ГОРЃИЕВА Дијана
СТОИЛОВА Зорица

УДК: 347.91/95.05 (4:497.7)

КОМПАРАТИВНОТО ГРАЃАНСКО ПРОЦЕСНО ПРАВО - БЛИСКА РЕАЛНОСТ ИЛИ НЕПОТРЕБНА НАУЧНА АМБИЦИЈА

Апстракт: Градењето на граѓанските процесни системи во согласност со принципот за национална процесна автономија долго време го маргинализираше развојот на компаративното граѓанско процесно право.Дури во последниве неколку години започнуваат да се надминуваат овие замрзнати научни позиции заради потрагата кон побрз и поефикасен пристап до правдата. Поради ова започнува проучувањето на граѓанската постапка во една компаративна димензија (граѓанската постапка на европскоконтиненталниот и граѓанската постапка на англоамериканскиот процесен системи) со цел учење од компаративните предности. На овој начин се поизразено компаративното граѓанско процесно право галопира кон својата научна автономија иако сеуште постојат фактори кои го инхибираат развојот на оваа научна дисциплина. Одовде, вистински предизвик е да се даде одговор на прашањето дали компаративното граѓанско процесно право е иднината на процесниот догматски фокус, или пак, само непотребна научна амбиција.

Клучни зборови: *граѓанска постапка, инхибирачки фактори, поттикнувачки фактори, микро ниво, макро ниво, развој*

GORGIEVA Dijana
STOILEVA Zorica

COMPARATIVE CIVIL PROCEDURAL LAW - NEAR FUTURE OR NON-NEED SCIENTIFIC AMBITION

Abstract:The creation of the civil procedural systems in accordance with the principle of national process autonomy for a long time has marginalized the development of comparative civil procedural law. Even in the last few years, these frozen scientific positions have begun to go beyond the quest for faster and more efficient access to justice. Thus begins the study of the civil proceedings in a comparative dimension (civil procedure and civil procedure of the EuropeanContinental and Anglo-American procedural systems) with the aim to study the comparative advantages. In this way, the more prominent comparative civil procedural law gallops towards its scientific autonomy, although there are still factors that inhibit the development of this scientific discipline. From here, the real challenge is to answer the question whether comparative civil procedural law is the future of procedural dogmatic focus, or just non-neded scientific ambition.

Keywords: *civil procedure, inhibiting factors, stimulating factors, micro level, macro level, development*

Вовед

Граѓанската судска постапка се менува доста брзо бидејќи не постојат процесни правила кои се вечно добри и совршено применливи, а оттука ниту идеална постапка. Доколку на прв поглед ги

погледнеме современите граѓански процесни системи може да се забележат многу разлики. Логички одговор за оваа ситуација е различниот историски пристап кон граѓанската постапка во различни делови од светот, како резултат на културните и структурните разлики помеѓу народите. За да се надминат овие разлики и за да се создаде ефикасна транснационална граѓанска судска постапка (постапка која би била златна средина за големите процесни системи) во современиот тренд за глобализација започнува проучувањето на компаративното граѓанско процесно право. Основна цел на компаративното граѓанско процесно право не е да определи која граѓанска процесна постапка е најдобра, туку усклaдување на националните процесните законодавства и намалување на разликите во граѓанските процесни системи со цел олеснување на пристапот до правдата. Одовде, основна цел на компаративното граѓанско процесно право е меѓусебно приближување на граѓанската постапка на европско-континенталниот и граѓанската постапка на англоамериканскиот процесен систем. Остварувањето на оваа цел на компаративното граѓанско процесно право е зависна од факторите кои го инхибираат (односно ограничуваат) и факторите кои го потикнуваат научниот развој на компаративното граѓанско процесно право. Токму поради ова, предмет на овој труд се негативните и позитивните фактори за развој на компаративното граѓанско процесно право со цел да се утврди дали развојот на компаративното граѓанско процесно е блиска реалност, или пак, непотребна научна амбиција.

1.Фактори кои го инхибираат развојот на компаративното граѓанско процесно право

Компаративното граѓанско процесно право како релативно млада научна дисциплина се развива во не многу идеални услови поради разликите во граѓанските процесни системи. Кочница за развојот на компаративното граѓанско процесно право првенствено се: принципот lex fori, принципот forum shopping, различната судска пракса (law in action) и местото на судовите во државата.

Принципот lex fori е пречка во развојот на компаративното граѓанско процесно право бидејќи судовите од секоја држава судат по сопственото национално граѓанско право.[1] Поради ова, многу е мала потребата тие да го проучуваат странското право и пракса. Иако е неспорно дека странското право навлегува во националните законодавства преку потребата за признавање и извршување на странските судски одлуки, заснованието на надлежноста во граѓанските постапки со странски елемент и потребата за изведување на докази во странство, сепак, тоа не е изразено во толкав обем за да се јави потребата за масовно проучување на странското право поради непостоење на потреби за такво проучување.

За разлика од принципот lex fori, принципот forum shopping, е жива рана на англоамериканската граѓанска постапка[2] бидејќи изборот на странски суд, посебно во бизнис споровите, често може да биде предност за некоја од странките. Имено, странката често опортунистички избира некој суд да биде надлежен за да го добие предметот на спорот. Вообичаено странките сакаат споровите да ги решаваат американските судови бидејќи пред нив важи правилото дека секоја странка сама си ги сноси трошоците, поголеми се можностите за предсудско решавање на спорот и е великодушна процената на штетата.

Различната судска пракса е пречка во развојот на компаративното граѓанско процесно право во европско-континенталниот процесен систем. Имено, компаративното граѓанско процесно право нема за цел само компарирање на законите туку и на праксата, а особено праксата на судовите за утврдување на вистината во парницата. Во врска со ова во Европа може да се сретнат големи разлики особено при утврдувањето на вистината во парничната постапка. Така, не е ретка

[1] За ова повеќе видете кај: Popa, R. Roznovschi, M. (2013). *Comparative Civil Procedure: A Guide to Primary and Secondary Sources*: Global lex, part 3.
[2] За ова повеќе видете кај: *Gottwald, P. (2005). Comparative Civil Procedure: Ritsumeikan Law Review No.22, 27.*

ситуацијата она што е вистина за еден судија во Минхен, да не биде вистина за еден судија во Берлин, или она што е вистина за судијата во Берлин да не биде вистина за друг судија во Берлин.[3] Ова произлегува од фактот што во националните граѓански процесни закони на државите од европско-континенталниот процесен систем при утврдувањето на вистината судиите не се врзани за строги законски правила туку одлучуваат по слободна оценка.

Во светски рамки не постојат универзални модели на судски системи. Националните судски системи настануваат под влијание на државната и правната традиција. Судската заштита на граѓанските субјективни права не зависи само од ефикасноста на судовите туку и од местото кое судската власт го има во државата во согласност со устав и независноста на судовите од државата поради што компаративното граѓанско процесно право се соочува и со проблемот на различно третирање на судовите, а одовде и на граѓанската судска постапка во различни држави во светот, што секако негативно влијае врз неговиот развој.

Во континенталниот граѓански процесен систем положбата на судот е подредена на империјалистичката концепција на законот како израз на волјата на законодавецот, а судијата мора да го применува законот онаков како што е без да може да го суспендира или да ја менува неговата содржина. Во овој систем судовите не создаваат право (со исклучок на Европскиот суд за човековите права и Европскиот суд на правдата кои може да го применуваат, но и создаваат правото) туку само го применуваат. Во континенталниот граѓански процесен систем судијата е само устата, а не и мозокот на законот[4] односно тој мора да го применува законот онаков каков што е. Причините за ова треба да се бараат во моќната позиција на законодавната власт во Европа во времето кога судската власт допрва се бореше за својата автономија.[5]

За разлика од континенталниот, во англоамериканскиот граѓански процесен систем судовите можат и да го создаваат и да го применуваат правото. Овде обично се фаворизираат интегрирани судски системи со постоење на неспецијализирани судови (судови од општа надлежност) кои ги решаваат и граѓанските и кривичните и уставните и управните спорови. Причините за ова треба да се бараат во монополот на судската власт во делењето на правдата и силната централизација на судството кога се создаваше англоамериканскиот процесен систем.[6]

Улогата на државата, правната традиција и/или религијата особено е изразена (или била изразена) и во исламските судските системи кои настануваат под влијание на шеријатското право, судските системи во Далечниот Исток, тотилитаристичките судски системи и слично.

2.Фактори кои го поттикнуваат развојот на компаративното граѓанско процесно право

Иако, граѓанските процесни системи се градат во согласност со принципот за национална процесна автономија, како системи за заштита на граѓанските субјективни права на одредена територија, современите трендови на глобализацијата, значително ги поткопуваат овие идеали.[7] Основна причина за ова е појавувањето на граѓанско правните односи со странски елемент, но и потрагата кон побрзо решавање на споровите. Со оглед на фактот што националните граѓански процесни системи не се идеални тие мора да бидат отворени кон нови знаења. Во контекст на ова

[3] Така кај: *Gottwald, P. (2005). Comparative Civil Procedure: Ritsumeikan Law Review No.22, 28.*

[4]Damaška, R. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal),* Editorial Juridica de Chile, 69.

[5]*René, D. Spinosi Camille, J.* (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporaneous: 1a. reimp.* de la *11a. ed.*, ISBN 9786072002517, Universidad Nacional Autónoma de México, 220.

[6]*Jolowicz, A. (1978). El procedimiento civil en el common law, Aspectos de su evolucion historica en Inglaterra y en los Estados Unidos duranteelsiglo XX, 101.*

[7]*Ghanbari, N. Mohseni, H.* and *Nassiran, D. (2016). Comparative Study of Civil Procedure in Common Law and Civil Law Systems*: Journal of Politics and Law; Vol. 9, No. 5, 267-268.

тие мора да учат од подобрите и поразвиените национални граѓански процесни системи со цел на правните субјекти да им овозможат полесен и побрз пристап до правдата.[8] Оттука, тие не смеат да бидат затворени туку треба да бидат отворени за нови процесни предизвици. Во контекст на ова националните граѓански процесни системи на европско-континенталниот и англоамериканскиот процесен систем мора да се надградуваат меѓусебно и да учат едни од други. Ова е можно само доколку се познава странското право и практика односно ако компаративното граѓанско процесно право е научно признаено. Запознавањето на странското право и практика е потребно со цел да дојде до усогласување (не унификација, таа е непожелна) на процесниот феномен преку позајмување на одредени институти и правни принципи. Досега, на компаративно ниво, може да се забележат различни нивоа на усогласувањеи тоа: усогласување преку реформи во националните законодавства, усогласување за да се спречи судирот на граѓанските процесни системи и усогласување на меѓународно ниво.

Усогласувањето преку реформи во националните законодавства значи усогласување на еден граѓански процесен закон со друг кој е сроден на него. На овој начин може да се проценат добрите и слабите страни на националното законодавство на другата држава и да се изврши позајмување на институтите што треба да доведе до апроксимација. Усогласувањето преку реформи во националните законодавства обично е парцијално, но историски погледнато, може да се најдат и примери за потполно усогласување. Така на пример кон крајот на деветнаесетиот и почетокот на дваесетиот век југословенското граѓанско процесно законодавство го следеше примерот на австриското граѓанско процесно право.[9]

Усогласувањето со реформи на националните процесни законодавства е видливо и во граѓанското процесно право на Европската Унија. Имено, благодарение на секундарното право на Европската Унија (регулативите) националните граѓански процесни законодавства на државите-членки започнуваат меѓусебно да се усогласуваат.[10]

Усогласувањето поради судирот на процесните системи има за цел: во странство да не постои конкурентен форум за водење на граѓанската судска постапка (спречување на надворешен судир на граѓанските процесните системи) и граѓанските постапки да бидат исклучиво во надлежност на државните судови (спречување на внатрешен судир во граѓанските процесни системи). Можноста во странство да постои подобар форум за водење на конкретната граѓанска судска постапка е проблем со кој сеуште се соочуваат некои од државите од англоамериканскиот процесен систем поради засновање на надлежноста врз основа на принципот forum non conveniens, бидејќи во одредена постапка може да се случи forum non conveniens да не биде националниот форум на конкретната држава пред која се барала правната заштита туку форумот на некоја друга држава, како пооволен. Усогласувањето со цел граѓанските постапки да бидат исклучиво во надлежност на државните судови во современото граѓанско процесно право е речиси потполно реализирано. Основна цел на овој вид на усогласување е да се спречи судирот помеѓу државните и црковните судови внатре во националниот процесен систем.

Усогласувањето на меѓународно ниво треба да доведе до приближување на граѓанските процесни системи насекаде во светот. Вакво усогласување започна во Европа преку инструментите на секундарното право на Европската унија, праксата на Европскиот суд на правдата и слично, а надвор од Европа преку NAFTA (Спогодбата за слободна трговија во Северна Америка) и Mercosur (регионалниот блок на Аргентина, Бразил, Венецуела, Уругвај и Парагвај за промовирање на слободната трговија). Во врска со ова во 2004 година Американскиот правен институт во соработка

[8] *Dodson,S. (*2008). *The Challenge of Comparative Civil Procedure:* Alabama Law Review, 133.

[9] За ова повеќе погледнете кај: *Sedlo, M. (2015). Razvoj građanskog parničnog procesnog prava u SFRJ:* Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja, Vol.46, No.93, 56.

[10] До унифицирање на националните граѓански процесни системи на државите-членки на Европската Унија доаѓа затоа што регулативите на Европската Унија се применуваат непосредно во законодавството на државите-членки. Поради ова, граѓанското процесно право на Европската Унија го менува националното граѓанско процесно право.

со UNIDROIT (Меѓународниот институт за унификација на приватното право) ги донесе Принципите и правилата на транснационалната парнична постапка (Principles and Rules of Transnational Civil Procedure).[11] Според извештајот на Марсел Сторм на хармонизацијата на парничната постапка не треба да се гледа како на илузија. Оттука, потребата за усогласување на националните граѓански процесни системи на меѓународно ниво ја отвора потребата за проучување и на компаративното граѓанско процесно право кое треба да биде почетна алатка преку која треба да се достигне ускладување на процесниот феномен на макро ниво.

3.Потреба за проучување на компаративното граѓанско процесно право

Според Peter Golttwald компаративното граѓанско процесно право е самостојна научна дисциплина чија основна цел е подобро да се запознае странското право и постапка и да се изврши интернационализација на правото и судската практика.[12] Одовде, компаративното граѓанско процесно право треба да биде основата за идните реформи во законодавствата и звезда водилка кон реформите во националните граѓански процесни системи. Притоа, не треба да се заборави фактот дека компаративното граѓанско процесно право не ги проучува само позитивните граѓански процесни права тн living law туку и историските карактеристики на правните култури и правните институти со цел вистинско разбирање на странските граѓанските процесните системи.[13] Само преку изучување на историјата на граѓанското процесно право ќе може да се предвидат правците за развој на компаративното граѓанско процесно право pro futuro.

Компаративното граѓанско процесно право се развива врз основа на проучување на законите, судската пракса или правните институти на правни системи на различни држави во светот. Основни цели на компаративното граѓанско процесно право се: подобро разбирање на странските правни граѓански процесни системи, нивните институти и функции, зголемување и олеснување на правниот промет во странство, усогласување на граѓанските процесни системи, креирање на општи правни начела за цивилизациските народи, подобрување на националното граѓанско процесно право и судската практика, сваќање на значењето за потребата за наднационална заштита на правата и согледување на меѓузависноста на општествените услови и законските прописи кои ја регулираат материјата на граѓанското процесно право.

Одовде, компаративното граѓанско процесно право треба да овозможи запознавање и почитување на странските граѓански процесни закони кои коегзистираат како и правно запознавање на светските процесни култури со цел приближување на граѓанските процесни правила и создавање на ускладени граѓански процесени правила на меѓународно ново.

4.Микро и макро ниво на развој на компаративното граѓанско процесно право

Материјата на граѓанското процесно право може да се компарира од повеќе аспекти. Генерално, може да се говори за микро и макро ниво на развој на компаративното граѓанско процесно право. Микро нивото на развој на компаративното граѓанско процесно право дава поквалитетни резултати. На микро ниво обично се проучуваат некои процесни институти или правните лекови во граѓанските судски постапки во различни држави (пр. системите на жалба, вонредните правни лекови, постоењето и видовите на скратените парнични постапки, системите за извршување и сл.). За разлика од микроспоредбата, макроспоредбата дава можност да се диференцираат различни граѓански процесни кругови во зависност од историскиот развој, стилот и

[11]За ова повеќе кај: *Jeffrey, P. (2009). Comparative Civil ProcedureandTransnational Harmonization, A Law-and-Economics Perspective, George Mason University School* of *Law.*

[12]*Gottwald, P. (2005). Comparative Civil Procedure: Ritsumeikan Law Review No.22, 23-24.*

[13] За историските текови на компаративната граѓанска постапка повеќе Видете кај: *Uzelac,* A.(2008). *Turning Civil Procedure upside down*: From *Judges*' *Law to Users*' *Law,* in: Tweehonderd jaar/Bicentenaire Code de Procédure civile, Kluweruitgevers, 297-309.

карактеристиките на процесните системи. Всушност, примарната цел на проучувањето на компаративното граѓанско процесно право е макро нивото на развој на граѓанската судска постапка во големите процесни системи – европско-континенталниот и англоамериканскиот.

5. Предмет на проучување на компаративното граѓанско процесно право

Компаративното граѓанско процесно право е релативно млада научна дисциплина која се развива последниве години и која е во многу тесна врска поврзана со научните дисциплини теоријата на големите правни системи, историјата на граѓанското процесно право и граѓанското процесно право. Поради ова, во современото процесно право ретко се дефинира како самостојна научна дисциплина. Причината за ова се бара и во фактот што компаративните анализи на граѓанските процесни системи се прават обично на парцијално ниво (меѓу две или три граѓански процесни системи) или микро ниво. Меѓутоа, иако постојат многу фактори кои го инхибираат развојот на компаративното граѓанско процесно право, сепак практичните потреби за постоење побрза и поквалитетна граѓанска постапка бараат проучување на странското граѓанско процесно право и пракса без граници на макро ниво.

Основен предмет на проучување на компаративното граѓанско процесно право се националните граѓански процесни системи и судската пракса на микро и макро ниво. Предмет на проучување на компаративното граѓанско процесно право на микро ниво се разликите помеѓу одредени институти или постапки на компаративен план. Предмет на проучување на компаративното граѓанско процесно право на макро ниво се општите (генералните) разлики помеѓу големите граѓански процесни системи. Прек уодредувањето на предметот на компаративното граѓанско процесно право во почетокот на дваесетиот век оваа дисциплина добива сé повеќе на значење.

Почетоците на оваа научна дисциплина треба да се бараат во Германија, бидејќи во Минхен 1916 година бил формиран првиот институт за компаративно право[14] со што најпрво започнува компарирањето на граѓанското материјално право, за да конечно се изврши промовирање на компаративното граѓанско процесно право од страна на Saint-Joseph и E. Moulin во 1950 година на 20 конгрес за процесно право. Тие се први кои ќе ја иницираат и идејата за создавање на Европски граѓански процесен кодекс.

Компаративното граѓанско процесно право се разликува од теоријата на големите правни системи бидејќи има потесен предмет на проучување од оваа научна дисциплина. Имено, во теоријата на големите правни системи се проучуваат општите карактеристики на големите правни системи додека компаративното граѓанско процесно право ги проучува карактеристиките само на граѓанските процесни системи како подсистеми на големите процесни системи.

Од историјата на граѓанското процесно право, компаративното граѓанско процесно право се разликува, бидејќи историјата на граѓанското процесно право го проучува единствено историскиот развој на граѓанските постапки без проучување на позитивното граѓанско право и негово компарирање.

Компаративното граѓанско процесно право се разликува и од националното граѓанско процесно право бидејќи во граѓанското процесно право како научна дисциплина се проучува само еден граѓански процесен систем, додека во компаративното граѓанско процесно право се проучуваат сите граѓански процесни системи на микро и макро, но и судската пракса, разликите и сличностите на парцијално или глобално ниво. Сепак, не треба да се заборави фактот дека националното

[14]*Sánchez-Bayón,A. (2012). Sistema de Derecho comparado y global: Universidad Camilo*José Cela Tirant lo Blanch,*Valencia, 46.*

граѓанско процесно право е базата (клетката) врз која се гради компаративното граѓанско процесно право.

Заклучни согледувања

Компаративното граѓанско процесно право е релативно млада научна дисциплина која долго беше маргинализирана. И покрај многубројните фактори кои го инхибираат развојот на компаративното граѓанско процесно право (lex fori, forum shopping, разликите во судската практика и местото на судската власт во државата) потребата за побрз, поефикасен и воедначен пристап до правдата за секого сé поизразено ја отвора потребата за проучување на оваа научна дисциплина. Поттикувачки фактор за развој на компаративното граѓанско процесно право е потребата за усогласување на граѓанските процесни правила на меѓународно ниво со цел воедначување на процесните правила за пристап до правдата. За таа цел компаративното граѓанско процесно право сé повеќе станува мост за размена на искуствата меѓу европско-континенталниот и англоамериканскиот процесен систем. Ова е така затоа што предмет на компаративното граѓанско процесно право се сличностите и разликите помеѓу европско-континенталниот и англоамериканскиот граѓански процесен систем. Оттука, проучувањето на компаративното граѓанско процесно право е прв чекор кон ускладување на граѓанските процесни правила во големите процесни системи. Поради ова, се очекува развојот на компаративното граѓанско процесно право допрва научно да се фаворизира.

БИБЛИОГРАФИЈА

[1] *Gottwald, P. (2005). Comparative Civil Procedure: Ritsumeikan Law Review No.22, 23-35*

[2] *Ghanbari, N. Mohseni, H.* and *Nassiran, D. (2016). Comparative Study of Civil Procedure in Common Law and Civil Law Systems*: Journal of Politics and Law; Vol. 9, No. 5, 267-282

[3] Damaška, R. (2000). *Las caras de la justicia y el poder del Estado (Análisis comparado del proceso legal),* Editorial Juridica de Chile, Santiago

[4] *Dodson,S.* (2008).*The Challenge of Comparative Civil Procedure:* Alabama Law Review, 133-150

[5] *Jeffrey, P. (2009). Comparative Civil ProcedureandTransnationalHarmonization,* A *Law*-and-*Economics Perspective, George Mason University School of Law*

[6] *Jolowicz, A. (1978). El procedimiento civil en el common law, Aspectos de su evolucion historica en Inglaterra y en los Estados Unidos duranteelsiglo XX,Cambridge*

[7] Popa, R. Roznovschi, M.(2013). *Comparative Civil Procedure: A Guide to Primary and Secondary Sources*: Global lex

[8] *René, D. SpinosiCamille, J. (*2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporaneous: 1a. reimp.* de la *11a. ed*., ISBN 9786072002517, Universidad Nacional Autónoma de México, México,

[9] *Sánchez-Bayón,A. (2012). Sistema de Derecho comparado y global: Universidad Camilo* José Cela Tirant lo Blanch*, Valencia*

[10] *Sedlo, M. (2015). Razvoj građanskog parničnog procesnog prava u SFRJ:* Pravnik: časopis za pravna i društvena pitanja, Vol.46, No.93, 55-80

[11] *Uzelac*, A. (2008).*Turning Civil Procedure upside down*: From *Judges*' *Law to Users*' *Law,* in: Tweehonderd jaar/Bicentenaire Code de Procédure civile, Kluweruitgevers, 297-309.