбата може да се одобри, не се појавуваат поголеми проблеми. Германскиот закон бара во тужбата да стане збор за сопствените права на тужителот. Вообичаено, никој не може да поднесе тужба поради интересите на трети лица, дури ни тогаш кога станува збор за општ интерес. Меѓутоа, кога правото на ЕЗ се однесува, на пример, на правото за животната средина за заштитата на здравјето на населението, тогаш одредбата во врска со дозволата за поднесување тужба треба да се толкува пошироко²³⁰. Тука не произлегоа посебни тешкотии.
- b) Во врска со рокот за тужба: во една одлука од 1991 година Европскиот суд на правдата изјави дека рокот за поднесување тужба почнува да тече дури тогаш, кога директивата на ЕЗ регуларно ќе биде спроведена во националното право²³¹.

²²⁸ Пресуда од 10.3.2005 г. - Rs.-C 531/03

²²⁹ Пресуда од 9.9.1999 г., Rs.-C 217/97 за Директивата 90/313/EWG

²³⁰ Види одлука на Европскиот суд на правдата 1991 г., 825 = DVBl 1991, 863 (директива за подземни води)

²³¹ Одлука на Европскиот суд на правдата 1991 г., 4269 (Emmott)

Меѓутоа, Европскиот суд на правдата не се држеше до тој општ став. Тој подоцна ја поврза одлуката со постоењето посебни околности на поединечниот случај²³².

- в) Во **првичната постапка за заштита на правото** во случаите поврзани со правото на Заедницата се применува членот 80 ff., 123 од Законот за управниот суд. При тоа треба да се земе предвид правната практика на Европскиот суд на правдата во врска со создавањето на првичната правна заштита.

Тука спаѓа земањето предвид на барањето за судска сеопфатна и делотворна правна заштита што бара на засегнатиот да му се овозможи првична правна заштита, ако е потребно, заради целосна делотворност на одлуката на главниот предмет, кој, пак, се изведува од правото на Заедницата²³³. Согласноњето со правото на Заедницата треба да се вклучи во сумарното испитување на правната и на фактичката состојба. Редовната процена на интересите треба да ги вклучи во себе начелата за давање предност и за делотворно спроведување на правото на Заедницата.

Поради одложното дејство на правните лекови според членот 80, став 1 од одредбата за управно судство, по поднесување приговор или тужба не може да се спроведе еден управен акт на германски државен орган, кој почива на правото на Заедницата, и на тој начин на правото на Заедницата така не може претходно да му се даде важност. Европскиот суд на правдата донесе одлука дека Германија ги прекршила своите обврски поврзани со верноста кон Заедницата според член 10 од Договорот на ЕЗ, на тој начин што германските управни органи не ја искористиле можноста да побараат итно извршување на оспорените управни акти²³⁴. Европскиот суд на правдата не го следеше приговорот на Сојузна Република Германија дека не постоеле предуслови за барање за итно извршување според членот 80, став 2, реченица 1, бр. 4 од Законот за управниот суд. Со тоа прописот се толкува дека е во согласност со Заедницата и дека така и ќе се примени. Барањето за итно извршување на управните акти што произлегува од спроведувањето на правото на Заедницата треба да се земе предвид и тогаш кога кај чисто национални фактички околности не би биле исполнети условите.

Во врска со спецификите на постапката за првична правна заштита поврзана со постапката за претходно донесување одлука се надоврзувам на изнесувањата прикажани погоре во точката III.

²³² Одлука на Европскиот суд на правдата 1997 г., 6783 = NVwZ 1998, 833

²³³ Одлука на Европскиот суд на правдата 1990 г., 2.466; види за ова и за следното Шох (Schoch), во: Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, S. 507, 526 ff.; Dörr/Lenz, Europäischer Verwaltungsschutz (2006), стр. 134 f.; Puttler, in: Sodan/Ziekow, Verwaltungsgerichtsordnung, 2. Изд членот 80 Rn. 13 и понатаму.

²³⁴ Европски суд на правдата, Rs. C-219/88, Slg. 1990, I-2879 – Трпезно вино.

Харалд Валтер

Судија на Управниот суд во Дармштат, дипл. правник по управно право
Предавач на Германската висока школа за управни науки „Шпајер“ и на
Универзитетот „Мајнц“

Јавноправниот договор²³⁵

Можности и граници од перспектива на германската правна практика

²³⁵ Во македонскиот јазик се користи изразот „управен договор“ (забелешка на преведувачот)

1) Општо

Јавноправниот договор е важна форма на дејствување, која значително се развива во јавната управа во Сојузна Република Германија. Со оваа институт може оптимално да се спроведува модерното дејствување на управата. Во ова излагање ќе се разгледаат развојот на јавноправниот договор, законската структура на одредбите од Законот за управната постапка, а врз основа на примери ќе се илустрира начинот на кој во практиката се оцртуваат областа на примена и границите на оваа институт.

а) Класични форми на дејствување на управата

Според традиционалното сфаќање на управата, таа дејствува во однос на граѓанинот врз основа на веќе надминатата релација на надреденост и на подреденост. Државата реагира и дејствува преку извршување на својата надлежност – по правило, во форма на управен акт. Причина за тоа се примерите на управа што интервенира, а помалку била карактеристична управата како давател на услуги. Меѓутоа, според новото сфаќање, државата и нејзините управни органи сега се управа како сервис.

б) Историски развој на јавноправниот договор

Пред околу 50 години јавноправните договори во Сојузна Република Германија не биле честа појава, а надминатото разбирање на државата било карактеристично за суверената државна управа. Во одлуките на Сојузниот управен суд биле изразувани дилеми во врска со прашањето дали јавноправниот договор е воопшто дозволен затоа што за него не постоела законска основа (одлуки од 1956 година и од 1959 година); пред влегувањето во сила на Законот за управната постапка за јавноправните договори меѓу државата и граѓанинот се барале строги норми за надлежност. Подоцна, во една одлука од 1966 година, Сојузниот управен суд, познавајќи го нацртот на Законот за општата управна постапка од 1963 година и упатувајќи на стручната литература навел дека:

„модерното дејствување на управата во нејзината разновидност веќе не смее да се ограничува само на еднострано извршување на државните надлежности преку поставување норми и извршување во форма на управен акт, па затоа не смее да се откаже од дополненија во форма на „спогодбени правни акти““.

Со Законот за управната постапка од 1977 година е завршена теоретската расправа. Сега државата во областа на јавното право може начелно да „да склучи пакт“ со граѓанинот, ако не е во спротивност со правните прописи. Слични одредби како во членот 54 и понатаму од Законот за управната постапка постојат и за социјалноправната постапка во членот 53 и понатаму од Социјалниот законик X, додека во даночното право не постои соодветна одредба; начелно, не постои јавно-правен договор во даночната постапка, како и регулатива за спогодување пред финансиските судови. Исклучоци постојат делумно и кај комуналните давачки во согласност со посебните одредби на поединечните сојузни покраини. Промената е направена: од забрана со задржување на правото за издавање одобренја до одобрување со задржување на правото за изрекување забрани. Целите на јавноправниот договор биле и остануваат: прифатливост, правен мир и правна сигурност.

2) Значење во практиката

а) Приспособливото дејствување на управата/утврдување атипични констелации на случаи

Јавноправниот договор е извонреден пример за приспособливо однесување на управата. Исто како управниот акт, тој се наоѓа на крајот од управната постапка во смисла на членот 9 од Законот за управната постапка. И кај јавноправниот договор начелно треба да се применуваат одредбите што важат за управната постапка, освен во случај кога строго важат само за донесување управен акт. Во најголемиот број случаи, сложените фактички ситуации можат подобро да се уредат со јавно-правен договор. Тоа ќе го илустрираме со примерите што ќе ги наведеме.

б) Модерно демократско дејствување на управата во услови на владеење на правото – граѓанинот како партнер

Јавноправниот договор како израз на променет однос меѓу државата и граѓанинот, покрај еднострани наредби што се донесуваат со управниот акт, условува двострано кооперативно дејствување на управата. Граѓанинот веќе не е само објект на дејствувањето на државата, туку партнер што учествува во обликувањето. Начелната одлука, изразена во членот 54 од Законот за управната постапка, го означува напуштањето на претставата дека државата и управните органи можат сами и еднострано подобро да ги обезбедуваат и спроведуваат јавните интереси. Меѓутоа, со правилниот начин се соработка и консензус. Овој развој на значењето на правниот институт „јавно-правен договор“ е логична последица на промената на општествените структури: Сојузна Република Германија сè повеќе се менува во активно граѓанско општество (клучен збор: „владеење“). Учество во државни процеси на донесување одлука е сè попосакувано, а граѓаните и го бараат тоа. Јавноправниот договор е подобно средство за водење грижа за интересите на граѓаните. Следниве научни истражувања покажале дека јавноправниот договор, сепак, сè уште се не користи во таа мера што, можеби, би била исплатлива. Меѓутоа, од квалитативен аспект, билансот е повеќе од позитивен: кај 73 проценти од јавноправните договори постојат добри искуства.

Неговата примена во стандардни случаи се исплатува и бара помалку ангажман од подготвување, донесување и извршување управен акт. Со оглед на текот на постапката, комуникацијата со граѓанинот е поевтина од донесување управен акт. И покрај тоа, управниот акт е најчесто практикуваната форма на дејствување на управата. Тоа произлегува уште од содржините на образованието на службениците во управата. Како на високите стручни училишта за управа, така и во образованието на идните правници за управно право, акцент се става на изработувањето одлука (значи на управен акт). Усвојувањето на консензуални способности, најчесто, не е предмет на студиите. Од тие причини, службеникот или правникот во управата најчесто подобро умее да донесува управни акти и механизми за управување што се поврзани со нив, отколку инструментите на јавноправниот договор.

Предностите на јавноправниот договор се:

за управниот орган:

- > поголема прифатливост
- > намалување на време и на труд во управата
- > побрзо решавање на проблемот

обезбедување однесување што го очекува партнерот за граѓанинот:

- > забрзување на постапката
- > диспозициска сигурност
- > можности за влијание на решавање на проблемот
- > реализација на економски интереси

3) Дефиниција и правна природа

а) Поим на јавно-правен договор

Овде важат општите граѓанскоправни поими (спогодбени изјави на волја, правно-обврзувачка волја кај учесниците (странките)). Треба да се внимава на важечките државно-организациски правни одредби за застапување на управните органи (делумно се потребни два потписа (на пример во општините во Сојузна Република Германија)).

б) Разграничување од други форми на дејствување

Потребно е јавноправниот договор да се разграничи од другите форми на дејствување. Поради начелната слобода на формата на управната постапка, таа има сличности со ред практични постапки на јавноправниот договор, па затоа треба да се прави разлика меѓу нив.

аа) Управниот акт со споредни одредби

За разграничување меѓу јавноправниот договор и управниот акт важат строги правила за формите на дејствување; истиот предмет може да се регулира или само со управен акт или само со јавно-правен договор. Учеството на засегнатото лице во управната активност, за разлика од граѓанското право, не е сигурен знак за правната зделка. Управниот акт, кој се донесува на барање или на друг начин на учество, останува едностран акт и од него сè уште не произлегува договор, иако тој целосно или делумно соодветствува со волјата на засегнатото лице или на примачот. Ако нема учество на примачот, правната последица на управниот акт може да е неговата ништовност (спореди членовите 35, 44 и понатаму од Законот за управната постапка). Барање за издавање управен акт, по правило, во исто време не содржи или како помошно средство нема понуда за склучување јавно-правен договор, затоа барањето, начелно, не може да се толкува или преиначи. Сегогаш треба да се испита дали странките сакаат или можат да се обврзуваат со спогодбено изразување на волја и дали содржината соодветствува со нивната спогодбена

волја. Во случај на дилема, треба да се тргне од *actus contrarius*: Управата може еднострано да го укине управниот акт, ако тоа не е во спротивност со доверливата фактичка состојба (членовите 48, 49); за разлика од тоа, за измена или укинување на јавно-правен договор, начелно, е потребна согласност од двете страни според членот 54, реченица 1 од Законот за управната постапка.

бб) Кооперативно дејствување на управата

Покрај еднострано донесените управни акти, јавноправни договори и управноправни (еднострани и повеќестрани) должничко-доверителски односи, во управната практика, пред или по почнувањето на управната постапка, неформалните и „неофицијалните“ начини на разбирање, спогодби и други фактички договори над формалното ниво на договорот добиваат поголемо значење. Кај нив, најчесто во претходни договори и во соработка меѓу управниот орган и засегнатите лица, се разјаснуваат и усогласуваат значителни прашања за фактичката состојба и/или толкување и примена на материјалната правна ситуација на некој проект и потребните фактички, односно правни претпоставки. Треба да се испита дали таков вид првични разјаснувања се насочени кон донесување управен акт, склучување формален писмен (членот 57) јавно-правен договор во смисла на членовите 54 и следните членови или, пак, само спогодбено дејствување на управата, слично на договор или на друг начин на дејствување на управата. Испитување се врши земајќи го предвид во поединечниот случај целокупното однесување на двете страни. Во таков фактички начин на однесување спаѓаат и јавните укажувања, информациите, предупредувањата, препораките или толерирањата.

Споменатите начини на дејствување се нарекуваат со најразлични неуедначени термини, понекогаш неформално, кооперативно или едноставно дејствување на управата или, пак, се вбројуваат во реалните акти. Во моментот не може да се препознае терминологското и содржинското разграничување, корелацијата и поделбата, вклучувајќи ги правните последици на различните начини на однесување. Контактите, разговорите, информациите и барањата да се добијат информации спаѓаат во вообичаените инструменти пред управната поставка, во неа, по неа или независно од неа и не се однапред или сами по себе правно недозволен или туѓи во системот, туку, начелно, се дозволени ако се во рамки на законските граници.

Кооперацијата сфатена на овој начин не секогаш резултира со формален писмен договор (членот 57) бидејќи за усните договори редовно недостигаат свеста за објаснување и волјата за врзување што е потребна за договор. Дали на неформалните договори под ниво на писмен договор, бездруго им недостига секое правно дејство, зависи од околностите на поединечниот случај.

вв) Договори за јавно-приватно партнерство (ЈПП)

Во последниве години, таканареченото јавно-приватно партнерство (ЈПП) - (на германски понекогаш се вели и јавно-приватни проекти) – игра важна улога во управната практика. Принципот за кооперација меѓу државата и приватни лица во

Европа што е изведен од принципот на верност кон заедницата (членот 10 од Договорот за Европската заедница) во меѓувреме е прифатен и во Европската заедница, од која потекнуваат импулси и за германскиот правен поредок. Поради тоа, во Германија се дискутира за феноменот на кооперација меѓу државата и приватните лица на ниво на сојузот, покраините и локалните заедници, особено во врска со учество на приватни лица во исполнувањето и финансирањето јавни задачи. Договорите за јавно-приватно партнерство, по правило, опфаќаат елементи на различни содржини и видови договори затоа што нивниот предмет често се услуги на проектирање, градежни и други видови инвестициски услуги, кои содржат и договори за финансирање на проектот. Често, но не и нужно, новото јадро на такви спогодби меѓу државата и приватни лица се состои од кофинансирање, односно авансно плаќање на приватните лица. Затоа, овие договори содржат спогодби за заемна поделба на одговорноста и на ризикот. Тоа значи дека граѓанскоправните предмети на регулирање се поврзани и испреплетени со јавноправни регулативи. Во практиката често се создава слика за „мешовит“ договор.

гг) Посредство

Во последниве години, посредството не е постапка за решавање спорови и за посредување во конфликти само во областа на граѓанското и на трговското право (спореди Директива 2008/52/ЕЗ на Европскиот парламент и на Советот од 21.5.2008 г. за определени аспекти на посредувањето во граѓански и во трговски прашања), туку и постапка за решавање спорови и за посредување во конфликти што сè почесто се јавува во јавната област. Ако е успешно, посредството завршува со судска (судско посредство) или вонсудска (управно посредство) спогодба за посредување, т.е. со договор. Функционално, станува збор за стремеж за кооперативно решавање конфликти усогласено со интересите меѓу учесници со различни интереси или задачи со помош на неутрално трето лице, кое во случај на дилема нема ниту овластување за донесува одлуки, ниту средства за присила. Затоа, овој нов институт се разликува и од арбитражата. Доколку не е предвидено поинаку со закон, со посредството/решавањето конфликти треба да ублажи или да реши постојни или идни конфликтни потенцијали, а тие постапки да се обликуваат поприспособливо, кооперативно и помалку конфронтирачки или дури и консензуално. Задачата на посредството може да се состои и во утврдување и/или прецизирање фактички состојби или околности што се суштински за одлуката, како и да придонесе кон согледување на проблемот и на алтернативно решение.

Посредувањето во конфликти е замисливо и во управно-судски постапки (таканаречена судско посредство). Во тој случај, станува збор за обид за решавање на спорот не преку самиот суд, туку преку независен, таканаречен судски посредник, кој (делумно како активен или пензиониран судија) е повикан од судот што е надлежен за донесување на одлуката или за текот на постапката за целосно или делумно да го реши или да придонесе кон негово спогодбено решавање, доколку со тоа се согласат учесниците.

4) Видови јавноправни договори

а) Координативноправни договори (членот 54, реченица 1 од Законот за управната постапка)

По пат на негативно разграничување станува збор за сите договори, кои не спаѓаат во членот 54, реченица 2. Тука важат членовите 57, 58, 59, став 1 и 3, 60 и 62 од Законот за управната постапка

б) Субординативноправни договори (членот 54, реченица 2 од Законот за управната постапка)

Овде договорот стапува на местото на управниот акт. Важат членовите 55, 56, 59, став 2, 61 од Законот за управната постапка) Главните групи случаи од субординативноправните договори се договорот за спогодување (членот 55 од Законот за управната постапка) и договорот за замена (членот 56 од Законот за управната постапка).

аа) Договор за спогодување (членот 55 од Законот за управната постапка)

Во согласност со членот 55 услов е дека при спогодбено утврдување на фактичката состојба или на правната ситуација може да се отстрани постојна несигурност, ако договорот е целисходен според задолжителната дискреција.

(1) Несигурна фактичка состојба

Обврската на управниот орган за утврдување на фактичката состојба, по службена должност, не смее да се пренебрегне (не е олеснување на работата); Учество на граѓанинот во согласност со членот 26, став 2 од Законот за управната постапка е предвидено само делумно. Законодавецот, очигледно, предвидува само ограничена обврска за учество на граѓанинот.

(2) Несигурна правна состојба

Не е меродавно знаењето на поединечен службеник во управниот орган. Услов е познавање на донесените одлуки.

бб) Договор за замена (членот 56 од Законот за управната постапка)

Оваа регулатива важи само за субординативноправни договори во согласност со членот 54, реченица 2 од Законот за управната постапка. Со неа се спречува губењето суверени права од страна на државата, а во исто време го штити граѓанинот од суверената надмоќ.

(3) Противуслугата на граѓанинот мора да е определена, т.е. мора да произлезе од договорот. Гледано од страна на управниот орган, мора да се работи за исполнување задача од страна на граѓанинот што е во надлежност на управниот орган. Значи, мора да е поврзано со задача.

(4) Забрана за спојување

Од таа причина, не е дозволено, на пример, спојување дозвола за градење со откажување од други (легални) градежни мерки или издавање согласност за поделба на земјиште само со надомест, спојување на обврска за градење паркинг-простор со об-

врска за издавање станови според принципите на градење социјални станови, плаќање „придонеси за култура за зголемени трошоци за градење училишта и патишта“ или пашални додатоци на градежни трошоци, како и „донации“ или „придонеси за култура“ за дозвола за живеење во една општина, плаќање придонес за градинка, чијшто износ веќе не може да се утврди.

Од друга страна, дозволен е јавно-правен договор, со кој една општина го поврзува унапредувањето на локалната економија со превентивни заштитни мерки од емисија.

(5) Соодветност

Во согласност со членот 56, став 1, реченица 2, противуслугата на граѓанинот мора да е соодветна со вкупните околности во согласност со економската пресметка.

5) Формални прописи (членот 57 од Закон за управната постапка)

Треба да се внимава на писмената форма на јавноправниот договор. Писмената форма се однесува на сите изјави што се меродавни за валидноста на јавноправниот договор (понуда и прифаќање, но и евентуална изјава за согласност на трети лица во согласност со членот 58, како и спогодби за укинување, повлекување, раскинување и оспорување договор). Ако договорот не е во писмена форма, тоа не мора да резултира со негова ништовност во согласност со членот 59, став 1, во врска со ставот 1 од членот 125 од Граѓанскиот законик. Меѓутоа, замисливо е дека повикувањето на формалната ништовност може да е против начелото на верба и на доверба, а последиците на ништовноста можат да повлечат неприфатливи последици за договорната страна. Можно е и коригирање на пропуштената писмена форма; тогаш странките треба да ги исполнат своите обврски од договорот, исто како да бил склучен формално важечки од самиот почеток (членот 62, став 2 од Законот за управната постапка во врска со членот 141, став 2 од Граѓанскиот законик)

6) Во согласност со трети лица и со управни органи (членот 58 од Законот за управната постапка)

Дозволен се и управноправни договори во полза на трети лица (членот 62, став 2 во врска со членовите 328 и понатаму од Граѓанскиот законик); начелно се недозволен и договори на штета на трети лица. Можен е и јавно-правен договор со заштитно дејство за трети лица, доколку лица што можат да се определат и лица што не можат да се определат се јасно вклучени во областа на заштита на договорот и тоа (како исклучок) може да се изведе од изјавите на договорните страни и на нивното објективно однесување.

Ставот 1 од членот 58 важи за сите договори што се склучени во согласност со членот 54; додека ставот 2 важи само за субординативноправните договори во согласност со членот 54, реченица 2 од Законот за управната постапка. Ставот 1 претставува израз на „заштита на основни човекови права и слободи“, што повеќепати е нагласено од Сојузниот уставен суд и треба да спречи трети лица да се стават пред свршени факти, со што

ќе им се повреди гаранцијата на нивните права. Третите лица можат да дадат согласност и по склучување на договорот.

7) Ништовност на јавно-правен договор (членот 59 од Закон за управната постапка)

Списокот со наброените причини за ништовност на договорот е конечен. Во суштина, регулативата е разбирлива сама по себе. Ставот 1 упатува на членовите 125, 134 и 138 од Граѓанскиот законик.

Повратното извршување на ништовен јавно-правен договор се врши со негово претворање на јавноправно барање за надомест. Ако во јавно-правен договор се договори управен акт како услуга на управниот орган, тогаш во случај на ништовност на договорот, не е ништовен и веќе донесениот управен акт. Такво нешто произлегува исклучително од членот 44 од Законот за управната постапка.

8) Приспособување и раскинување во посебни случаи (членот 60 од Законот за управната постапка)

Членот 60 треба да се сфати како јавно-правен одраз на начелото за отпаѓање на деловната основа. Членот 60 е задолжителен, а не правото на диспозиција. За примена на членот 60 е пресудно ценењето на поединечниот случај. Услов е еквивалентно спречување на рамнотежата меѓу услугата и противуслугата. Во случај на промена на деловната основа, засегнатата страна може да побара усогласување на договорот. Тоа може евентуално да се побара со тужба пред управниот суд. Услов за дозволеност на тужбата е претходен неуспех на вонсудски обид за усогласување. Тоа докажува дека и во областа на консензуално дејствување на управата што се темели на договор, прво треба да се реши потенцијалниот конфликт. Управниот орган има посебно право за откажување од договорот во согласност со членот 60, став 1, реченица 2 од ЗУП, со цел да се спречат тешки последици за доброто на заедницата.

9) Извршување на јавноправниот договор (членот 61 од ЗУП)

Во согласност со членот 61, став 1, договорот подлежи на неодложно извршување и содржи наслов за извршување; затоа не е потребно да се води спор за добивање извршен наслов преку тужба до управен суд.

Надвор од можностите од членот 61, странките што склучиле управно-правен договор имаат можност да се договараат и за други инструменти за обезбедување. Предвид доаѓаат договори за гаранции или ветување за плаќање договорна казна.

10) Примери од практиката

Секогаш треба да се применуваат правните норми од Законот за управната постапка, а во врска со Граѓанскиот законик (членот 62, реченица 1 и реченица 2 од ЗУП), а по потреба и посебните материјални одредби што произлегуваат од поединечните стручни закони. Кај јавноправниот договор една од страните секогаш е претставник на државата, т.е. управен орган. На кој начин во тој случај ќе важат одредбите од Граѓанскиот законик,

односно граѓанското право, зависи од тоа дали јавноправните обврски на управниот орган не се негираат со примената на граѓанскоправните одредби.

а) **Забрана за форма на договор**

Во следниве области од материјалното управно право не е дозволено склучување јавно-правен договор:

аа) Право за државните службеници (нема назначување за државен службеник со договор)

бб) Право на плата на државните службеници (нема договор за висината на платите, но е можен судски договор за враќање преплатен износ на плата)

вв) Прием во државјанство (нема договори за здобивање на германското државјанство)

б) **Дозволен договори**

аа) Договор за градење на ново земјиште меѓу општина и приватно трето лице за градење нова градежна зона.

бб) Со јавноправниот договор граѓанинот се обврзува да се придржува до вредностите за заштита на човековата средина што се повисоки од законскипредвидените. Во согласност со судската практика на Сојузниот управен суд тоа не е дозволено затоа што изјавата за откажување од правото на граѓанинот спаѓа во неговото диспозитивно овластување; додека во обратниот случај, управниот орган поради уставноправно регулираната должност за придржување до законите не може да отстапи од законските вредности без основано овластување.

вв) Договор меѓу родителите и општината за посета на општинска детска градинка.

гг) Договор за прераспределба на земјиште – меѓу општината и сопствениците на земјиште во еден реон заради ново уредување на односите на земјиштето кога се гради во нова градежна зона.

дд) Договор за враќање стипендија за образование на државата, кога по завршување на образованието не се основа работен однос кај државата.

ѓѓ) Договор за спојување на повеќе општини

ее) Договор за отстранување илегални објекти место донесување управен акт (со определување рок за останатото време на користење со прифаќање на неодоливо извршување и регулирање на распределба на трошоците), често и во рамките на судско спогодување или како резултат на посредништво.

жж) Јавноправните договори се можни, ако не се во спротивност со правни прописи. Затоа, можат да се договорот и регулативи без да постои врзување за видовите на договори на граѓанското право. На пример: согласност на носителот на водовод, против кој се поднесени приговори поради постапка за утврдување план од областа на Законот за водите, да ги отстрани евентуалните негативни последици за подземните води.

11) Завршен дел

Во Сојузна Република Германија е евидентно дека се развива консензуалното дејствување на управата преку примена на јавноправни договори. Причина за тоа е промена во сфаќањето на државата, кое, без напуштање на суверени права, ѝ отвора сè повеќе можности за рамноправно преговарање со граѓанинот и склучување договори со него.

Во неговото јадро, целиот правен систем на Сојузна Република Германија не е ориентиран кон консензус. Во преден план не се наоѓа изедначувањето интереси, туку спроведувањето субјективни, јавни права ориентирани кон поединецот. Во Сојузна Република Германија интензивно се дискутира за развојот на јавноправниот договор. Меѓу другото, за таа цел е основана и научна комисија при Министерството за внатрешни работи.

За Македонија е пожелно јавноправниот договор да се препознае како можност за дејствување и да се применува во подобни случаи.

д-р Ото Малман
судија-претседавач на Сојузниот управен суд (во пензија)
Лајпциг

Извршувањето на управно-судските одлуки во Германија

I. Извршување и процесни гаранции во согласност со членот 6 од Европската конвенција за човековите права (ЕКЧП)

Од членот 6, став 1 на ЕКЧП, кој е применлив во повеќето управносудски постапки, произлегува правото на пристап до судот. Тоа право произлегува од обврската на државата да изгради и да одржува ефикасен правосуден систем²³⁶.

Во правото на пристап до судот спаѓа и правото на почитување конечна пресуда. Тоа се должи на начелата на правната држава и на правната сигурност. Од начелото на правната сигурност произлегува околноста дека не смее да постои сомнеж во конечните судски пресуди. Оттука, пак, произлегува правото на извршување на пресудата. Во спротивно, правото на пристап до судот би било илузорно²³⁷. Би било неразбирливо кога со членот 6 од ЕКЧП би се давале процесни гаранции без да се заштити примената на пресудата.

Затоа, извршувањето на пресудата е интегрален дел на загарантираната правична постапка во согласност со членот 6²³⁸. Државата мора да создаде соодветен и делотворен инструмент за извршување на пресудите. Притоа, Судот за човекови права (ЕСЧП) во Стразбур прифаќа дека може да помине определено време меѓу правосилноста на пресудата и нејзиното извршување. Меѓутоа, тоа време не смее да е предолго и да допира до суштината на членот 6²³⁹. Ако помине премногу време, покрај членот 6 често е повреден и членот 1 од анекс-протоколот.

Времетраењето на меѓупериодот зависи од неколку околности. ЕСЧП ги зема предвид следниве:

- сложеноста на извршувањето,
- однесувањето на тужителот,
- однесувањето на управните органи, и
- износот и видот на барањето²⁴⁰.

Во други одлуки на ЕСЧП периодот од најмногу девет месеци, по правило, бил сметан за прифатлив. За периоди што траеле подолго, по правило, се сметало дека постои повреда на членот 6 од ЕКЧП.

²³⁶ За оваа тема спореди: Мејер-Ладевиц, ЕКЧП, 2. издание 2006 г. чл. 6 Рп. 18 и понатаму.

²³⁷ ЕСЧП од 19.3.1997 г., ЃЈЗ 1998, 226 - Хорнсби/Грција.

²³⁸ ЕСЧП од 21.12.2004 г., 34297/02 – Дерках и Палек/Украина.

²³⁹ ЕСЧП од 7.5.2002 г., 59498/00 бр. 34 - Бурдов/Русија (бр. 1); и од 15.01.2009 г. - 33509/04 - Бурдов/Русија (бр.2).

²⁴⁰ Спореди ЕСЧП од 9.2.2006 г., 36407/02 – Игушева/Русија: 14 месеци оддолжување

Ако барањето што е утврдено по судски пат е насочено кон државата, таа не може да се повикува на недостиг од финансиски средства²⁴¹. Освен тоа, на доверителот не може да му се каже дека треба да користи други правни лекови, на пример, да поднесе тужба за извршување на пресудата.

Ако правото во државата предвидува дека присилното извршување против странска држава е можно само со согласност на државен орган, одбивањето претставува мешање во членот 1 од анекс-договорот. Меѓутоа, тоа мешање е оправдано бидејќи се темели на општоприфатени начела на меѓународното право за гаранција на имунитет на државите²⁴².

II. Извршување управно-судски одлуки во согласност со германското право

Основен услов за правото на извршување во правна држава е монопол на власта на државата. Извршувањето права не смее да се случи така што посилниот ќе се наметнува преку самопомош. И според **германското уставно право**, во делотворна правна заштита спаѓа правото на ефикасно извршување. Во образложението на нацртот на германскиот Закон за управните спорови се наведува²⁴³:

Делотворното извршување на управносудска пресуда е неопходен услов за доследна правна заштита. Можноста таква пресуда да не се изврши поради пасивно однесување на управниот орган не е споива со уставносудски втемелената сеопфатна правна заштита.

Меродавните одредби се содржани во германскиот Закон за управните спорови²⁴⁴. За одредбите што не се содржани во овој закон, соодветно важи Законот за парничната постапка.

За извршувањето е неопходна **изрека за извршување**, врз чијашто основа може да се извршува. Тука, пред сè, спаѓаат правосилни судски одлуки, значи пресуди и решенија, но и судски одлуки што можат привремено да се извршуваат. Пресудите што сè уште не се правосилни, кои се донесуваат врз основа на тужби со кои се оспорува правен акт или со кои се бара да му се наложи нешто на управниот орган, можат да се прогласат за привремено извршни поради трошоците. Освен тоа, начелно, е потребна и **клаузула за извршување**, која судот ја запишува на одлуката што треба да се изврши.

²⁴¹ ЕСЧП од 24.2.2005 г. - 43883/02 - Плотникови/Русија.

²⁴² ЕСЧП од 12.12.2002 г., 59021/00, NJW 2004, 273 - Калогерополу/Грција и Германија поради извршување на Гетеовиот институт.

²⁴³ BT-Drucks. III/55 стр. 48 за членот 164.

²⁴⁴ Спореди го членот 167 од Законот за управните спорови

Покрај тоа, начелно, е потребно да се изврши **достава** на писмено. Заради забрзување на постапката, пред доставувањето на целосната пресуда на доставено барање, може да се издаде и примерок од пресудата без да се наведат фактичката состојба и причините за донесувањето одлука, врз основа на која може да се спроведе извршувањето²⁴⁵.

Освен тоа, може да се извршуваат и одлуки за мерки на привремена правна заштита. Меѓутоа, исто како и кај пресудите, тоа важи само ако содржат извршна содржина.

Понатаму, меѓу другото, може да се извршуваат и процесни изедначувања и решенија со кои се утврдуваат трошоци на постапката. Во тој случај, не се работи за надоместување на трошоците на постапката меѓу странките²⁴⁶.

Во тој случај, лицето што бара извршување мора да поднесе соодветно барање пред надлежниот суд за извршување.

При извршувањето на управносудски одлуки, треба да се прави разлика меѓу две ситуации:

1. Извршување наречено „граѓанинот против управата“, односно граѓанинот се изборил за судска одлука и сака нејзино извршување. Кога велам граѓанин, мислам на типичната ситуација. Истото важи, на пример, за приватни здруженија или за стопански претпријатија.
2. Извршувањето наречено „управата против граѓанинот“ е обратна констелација. Управниот орган го добил спорот пред управниот суд и таа одлука треба да се изврши.

Прво, сакам да ја објаснам првата ситуација, извршувањето наречено „граѓанинот против управата“.

III. Извршување „граѓанинот против управата“

1. Тужбата за укинување управен акт

Со ваква тужба граѓанинот пред управниот суд бара укинување на некој оптоварувачки управен акт²⁴⁷. Во согласност со германското право, управниот суд е обврзан да ја расветли фактичката состојба²⁴⁸. Начелно, тој мора да ја расветли фактичката состојба за да може да донесе одлука. „Враќање на предметот“ до управниот орган, веројатно за разлика од македонското управно право, е предвидено само во ограничени услови, а во практиката претставува исклучок.

²⁴⁵ Спореди го членот 168, став 2 од Законот за управните спорови

²⁴⁶ Спореди Пицнер и Шох, меѓу другото, Закон за управните спорови членот 168 Rn. 26.

²⁴⁷ членовите 42, 113 од Законот за управните судови

²⁴⁸ членот 86 од Законот за управните судови

Ако тужбата на граѓанинот пред управниот суд за укинување управен акт е успешна и одлуката е *правосилна*, не е потребно извршување на пресудата. Пресудата со која се укинува управниот акт не е креативна пресуда. Со укинувањето на управниот акт, со самата пресуда се менува правната состојба. На тој начин, пресудата има непосредно правно дејство и нема потреба од нејзино извршување.

Тоа може да се илустрира со следниов пример: граѓанинот поднесува тужба за даночно решение донесено од општината, а управниот суд го укинува тој управен акт. Тука нема простор за извршување на пресудата. Истото важи кога управниот орган во рамките на судско изедначување укинува некој акт за извршување.

Меѓутоа, ако управниот орган ја игнорира правосилноста и, сепак, го изврши даночното решение против граѓанинот, граѓанинот може да се обрати до управниот суд. Меѓутоа, таква констелација не се случува речиси никогаш затоа што управните органи ги почитуваат управносудските пресуди.

Меѓутоа, граѓанинот што го добил спорот може од управниот орган да бара извршување на процесните трошоци пред управниот суд. Во таа смисла, важат правилата за извршување назначени парични средства. На нив ќе се осврнам подоцна.

Ако управниот суд, како исклучок, му го врати предметот на управниот орган, тој задолжително треба да се придржува до правното мислење на судот. Тука во практиката нема проблеми. Ако управниот орган донесе одлука против граѓанинот, тој повторно може да поднесе тужба против управниот суд.

2. Извршување парични побарувања

Сега ќе се осврнам на прашањето за извршување парични побарувања на граѓанинот од управата. Значи, станува збор за ситуација во која управниот суд донесл одлика управниот орган да му плати парични средства на граѓанинот, но управниот орган не го направил тоа.

Во практиката, оваа констелација се случува екстремно ретко. Во тој случај, се применува членот 170 од Законот за управните спорови.

Надлежен е првостепениот управен суд. Судот се активира на барање на граѓанинот. Тој го информира управниот орган за планираното извршување и утврдува рок од најмногу еден месец во кој на граѓанинот треба да му го плати паричниот износ што му го должи.

Ако управниот орган не го плати паричниот износ, управниот суд со решение го поттикнува извршувањето. Во решението ги определува конкретните мерки на извршувањето наложувајќи ѝ на надлежната служба да го спроведе извршувањето.

Потоа, извршувањето се спроведува, на пример, врз подвижен имот или земјиште, кои се во сопственост на државата, на покраината или на општината.

Службите до кои се поднесува барање за извршување се дел од правосудниот систем. Конкретно, надлежни се следниве служби:

- управниот суд за земање во залог побарувања и други имотни права,
- судскиот извршител за земање во залог подвижни предмети,
- катастарот (при основниот суд, т.е. при првостепениот редовен суд) за запишување на хипотеката за обезбедување,
- основниот суд за спроведување присилно управување или присилно наддавање.

Недозволно е да се извршуваат предмети што се неопходни за извршување јавни задачи или чиешто отуѓување е спротивно со јавниот интерес. Со тој исклучок треба да се сочува функционалноста на јавната управа. Неопходни за извршување на јавни задачи, на пример, се возилата на противпожарната служба или на полицијата и опрема на училиштата. За разлика од тоа, не се неопходни скапите службени возила на раководителите на управниот орган. Тие би можеле да се заменат со поевтини возила. Потоа, со таа разлика од замената може да располага доверителот на извршувањето.

За отуѓување што е во спротивност со јавниот интерес може да стане збор кај уметнички предмети во музеј.

3. Тужби за задолжување на управниот орган да донесе управен акт и привремени мерки

Во согласност со германското процесно право, управниот суд може да му наложи на управниот орган да донесе управен акт. По правило, управниот орган ја спроведува одлуката.

Во малкуте исклучоци, кога управниот орган не се придржува до пресудата и не го донесува управниот акт, управниот суд може да ја изврши пресудата. Во тој случај, управниот орган се задолжува да плати парична казна во согласност со членот 172 од Законот за управните спорови. Истото важи и за извршувањето на привремени мерки, процесни изедначувања и јавноправни договори што можат веднаш да се спроведат²⁴⁹.

На пример: тужителот побарал да му се издаде градежна дозвола, а управниот орган го одбил барањето. Управниот суд му наложил на управниот орган да ја издаде

²⁴⁹ За двата последни случаја соодветно важи членот 172 од Законот за управните спорови (спорно; спореди Крафт, во: Ајрман, Закон за управните спорови членот 172 Rn. 9 и следен).

дозволата. Ако управниот орган одбие да ја заврши оваа обврска, може да се утврди парична казна.

Членот 172 од Законот за управните спорови не се применува кога се работи за парични средства од управниот орган. Во тој случај, членот 170 од Законот за управните спорови е конечна одредба.

На барање на доверителот за извршување, прво се утврдува паричен износ за присилно извршување до 10.000 евра и се наведува рок за исполнување на обврската. Рокот и износот на паричниот износ за извршување се дискрециско право на судот. Во постапката за извршување, управниот суд испитува дали управниот орган ја завршил својата обврска. Ако тоа не е случај, се изрекува парична казна. Паричната казна може да се изрекува, утврдува и спроведува повеќе пати, сè додека управниот орган не ја заврши својата обврска.

Ако управниот орган не ја плати паричната казна, таа ќе се изврши против него со споменатите средства.

Само управниот орган има обврска да плаќа. Не е предвидена лична одговорност на службеникот или на раководителот на органот.

Во практиката многу ретко се случува изрекување парична казна против управните органи. Во малкуте случаи, кога управниот орган не се придржува до изречената обврска во пресудата, доволно е да се најави утврдување парична казна.

Понекогаш постојат исклучоци на ниво на општинската управа, на пример, кога станува збор за политички убедувања.

На пример: градоначалникот на една општина се противи да ѝ одобри на една екстремистичка партија да ја користи локалната сала за собири. Градоначалникот останува на својата одлука и покрај судската пресуда во полза на партијата, која се темели на одредбата дека секоја партија, која не е забранета од Сојузниот уставен суд, ги има сите уставни права. Во тие права спаѓа и правото на собирање. Во таков случај може да се утврди парична казна.

Меѓутоа, ако партијата, на пример, поради поминатиот рок се откаже од намерата да го организира настанот во салата за собири на општината, веќе не може да се определи парична казна. Таа околност се должи од карактеристиката на паричната казна како чисто средство на присила. Паричната казна не смее да се определи ако доверителот на извршувањето веќе нема интерес за спроведување на судски утврденото барање²⁵⁰.

Други примери за темата на непридржување до судски одлуки од причини на политичко убедување можат да се најдат во областа на универзитетите. Претставничките

²⁵⁰ Виш управен суд Берлин, NVwZ-RR 1999, 411.

тела избрани од студентите понекогаш сметаат дека надвор од рамките на важечките одредби на универзитетите можат да организираат и настани од општ политички карактер, кои не се поврзани со задачите на универзитетот (на пример, протести против ангажмани на германската армија во странство). Еден аспект на оваа проблематика е тоа што употребените финансиски средства се покриваат со членарината на студентскиот сојуз и смеат да се употребуваат само за определена намена поврзана со задачите на универзитетот.

Во тој контекст, често биле донесувани судски одлуки со кои на студентските сојузи им било наложено да **не организираат** активности со општ политички карактер. Во случај на непочитување на вакви одлуки, судот може да изрече парична казна.

Друг пример за парична казна е следниов:²⁵¹ управниот суд му наложил на градежниот инспекциски орган да донесе решение со кое ќе нареди уривање балкон затоа што бил во спротивност со еден пропис за заштита на соседот. Градежниот инспекциски орган не се придржал до одлуката на судот. Место тоа, на сопственикот на куќата му издал градежна дозвола за помал балкон. Меѓутоа, и помалиот балкон бил во спротивност со Законот за градба. Од таа причина, судот му се заканил на градежниот инспекциски орган со парична казна во износ од 2.000 евра доколку во определен рок не го донесе потребното решение за уривање на балконот.

Уште еден пример:²⁵² случајот се однесува на постапка на хабилитација на универзитет. Неколку професори биле против поднесениот хабилитациски труд и неговиот автор. Своето несогласување повеќепати го изразиле во форма што не била во согласност ниту со правилникот за хабилитација на факултетот, ниту со законот за високото образование, ниту, пак, со начелата од правилникот за испити. Управниот суд му наложил на факултетот да го повика кандидатот во предвидениот рок на усна одбрана на хабилитацискиот труд пред надлежната комисија. Дури и деканот на факултетот бил поканет на одбраната на трудот. Меѓутоа, на одбраната се појавиле помалку од една третина од членовите на комисијата. Правилникот за хабилитација, меѓутоа, предвидува дека комисијата може да донесе одлука најмалку со една половина од членовите. Деканот сметал дека ја исполнил обврската од пресудата. Божем, тој не можел да им нареди на професорите на присуствуваат на седниците. Управниот суд му се заканил на факултетот со парична казна во износ од 10.000 евра ако во определен рок не го повика кандидатот на одбрана пред комисија за хабилитација, која има кворум за донесување одлука. Жалбата на факултетот била одбиена од страна на Вишиот управен суд. Во образложението било наведено дека ниту еден управен орган не смее да ги пренебрегнува своите обврски наведувајќи дека неговите вработени одбивале да ја спроведат мерката.

²⁵¹ Виш управен суд Минстер. Одлука од 28.2.2003 г. - 10 E 107/02 - јурис (изменето).

²⁵² Управен суд Минстер, NVwZ 2005, 476.

4. Мерки на супституција

Извршување длуки на управен суд може да се спроведе и преку мерки на супституција, односно со соодветна примена на меродавните одредби од Законот за парничната постапка²⁵³. Тоа е можно во оправдани дејства, т.е. кога за овластеното лице не е соодветно дали дејството ќе го врши задолженото лице или некое трето лице.

Во тој контекст може да се наведе следниов пример²⁵⁴ во врска со бучава предизвикана од спортски активности на фудбалски натпревар на заградено игралиште во близина на станови. Оградата треба да спречи топките да не паѓаат на соседните земјишта. По поднесената тужба на еден сосед на фудбалското игралиште, управниот суд во рамките на судско изедначување наложил да се постави нова ограда со звучна изолација, на која нема да настанува тешка метална бучава кога топката удира на неа. Бидејќи тоа не се случило, соседот побарал управниот суд да го овласти тој самиот да ја постави оградата во согласност со одредбите од стручен наод за бучава и да му наложи на управниот орган да ги плати авансните трошоци (мерка на супституција). Управниот суд сметал дека тоа барање е дозволено и начелно подобно за спроведување на обврската на управата. Меѓутоа, судот тргнал од претпоставката дека барањето за извршување не било доволно прецизно затоа што во стручниот наод за бучавата биле наведени повеќе технички решенија за подобни огради со звучна изолација. Судот за извршување може да дозволи само едно конкретно дејство од повеќе можни дејства како мерка на супституција. Судот за извршување не е надлежен самиот да го направи тој избор.

Уште еден пример за мерка на супституција:²⁵⁵ Настанот се случил во Источна Германија по обединувањето на земјата, кога управните органи понекогаш имале тешкотии да се приспособат на новите законски барања.

Градоначалничката на една општина основала друштво во приватна правна форма – друштво со ограничена одговорност. Тоа друштво требало да ги преземе задачите на општинската управа во областа на отпадните води. Решенијата за плаќање такси за отпадни води, односно управни акти биле донесувани со меморандуми на друштвото. Еден граѓанин побарал правна заштита пред управниот суд. Поради таа околност, со образложение на „несолидарно однесување“ бил исклучен од мрежата за канализација. За таа цел, во неговата канализација бил ставен балон, со што му се блокирал одводот.

На барање на граѓанинот, управниот суд со привремена мерка наредил итно отстранување на блокадата. Управниот орган ја игнорирал пресудата.

²⁵³ Спореди го членот 167, став 1 од Законот за управните спорови во врска со членот 887 од ЗПП

²⁵⁴ Виш управен суд Вирицбург, одлука од 19.3.2008 г.- W II V 07.1584 - јурис (делумно изменето).

²⁵⁵ Управен суд Хале, одлука од 10.5.1996 г. - D 2 K 584/96 - LKV 1997, 343.

На барањето на граѓанинот за извршување на пресудата, управниот суд ја наредил мерката на супституција во однос за затворање на одводниот канал. Судот му наложил на управниот орган, кој имал надзорна функција над општината, да ја отстрани блокадата на каналот. Поради упорното одбивање на градоначалничката да ја спроведе судската пресуда, судот зазел став дека со определување парична казна нема да се постигне ништо. Од таа причина (но и поради итноста на предметот) *непосредно била наредена мерка на супституција.*

За да не се добие погрешен впечаток: повторно нагласувам дека германските управни органи многу ретко ги игнорираат одлуките на управните судови. Во постапката на привремена правна заштита, по правило, е доволна телефонска информација до управниот орган за да се обезбеди почитување на судската одлука.

IV. Извршување на управата против граѓанинот

Вториот важен сегмент на извршувањето судски одлуки се однесува на извршувањето „управата против граѓанинот“. Пред сè, станува збор за ситуација кога управата го добила спорот пред управниот суд и судската одлука треба да се изврши против граѓанинот.

1. Тужба за побивање управен акт

Кога тужбата на граѓанинот за некој управен акт ќе се одбие правосилно, состојбата е иста како граѓанинот воопшто да не поднел тужба. Тогаш самиот управен орган го спроведува управниот акт во согласност со применливото право за извршување од страна на управата. Во тој случај, судот не дејствува.

Со судски потврдениот управен акт, управниот орган има изрека што може да ја изврши во согласност со одредбите од Законот за извршување во управните органи.

Извршувањето се спроведува на истиот начин како кај управните акти, кои не се судски испитани. Граѓанинот го задржува правото во поединечен случај, поради посебни причини, да бара правна заштита против извршувањето, на пример, кога управниот орган го извршува актот иако граѓанинот веќе ја исполнил својата обврска.

Следниов пример служи за илустрација на извршување управен акт од страна на управниот орган: органот за градежен инспекциски надзор со управен акт го обврзал сопственикот на зграда да ја урне зградата затоа што постои опасност од нејзино паѓање. Сопственикот не го добил судскиот спор. Управниот орган може да го изврши управниот акт (на пример, преку мерка на супституција).

2. Други случаи на извршување во полза на управата

Во други случаи на извршување во полза на управата, управниот орган не може самиот да ја изврши одлуката. Во тој случај е надлежен претседателот на првостепениот суд. По правило, тоа е претседателот на надлежниот совет на првостепениот управен суд.

Како и во случајот на извршување во полза на граѓанинот, претседателот ја почнува постапката. Во зависност од видот на планираното извршување, тој може да ги ангажира другите служби за извршување или судскиот извршител. Но, не смее целосно да ја пренесе својата судиска надлежност за извршување. Туку, тој на сопствена одговорност го раководи извршувањето. Тука спаѓа околноста што тој ја презема одговорноста за избор на мерката на извршување. Во посебни случаи, тука може да спаѓа и претрес на станбен или на деловен простор. Во таа смисла, но и во однос на други мерки на извршување, треба да се почитува начелото на пропорционалност.

Паричните побарувања на управата можат да се извршат со земање во залог подвижни предмети и земјиште или со земање во залог или наплата на побарувања и на други имотни права. Предвид доаѓа и солемнизирана изјава на должникот за неговата финансиска положба. Меродавни се важечките одредби од Законот за извршување во управните органи, на кои упатува членот 169, став 1 од Законот за управните спорови. И побарување на управниот орган од јавноправен договор може да се изврши, ако граѓанинот во договорот се согласил со извршувањето.

Важечките одредби од Законот за извршување во управните органи се применуваат и во случај кога на граѓанинот по пат на извршување му се наложува *дејство, толерирање или забрана*²⁵⁶.

Постојат следниве средства на присила:

- (1) Споменатата мерка на супституција за оправдани дејства во форма на овластување на трето лице да го изврши налогот (на пример споменатиот пример на уривање објект од страна на приватна градежна фирма).
- (2) Друго средство на присила е паричната казна, која, начелно, мора да се плаќа само во случај на оптоварувачки дејства. Кај споменатата парична казна за управниот орган, заради посебното законско овластување не е соодветно дали се работи за оптоварувачко дејство.
- (3) На крајот, предвид доаѓа и непосредна присила (на пример, изнесување лице, кога должникот не сака доброволно да ја напушти просторијата или во случај на противзаконски штрајк со седење во управен орган). Посебен вид на непосредната присила како форма на извршување претставува протерување странец. На оваа тема ќе се осврнам подоцна.

²⁵⁶ членот 6 од Законот за општа управна постапка. Притоа, треба да се внимава на особеностите, кои произлегуваат од околноста што со ЗУП непосредно се регулира извршувањето во управниот орган, но во овој случај се применува судското извршување според ЗУС.

V. Правни лекови

Против определени мерки и одлуки во рамките на извршувањето постојат правни лекови²⁵⁷. Во зависност од констелацијата на случајот, правен лек, пред сè, може да поднесе тој што се обвинува со одлуката. Во зависност од констелацијата, тоа може да е граѓанинот или управниот орган.

1. Жалба

Жалбата²⁵⁸ е можна, на пример, против:

- враќање барање за извршување;
- недозволено пренесување на судската надлежност за извршување²⁵⁹;
- најава за извршување поради парично побарување²⁶⁰;
- наредба на мерка на супституција или на парична казна.

Жалбата се поднесува пред управниот суд. Ако тој не решава по жалбата, тогаш мора да ја поднесе пред Вишиот управен суд за донесување одлука.

2. Претставка

Покрај тоа, против начинот на присилното извршување (на пример, од страна на судскиот извршител) може да се поднесе претставка до управниот суд.

3. Противтужба на извршувањето

Приговори против правосилно утврдено право не можат да се поднесуваат само со жалба, туку и надвор од извршната постапка, со противтужба на извршувањето во посебна постапка.²⁶¹ Тоа, на пример, важи за дополнително исполнување долг, компензација или променета правна состојба.

Пример за таква променета правна состојба е одлука на Сојузниот управен суд²⁶² за давање на увид на документи на Агенцијата за безбедност (Штази) на поранешната Германска Демократска Република. По обединувањето на Германија, за чување на тие документи е надлежен посебен орган. Тој орган сакал, на барање, на определени на-

²⁵⁷ Спореди: Крафт, во: Ајерман, Закон за управните спорови, 13. издание членот 167 rn. 13 и понатаму.

²⁵⁸ Според членот 146 од ЗУС

²⁵⁹ На пример, во рамките на членот 169 од ЗУС

²⁶⁰ Спореди чл. 170, став 2 од ЗУС

²⁶¹ Спореди го членот 767 ЗПП, за таа тема Пицнер во Шох и др., ЗУС членот 170 Rn. 26.

²⁶² Одлука на Сојузниот управен суд 121, 115

учници и медиуми да им даде копии на документи што се однесувале на поранешниот германски канцелар Хелмут Кол. Штази собирал податоци за него.

Кол поднел тужба поради давањето на тие податоци. Неговата тужба била успешна на управниот суд затоа што податоците делумно се однесувале на неговиот приватен живот.

Одлуката на управниот суд била правосилна. По таа одлука бил изменет важечкиот закон. Сега, меѓу другото, се пропишува одмерување меѓу јавните и приватните интереси, кога некој научник или новинар бара увид во документите на Штази. На тоа, управниот орган поднел тужба поради извршувањето на споменатата пресуда.

Тужбата била делумно успешна²⁶³. Меродавна била околноста што прашањето за пристапот до документите за Кол се темели на законски одредби, кои биле изменети по пресудата²⁶⁴. Со тоа, управниот орган постигнал делумно укинување на задолжителното дејство на првичната пресуда. На тој начин, органот повторно бил во состојба да дава копии од документите.

VI. Протерување странци

Посебен случај на извршувањето претставува протерувањето странец без право за престој бидејќи му истекла дозволата за престој или му било наредено да ја напушти земјата. Станува збор за посебна форма на непосредна присила.

Протерувањето од земјата мора претходно да се најави. Неговата правосилност, по правило, треба да се испита уште во врска со судската одлука за постоење на правото за престој. Во практиката на управните судови, тоа испитување има големо значење.

Во контекст на ова ќе ја наведем следнава проблематика што во последно време се постави во голем број случаи: прашањето дали протерувањето од земјата во конкретен случај е во согласност со Европската конвенција за човекови права. Покрај членот 3 од Конвенцијата, во кој се регулира заштитата од мачење, нечовечка или понижувачка казна или однесување, пред сè, значајни се и заштитата на семејниот и на приватниот живот во согласност со членот 8.

Во судската практика на ЕСЧП, а во врска со членот 8 од ЕКЧП, постои обемна поврзаност за прашањето на пропорционалноста на екстрадицијата и на протерувањето странец што е роден и пораснал во Германија, кој направил кривично дело (таканаречени

²⁶³ Сојузен управен суд, одлука од 23.6.2004 г. – Одлука на Сојузен управен суд 3 С 41.03 – Одлука на Сојузен управен суд 21, 115.

²⁶⁴ Спореди и одлука од 17.9.2004 г., Одлука на Сојузен управен суд од 17.9.2004 г., Одлука на Сојузен управен суд 4 С 10.01 – Одлука на Сојузен управен суд 117, 44 (дополнителна измена на ДУП).

странци од втората генерација). Притоа, ЕСЧП, најчесто, не прави разлика меѓу екстрадиција и протерување од земјата.

Во низа такви случаи, ЕСЧП констатирал повреда на членот 8 од ЕКЧП, а делумно негирал таква повреда. Прашањето дали протерувањето на странците од втората генерација е оправдано во согласност со членот 8, став 2 од ЕКЧП и особено прашањето дали е „потребно во демократско општество“, односно пропорционално, зависи од посебните околности на соодветниот случај.

Значајна околност за оценување на пропорционалноста, според ставот на ЕСЧП, е тежината на кривичното дело што го направило лицето што треба да се протера од земјата. Притоа, тежината, во прв ред, се карактеризира преку висината на изречената казна²⁶⁵, а покрај тоа се определува и преку видот на кривичното дело, каде што деликтите со дроги се сметаат за посебно тешки дела²⁶⁶. Важна е и возраста на засегнатото лице во моментот на извршување на кривичните дела. Околноста дека малолетно лице направило кривично дело не е единствениот фактор за утврдување непропорционалност на протерување од земјата²⁶⁷.

Покрај тежината на кривичните дела, ЕСЧП ја испитува и семејната ситуација на протераното лице. Притоа, особено се внимава на околноста дали странецот што израснал во земјата е оженет со лице што го има државјанството на земјата на неговиот престој и дали има деца. Неженети странци, кои немаат деца, се послабо заштитени со законот за странците²⁶⁸. Покрај тоа, се земаат предвид и врските со родителите, браќата и сестрите што живеат во земјата, но тие имаат помала тежина ако возрасниот странец поради посебни околности не зависи од нивната поддршка и помош²⁶⁹. Протерувањето на странец од втората генерација, кој е женет или е татко на дете што живее во земјата, не е начелно непропорционално и независно од пошироките околности на случајот, особено од тежината на направеното кривично дело²⁷⁰.

Освен тоа, ЕСЧП зема предвид дали странецот сè уште одржува контакти со земјата, чиешто државјанство го има. Тогаш особено се нагласува познавањето на јазикот на матичната земја како значителна околност, особено во однос на можноста на поврзу-

²⁶⁵ Спореди, на пример, ЕСЧП, одлука од 24 април 1996 г. - 15/1995/522/608 – случај Бугханеми, пресуда од 21 октомври 1997 г. - 122/1996/741/940 – случај Буџлифа, InfAuslR 1998, стр. 1; спореди и Сојузен уставен суд, одлука на советот од 1.3.2004 г. – 2 BvR 1570/03

²⁶⁶ Спореди ЕСЧП, одлука од 26 септември 1997 г. – 123/1996/742/941 – случај Ел Буџаиди

²⁶⁷ Спореди ЕСЧП, пресуда од 29 јануари 1997 г. - 112/1995/618/708 – случај Бухелика; Одлука за допуштено од 4 октомври 2001 г. - 43359/98 – случај Адам EuGRZ 2002, стр. 582

²⁶⁸ Спореди од една страна со ЕСЧП, пресуда од 29 јануари 1997 г.-112/1995/618/708-случај Бухелика; одлука за допуштено од 4 октомври 2001 г.-43359/98-случај Адам, EuGRZ 2002, стр. 582; од друга страна со пресуда од 26 септември 1997 г.-85/1996/704/896-случај Мехеми, InfAuslR 1997, стр. 430; пресуда од 17 април 2003 г.-52853/99-случај Јилмаз

²⁶⁹ Одлука од 17 април 2003 г. - 52853/99 – случај Јилмаз

²⁷⁰ Спореди ЕСЧП, одлука од 24 април 1996 г. - 15/1995/522/608 – случај Бугханеми.

вање во тамошните животни услови²⁷¹. Сепак, ЕСЧП протерувањето делумно го сметал за непропорционално, иако тужителот докажал дека недоволно го познава јазикот²⁷². Покрај тоа, ЕСЧП повеќе ја зема предвид околноста што странците го задржуваат државјанството на својата матична земја и не изразиле желба да го здобијат државјанството на земјата на нивниот престој²⁷³.

Во судската практика на ЕСЧП се покажува извесна тенденција за строгост кон странци што направиле деликти со дроги²⁷⁴ и кон неженети странци без деца, кои биле осудени на долгогодишни затворски казни и на малолетнички казни и го разбираат јазикот на својата матична земја²⁷⁵.

Во тој контекст, превентивна мерка на извршување е затворска казна заради протерување од земјата. Меѓу другото, таа може да се изрече, кога постои основано сомнение дека странецот ќе се обиде да го избегне протерувањето од земјата²⁷⁶. За правни лекови против определувањето казна затвор поради протерување, во Германија не е надлежен управниот суд, туку редовниот суд.

VII. Дигресија: укази за неприменување на одлуките на Сојузниот суд за финансиска ревизија

Тежиштето на оваа тема се однесува на прашањето според кои правни критериуми во Германија треба да се извршуваат управносудските одлуки и како изгледа тоа во практиката. Особено внимание заслужува однесувањето на управите органи. По правило, управата ги почитува одлуките на управните судови, така што вообичаено не се потребни мерки на извршување во управните органи.

²⁷¹ Случај Насри, InfAusLR 1996 г., стр.1; одлука од 24 април 1996 г. - 15/1995/522/608 – случај Бугханеми; одлука од 29 јануари 1997 г. - 112/1995/618/708 – случај Бухелка; одлука од 26 септември 1997 г. - 123/1996/742/941 – случај Ел Буцаиди, одлука од 30 ноември 1999 г. - 34374/97 – случај Багли NVwZ 2000 г., стр.1401; Одлука за допуштеност од 4 октомври 2001г. - 43359/98 – случај Адам, EuGRZ 2002, стр.582

²⁷² Спореди пресуда од 21 октомври 1997 г. - 122/1996/741/940 – случај Буџлифа, InfAusLR 1998, стр. 1

²⁷³ Спореди: ЕСЧП, пресуда од 24 април 1996 г. - 15/1995/522/608 – случај Бугханеми; пресуда од 29 јануари 1997 г. - 112/1995/618/708 – случај Бухелкија; пресуда од 26 септември 1997 г. - 123/1996/742/941 – случај Ел Буцаиди; пресуда од 21 октомври 1997 г. - 122/1996/741/940 – случај Буџлифа, InfAusLR 1998, стр. 1; пресуда од 30 ноември 1999 г. - 34374/97 – случај Багли, NVwZ 2000, стр. 1401

²⁷⁴ Спореди, на пр., ЕСЧП, пресуда од 26 септември 1997 г. - 123/1996/742/941 – случај Ел Буцаиди, пресуда од 30 ноември 1999 г. - 34374/97 – случај Багли, NVwZ 2000, стр. 1401

²⁷⁵ Спореди ЕСЧП, пресуда од 29 јануари 1997 г. - 112/1995/618/708 – случај Бухелкија; Одлука за допуштеност од 4 октомври 2001 г. - 43359/98 – случај Адам, EuGRZ 2002, стр. 582; спореди и пресуда од 21 октомври 1997 г. - 122/1996/741/940 – случај Буџлифа, InfAusLR 1998, стр. 1, каде што Врховниот суд сметал дека протерувањето е пропорционално, иако тужителот навел дека не го разбира јазикот на земјата на неговото потекло, и пресуда од 24 април 1996 г. - 15/1995/522/608 – случај Бугханеми, каде што тужителот имал дете со државјанка на земјата.

²⁷⁶ Спореди го членот 62 од Законот за престој на странци.

Најчесто, управата ги почитува управносудските одлуки и *надвор од случајот за кој е донесена одлука*, значи и тогаш кога не станува збор за извршување. Пред сè, тоа важи за одлуките на највисоките судови. По правило, управниот орган донесува одлука според начелата, кои се развиени од страна на највисоките судови за толкување и за примена на меродавните прописи. Тоа се случува, иако за тоа не постои законска обврска.

Меѓутоа, во германската практика постои еден исклучок. Неретко, сојузниот министер за финансии им наредува на управите за приходи да се придржуваат до одлуките на Сојузниот врховен суд за финансиска ревизија, кој е највисокиот суд за даночни прашања, само во случаи кога е донесена одлука, но не и во други паралелни случаи. Иако не постои формална задолжителност на одлуките, таа практика често се критикува. Таа не ја зема предвид функцијата на судската практика во развивањето принципи на толкување во смисла на правната сигурност и на правниот мир.

VIII. Начела на прифатливоста на управносудските одлуки

Да се вратиме на управносудските одлуки: зошто германските управни органи, по правило, ги прифаќаат одлуките што се негативни за нив, така што извршувањето против управните органи претставува редок исклучок?

Една значајна причина за тоа е постоењето ефикасни правила за извршување. На вработените во управата им е јасно дека во случај на потреба, управните судови, навистина, ќе преземаат мерки за извршување. Трошоците на тие мерки ќе паднат на товар на управните органи, што е непотребна работа. Освен тоа, тие треба да се соочат со критички извештаи во медиумите.

Но, причините го надминуваат „застрашувачкото дејство“ на потенцијалното извршување. Како прво, управните органи се одамна навикнати дека нивните одлуки подлежат на управносудска контрола. Во Германија, управните судови постојат уште од втората половина на 19 век. Освен тоа, на управните судови, општо кажано, им успеало да ја сочуваат рамнотежата меѓу јавниот и приватниот интерес. Од друга страна, пак, угледот на управното судство и прифатливоста на неговите одлуки не се подразбираат автоматски сами по себе. Тие постојано треба да се изработуваат и негуваат одново. Во тоа спаѓа правичната постапка, во која учесниците ќе бидат сослушани пред судот. Тука спаѓа и квалитетот на одлуките. Важна е и работата со јавноста за да се информираат граѓаните за начинот на работење на управното судство.

Овие причини се важни и за околноста што и граѓаните што го загубиле спорот на управниот суд, најчесто се придржуваат до правосилните одлуки. Меѓутоа, во прак-

тиката се почести извршувањата против граѓаните, отколку против управните органи. Тука се меродавни финансиските причини, кога граѓаните не се во состојба да ги платат потребните трошоци.

ИЗЛАГАЊА ОД УПРАВНОТО ПРАВО И УПРАВНОТО СУДСТВО

Издавач:
МАГОР ДОО Скопје

За издавачот:
М-р Павлина Аџи Митреска Лазаревска

Превод од германски јазик:
д-р Зорица Николовска
д-р Емина Авдиќ

Лектура:
Дејан Василевски

Корица и техничко уредување:
МАГОР ДОО Скопје

DEUTSCHE STIFTUNG FÜR
INTERNATIONALE RECHTLICHE
ZUSAMMENARBEIT E.V.



ISBN 978-608-223-055-9



9 786082 230559