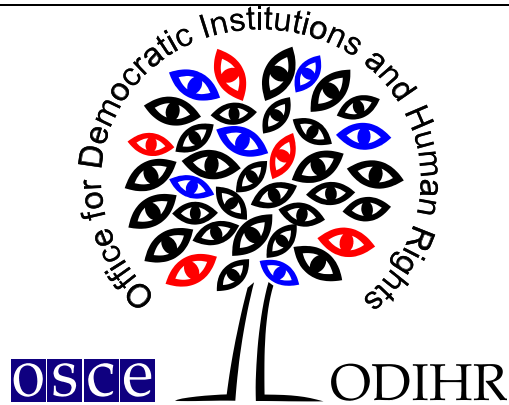


Варшава, 14 април 2016 година

Мислење-Бр. HCRIM-MKD/283/2016

[JGe]

www.legislationline.org



**КОМЕНТАРИ ВО ВРСКА СО ПРЕДЛОЗИТЕ ЗА
ИЗМЕНА И ДОПОЛНУВАЊЕ НА ОДРЕДЕНИ
ОДРЕДБИ ОД КРИВИЧНИОТ ЗАКОНИК НА
ПОРАНЕШНАТА ЈУГОСЛОВЕНСКА
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ВО ВРСКА СО
КРИВИЧНИТЕ ДЕЛА МОТИВИРАНИ ОД
ПРИСТРАСНОСТ**

**врз основа на неофицијалниот превод на англиски јазик на предлозите за
измена и дополнување обезбеден од страна на Мисијата на ОБСЕ во
Скопје**

Канцеларија на ОБСЕ за Демократски институции и човекови права
Улица Миодова 10 ПЛ-00-251 Варшава тел. +48 22 520 06 00
факс. +48 22 520 0605

ТАБЕЛА СО СОДРЖИНИ

I. ВОВЕДЕН ДЕЛ	3
II. ОПСЕГ НА ПРЕГЛЕДОТ	3
III. ИЗВРШНО РЕЗИМЕ	4
IV. АНАЛИЗА И ПРЕПОРАКИ	5
1. Концепт на "Кривични дела мотивирани од пристрасност" или "Кривични дела од омраза"	5
2. Меѓународни и регионални стандарди во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност.....	7
3. Кривични дела мотивирани од пристрасност во Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија	10
4. Општи забелешки во однос на предлозите за измена и дополнување на Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија..	12
5. Мотивираност од пристрасност	13
6. Заштитени карактеристики	15
7. Посебни кривични дела.....	18
8. Завршни коментари	19

Анекс: Предлози за измена и дополнување на Кривичниот законик (КЗ) во врска со кривичните дела од омраза

I. ВОВЕДЕН ДЕЛ

1. *На 11 февруари 2016 година Шефот на Мисијата на ОБСЕ во Скопје достави барање до Канцеларијата на ОБСЕ за Демократски институции и човекови права (во понатамошниот текст “ОБСЕ/ОДИХР”) за изготвување правно мислење на предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со дефинирање, процесирање и санкционирање на кривичните дела од омраза (во понатамошниот текст “Предлози за измена и дополнување”).*
2. *На 16 февруари 2016 година ОБСЕ/ОДИХР одговори на ова барање потврдувајќи ја подготвеноста на Канцеларијата да изотви правни коментари во врска со усогласеноста на овие предлози за измена и дополнување со заложбите на ОБСЕ и меѓународните стандарди за човекови права.*
3. *Овие правни коментари се изготвени како одговор на горенаведеното барање. ОБСЕ/ОДИХР ја спроведе оваа проценка како дел од својот опит мандат да ги поддржува земјите учеснички на ОБСЕ во нивните напори за правни реформи во врска со човековата димензија. Во областа на законодавството за “кривичните дела од омраза” овој мандат е, исто така, експлицитно наведен во Одлуката Бр. 4/03 на Министерскиот совет на ОБСЕ за Толеранција и недискриминација според која земјите учеснички на ОБСЕ се залагаат “во случај кога тоа е соодветно, да бараат помош од ОДИХР при изготвувањето и прегледот на таквото законодавство [за борба против кривичните дела од омраза]”.¹*

II. ОПСЕГ НА ПРЕГЛЕДОТ

4. Опсегот на овие Коментари ги покрива само предлозите за измена и дополнување коишто беа доставени за преглед. Ограничени на овој начин Коментарите не претставуваат целосен и сеопфатен преглед на конкретните одредби од Кривичниот законик или пак на целокупната правна и институционална рамка на кривичното законодавство, кривичните постапки или законодавството против дискриминација.
5. Коментарите покренуваат клучни прашања и обезбедуваат индикации за места на загриженост. Во интерес на концизноста, Коментарите се фокусираат повеќе врз оние одредби за кои се потребни подобрувања отколу врз позитивните аспекти на предлозите за измена и дополнување. Препораките коишто произлегуваат се засновани на меѓународните стандарди и заложбите на ОБСЕ во врска со законодавството за “кривичните дела од омраза”. Коментарите, исто така, имаат за цел, онаму каде што тоа е соодветно, да ги нагласат добрите практики на други

¹ Види во Одлуката Бр. 4/03 на Министерскиот совет на ОБСЕ во врска со Толеранција и недискриминација усвоена на Состанокот на Министерскиот совет одржан во Мастрихт на 2 декември 2003 година, став 6 достапен на <http://www.osce.org/mc/19382>.

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

земји учеснички на ОБСЕ во оваа област. Освен тоа, согласно Акцискиот план на ОБСЕ од 2004 година за Промовирање на родовата еднаквост и заложбите за нагласување на родовата перспектива во активностите на ОБСЕ, со правниот преглед се анализира потенцијалното различно влијание кое Предлозите за измена и дополнување би можеле да го имаат врз жените и мажите.²

6. Овие Коментари се засноваат врз неофицијален превод на англиски јазик на Предлозите за измена и дополнување обезбеден од страна на Мисијата на ОБСЕ во Скопје, којшто во прилог на овој документ е доставен како Анекс. Се остава можност за грешки во преводот.
7. Во однос на горенаведеното, Канцеларијата на ОБСЕ/ОДИХР би сакала да нагласи дека Коментарите се без предрасуди во однос на какви било пишани или усмени препораки и коментари коишто Канцеларијата на ОБСЕ/ОДИХР би можела во иднина да ги обезбедува, а коишто би биле во врска со ова или со друго поврзано законодавство на поранешната југословенска Република Македонија.

III. ИЗВРШНО РЕЗИМЕ

8. На самиот почеток, Канцеларијата на ОБСЕ/ОДИХР би сакала повторно да нагласи дека актуелните предлози за измена и дополнување отсликуваат многу од меѓународните стандарди и добри практики во областа на законодавството во врска со кривичните дела од омраза и претставуваат големо подобрување споредено со актуелната правна рамка за санкционирање на таквите кривични дела во поранешната југословенска Република Македонија.
9. Сепак, Предлозите за измена и дополнување треба да се засилат во одредени области со цел да се овозможи поголема сеопфатност и ефикасност на законодавството. Конкретно, изготвувачите на предлозите треба да обезбедат конзистентност на заштитените карактеристики и начини на заштита во случаи на кривични дела мотивирани од пристрасност низ целиот текст од Кривичниот законик. Треба да се изврши прилагодување на законодавството со цел да се обезбеди заштита не само во случаи на реална или претпоставена припадност на група која пројавува одредени карактеристики, туку исто така и во случаи на реална или претпоставена поврзаност со таква група. Исто така, стандардот за докажување на извршеното кривично дело мотивирано од пристрасност треба да се обезбеди да биде еднаков низ целиот текст од Кривичниот законик. Понатаму, Канцеларијата на ОБСЕ/ОДИХР препорачува да се направат одреден број на измени во листата на заштитени карактеристики како и во листата на кривични дела за кои се предвидени посебни заострувања во однос на изрекувањето на казна затвор.
10. Поконкретно, а во дополнение на горенаведеното, ОБСЕ/ОДИХР ги дава следниве клучни препораки за понатамошно подобрување на Предлозите за измена и дополнување:

² Види во Акцискиот план на ОБСЕ за Промовирање на родовата еднаквост усвоен со Одлуката 14/04, MC.DEC/14/04 (2004), став 32, достапен на <http://www.osce.org/mc/23295?download=true>.

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

А. да се обезбеди усогласеност на листата на заштитени карактеристики и општата формулација од членот 39 став 5 со начинот на формулација на членот 122 став 23, и на тој начин да се обезбеди конзистентност на двете одредби; [точка 23-25]

Б. со законот да се предвиди дека судиите се обврзуваат да ги внесат во записник (образложат во пресудите) причините за применување или неприменување на одредбата од членот 39 став 5 од актуелниот Кривичен законик во случаи кои вклучуваат потенцијални мотиви на пристрасност од страна на сторителот; [точка 26]

В. да се осигура дека кривичните дела коишто биле извршени со мотиви на пристрасност против лица кои се само поврзани со групи или лица со заштитени карактеристики се вклучени во член 122 став 23 од Предлозите за измена и дополнување ; [точка 29]

Г. во членот 122 став 23 или да се објасни дека зборот “омраза ” низ целиот текст од Кривичниот законик ќе упатува на “кривични дела од омраза ” како што е дефинирано во новиот член 122 став 23 или, како алтернатива, терминот “омраза” да се замени со “пристрасност”, а терминот “кривичните дела од омраза” со терминот “кривичните дела мотивирани од пристрасност”; [точка 30-31]

Д. од листата на заштитени карактеристики од членот 122 став 23 да се отстранат политичко уверување и возраст и да се избрише изразот “припадност на маргинализирана група ”; [точка 34-40, точка 46]

Ѓ. да се обезбеди мало проширување на листата на кривичните дела од Кривичниот законик коишто се во врска со имот, а за кои е предвидено определено заострување на казнените санкции во случаите кога кривичните дела биле сторени со мотив на пристрасност, и истата да вклучува кражба, тешка кражба, разбојништво, вооружено разбојништво или провална кражба; [точка 48] и

Е. усвојувањето на Предлозите за измена и дополнување да се надополни со обуки за органите за спроведување на законот, обвинителите, судиите и пошироката јавност, како и со општи кампањи за покренување на свеста и со организирање постојан мониторинг. [точка 49-51]

Дополнителните препораки напишани со затемнети букви се исто така вклучени во текстот на коментарите.

IV. АНАЛИЗА И ПРЕПОРАКИ

1. Концепт на “Кривични дела мотивирани од пристрасност” или “Кривични дела од омраза ”

11. Врз основа на своите заложби и публикации, ОБСЕ “кривичните дела од омраза” ги смета за кривични дела извршени со мотив на пристрасност. Логичката подлога за тоа кривичните дела кои биле барем делумно извршени со мотив на

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

пристрасност да бидат потешко казнети отколку кривичните дела сторени без такви побуди е неопходна за “борбата против первазивните предрасуди против одредени групи и за компензација на штетата што ова им ја нанесува на жртвите, другите припадници на истата група и на општеството во целина”.³ Потенцијалната штета врз општеството во целина вклучува исто така потенцијални закани по јавниот ред и безбедност што произлегуваат од тензиите меѓу различни групи, а кои би можеле да доведат до меѓуетнички или социјални немири.⁴ Во таа смисла, кривичните дела од омраза се “кривични дела со порака” преку кои сторителот испраќа порака не само до поединечната жртва туку и до останатите припадници на (претпоставената или реална) група на жртвата и до општеството во целина дека припадниците на групата на жртвата не се пожелни и не му припаѓаат на општеството.⁵ И покрај тоа што постојат неколку теории за тоа што е тоа што ги разликува “кривичните дела од омраза” од останатите кривични дела, а коишто се опишани подолу, јасно е дека при “кривичните дела од омраза” не е неопходно да се бара од сторителот да чувствува омраза против конкретна група на која жртвата ѝ припаѓа (реално или претпоставено) или со која е поврзана. Додека технички точниот, а на тој начин и префериран термин би бил “кривични дела мотивирани од пристрасност”, терминот “кривични дела од омраза” исто така често се користи како воспоставен чадор-термин за оние кривични дела кои се покриени со Предлозите за измена и дополнување. Сепак, треба да се нагласи дека во техничка смисла зборот “омраза” претставува несоодветен опис со оглед на тоа што не се бара “омраза” како вистинска мотивираност за извршување на кривичното дело.

12. Мотивот на пристрасност бара од сторителот да ги бира своите жртви врз основа на споделена карактеристика којашто во контекст на законодавството во врска со “кривичните дела од омраза” се наведува како “заштитени карактеристики”. Овие карактеристики се сметаат за непроменливи или пак фундаментални за идентитетот на лицето, како што се неговата националност, национална или етничка припадност, боја, јазик, религија или уверување, сексуална ориентација, родов идентитет или попреченост.⁶
13. За разлика од “говорот на омраза”, којшто на меѓународно ниво експлицитно се забранува со, на пример, членот 20 став 2 од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (во понатамошниот текст “МПГПП”)⁷ или членот 4 (а) од Меѓународната Конвенција за елиминирање на сите форми на расна дискриминација (во понатамошниот текст “КЕСФРД”)⁸, концептот на кривични

³ Агенција за фундаментални права на Европската унија, *Кривичните дела од омраза во Европската унија*, страна 1, достапен на https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-factsheet_hatecrime_en_final_0.pdf.

⁴ ОБСЕ/ОДИХР, *Закони за кривични дела од омраза: Практичен водич* (2009) (во понатамошниот текст “Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза”), страна 20, достапен на <http://www.osce.org/odihr/36426?download=true>.

⁵ *ibid.* страна 17 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза)

⁶ *ibid.* страна 38 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

⁷ Меѓународен Пакт за граѓански и политички права на ОН, усвоен на Генералното собрание на ОН со Резолуцијата 2200А (XXI) на 16 декември 1966 година. Поранешната југословенска Република Македонија го потпиша МСГПП на 18 јануари 1994 година.

⁸ Меѓународна Конвенција на ОН за Елиминирање на сите форми на расна дискриминација, усвоена на Генералното собрание на ОН со Резолуцијата 2106 (XX) на 21 декември 1965 година. Поранешната југословенска Република Македонија ја потпиша оваа Конвенција на 18 јануари 1994 година.

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

дела мотивирани од пристрасност бара постоење на основно дело, односно извршено дејствие коешто самото по себе се забранува и санкционира со кривичниот законик.⁹

14. Спротивно на тоа, говорот на омраза се санкционира во голем број на земји заради тоа што содржината на одредена изјава има за цел да поттикне насилство, непријателство или дискриминација против одредена заштитена група.¹⁰ Доколку содржината на изјавата не била самата по себе навредлива, тогаш тоа би значело дека говорителот го остварувал своето право на слобода на изразување согласно меѓународно заштитените човекови права.

2. Меѓународни и регионални стандарди во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

15. Идејата за заштита на поединците од кривични дела мотивирани од пристрасност произлегува од рамката за борба против дискриминација содржана во меѓународното право. Со членот 2 став 1 од МПГПП и членот 1 став 1 од КЕСФРД се забранува дискриминација во однос на одреден број утврдени основи кога станува збор за уживање на други заштитени човекови права и фундаментални слободи. Ова вклучува права како што се правото на живот или правото на безбедност на лицето, како и обезбедена заштита од страна на Државата против насилство или телесна повреда.
16. Во однос на тематски определените меѓународни конвенции за човекови права, членот 16 став 5 од Конвенцијата на ОН за правата на лицата со попречености (во понатамошниот текст “КПЈП”) ги обврзува земјите потписнички да “усвојат ефикасно законодавство и политики, вклучително и законодавство и политики со фокус врз жените и децата, со цел случаите на експлоатација, насилство и

⁹ Препознавајќи дека терминот “раса” е чисто социјален конструкт кој нема своја основа како научен концепт, за целите на ова мислење, терминот “раса” или “расни” може да се користи во однос на меѓународните инструменти коишто применуваат таков термин со цел да се обезбеди сите дискриминаторски дејствија врз основа на (претпоставената или реалната) наводна “раса” на лицето, неговото потекло, етничка припадност, боја или националност да бидат соодветно предвидени – а начелно преферирајќи го користењето на алтернативните термини како што се “потекло” или “национална или етничка припадност” (види на пр., во оп.цит. фуснота 4, страна 41-42 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза); види ја исто така фуснотата во однос на првиот став од Генералната Препорака за политики Бр. 7 во однос на Националното законодавство за борба против расизам и расна дискриминација на Комисијата за борба против нетолеранција и расизам при Советот на Европа (во понатамошниот текст КНИСЕ), усвоена на 13 декември 2002 година, достапна на https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N7/Recommendation_7_en.asp#P127_11468. Освен во случаите кога не претставуваат цитат од некој правен инструмент или судска пракса, зборовите “раса” или “расни” во рамките на овие Коментари ќе бидат ставени под наводници со цел да посочат дека основните теории кои се засновани врз наводното постоење на различни “раси” не се прифатливи.

¹⁰ Оп.цит. фуснота 4, страна 25-26 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

злоупотреба на лицата со попречености да може да се утврдат, истражат и, доколку е потребно, да се гонат”.¹¹

17. На регионално ниво, Европската Конвенција за заштита на човекови права и фундаментални слободи (во понатамошниот текст “ЕКЧП”)¹² обезбедува заштита од дискриминација како и уживање на другите права заштитени со ЕКЧП. Протоколот бр. 12 на Конвенцијата предвидува генерална забрана за дискриминација во однос на кое било од правата предвидени со законот.
18. ЕСЧП изјавува дека “при вршење истрага на насилни инциденти, како што е лошото постапување, државните органи имаат обврска да ги превземат сите оправдани чекори со цел да ги демаскираат евентуалните мотиви на дискриминација. Одлуката насилството и бруталноста со побуди на дискриминација да се третираат на ист начин како и случаите кои немаат таков призивок значи да ѝ се погледне низ прсти на специфичната природа на дејствата коишто се посебно деструктивни за фундаменталните права”¹³ и оваа одлука е непомирлива со членот 14 од ЕКЧП. Ова важи за сите кривични дела мотивирани од пристрасност (посебно вклучувајќи ги делата што се извршени со антирелигиозни,¹⁴ хомофобични,¹⁵ “расни”¹⁶ или политички мотиви¹⁷), а исто така и онаму каде што третманот, спротивно на она што е предвидено со ЕКЧП, бил нанесен од страна на физички лица.¹⁸ Начелно, онаму каде што постојат индиции според кои кривичното дело би можело да има мотив на пристрасност, истражните органи имаат обврска да “сторат сè што е оправдано во дадените услови со намера да ги прибават и обезбедат доказите, да ги исцрпат сите практични средства за откривање на вистината и да донесат целосно оправдани,

¹¹ Конвенција на ОН за Правата на лицата со попречености, усвоена со Резолуцијата 61/106 на Генералното собрание на 13 декември 2006 година. Поранешната југословенска Република Македонија ја ратификуваше КПЛП на 29 декември 2011 година.

¹² Конвенцијата на Советот на Европа за заштита на човековите права и фундаменталните слободи, потпишана на 4 ноември 1950 година, стапи на сила на 3 септември 1953 година. Поранешната југословенска Република Македонија ја ратификуваше ЕКЧП на 10 април 1997 година.

¹³ *Identoba and Others v. Georgia*, Одлука на ЕСЧП од 12 мај 2015 година (Апликација бр. 73235/12), став 67, достапна на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154400>; види исто така во *Bekos and Kotropoulos v. Greece*, Пресуда на ЕСЧП од 13 декември 2005 година, и *Šečić v. Croatia* Пресуда на ЕСЧП од 31 мај 2007 година, Апликација бр. 40116/02, став 66, достапна на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80711>; сепак, обврската да води истрага со цел да ги демаскира мотивите на пристрасност не е апсолутна и ЕСЧП во голем број на случаи исто така има пресудено дека во светло на таквите состојби државните власти немале цврсти причини да се сомневаат во мотивираноста од пристрасност, за понатамошни референци види во Агенцијата за фундаментални права на ЕУ (АФП), во Извештајот за обезбедување видливост на кривичните дела од омраза во Европската унија: *потврдување на правата на жртвите*, 2012 (во понатамошниот текст “Извештај на АФП на ЕУ за обезбедување видливост на кривичните дела од омраза за 2012 година), страна 18, достапен на http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2012_hate-crime.pdf.

¹⁴ *Milanovic v. Serbia*, Пресуда на ЕСЧП од 14 декември 2010 година, Апликација бр. 44614/07, достапна на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102252>.

¹⁵ *On.çum.фуснота 13 (Identoba and Others v. Georgia)*.

¹⁶ *Nachova and Others v. Bulgaria*, Пресуда на ЕСЧП (Големото Собрание) од 6 јули 2005 година, Бр. на апликација 43577/98 и 43579/98, став 160, достапна на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-69630>

¹⁷ *Virabyan v. Armenia*, Пресуда на ЕСЧП од 2 октомври 2012 година (Бр. на апликација. 40094/05), став 218-219, достапна на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113302>.

¹⁸ *Šečić v. Croatia*, Пресуда на ЕСЧП од 31 мај 2007 година, Бр. на апликација 40116/02, став 67, достапна на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80711>.

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

непристрасни и објективни одлуки, без притоа да ги изостават сомнителните факти кои би можеле да упатуваат на насилство поттикнато врз расна основа”.¹⁹

19. Останатите Конвенции на Советот на Европа (СЕ) се фокусираат врз конкретни примери на кривични дела мотивирани од пристрасност. На пример, Конвенцијата за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство (во понатамошниот текст “Истанбулска Конвенција”), во членот 4 (г) говори за промовирање и заштита преку потребното законодавство и другите мерки на правото секое лице, а посебно жените, да може да живеат слободно без насилство како во јавната така и во приватната сфера.²⁰ Од друга страна, Дополнителниот Протокол на Конвенцијата за компјутерски криминал на Советот на Европа експлицитно се однесува на криминализацијата на дејствијата од расна и ксенофобична природа кои се извршени преку компјутерските системи. Додека од една страна поранешната југословенска Република Македонија ги има потпишано како Конвенцијата така и Дополнителниот Протокол,²¹ таа ја има потпишано но не и ратификувано Истанбулската Конвенција, па се препорачува истото да го стори со цел да го засили ефективното спречување и казнување на насилството врз жените.
20. Препораката CM/Rec(2010)5 на Советот на Европа за мерки за борба против дискриминација врз основа на сексуална ориентација или родов идентитет понатаму препорачува законски и други мерки за борба против “кривични дела од омраза” и говор на омраза насочени против лезбијките, хомосексуалците, бисексуалците и трансполовите (“ЛГБТ”) личности како резултат на дискриминацијата, маргинализацијата и насилството на коишто биле изложени во минатото.²²
21. Во рамките на ОБСЕ, Одлуката Бр. 9/09 на Министерскиот совет во врска со борба против кривичните дела од омраза бара од земјите да донесат “посебно ускладено законодавство за борба против кривичните дела од омраза, кое ќе обезбеди ефективни казни санкции со кои ќе се предвиди сериозноста на таквите кривични дела”.²³ Понатаму, одреден број на други заложби на ОБСЕ упатуваат на спречување и реакција против “кривичните дела од омраза”.²⁴

¹⁹ *Balázs v. Hungary*, Пресуда на ЕСЧП од 20 октомври 2015 година (Бр. на апликација 15529/12), став 52, достапен на <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-158033>.

²⁰ Конвенцијата за спречување и борба против насилство врз жените и домашно насилство на Советот на Европа, CETS Бр. 210 стапи на сила на 1 август 2014 година.

²¹ Поранешната југословенска Република Македонија ја ратификуваше Конвенцијата за компјутерски криминал на Советот на Европа (CETS Бр. 185) на 15 септември 2004 година, а истата стапи на сила на 1 јануари 2005 година; Поранешната југословенска Република Македонија го ратификуваше Протоколот на Конвенцијата за компјутерски криминал на Советот на Европа во однос на криминализацијата на дејствија од расистичка и ксенофобична природа извршени преку компјутерски системи (CETS бр. 189) на 14 септември 2005 година, и истиот стапи на сила на 1 март 2006 година.

²² Препораката CM/Rec(2010)5 на Комитетот на Министри при Советот на Европа до државите членки во врска со мерките за борба против дискриминација врз основа на сексуална ориентација или родов идентитет, усвоена на 31 март 2010 година е достапна на [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec\(2010\)5&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/Rec(2010)5&Language=lanEnglish&Site=COE&BackColorInternet).

²³ Види во Олуката Бр. 9/09 на Министерскиот совет на ОБСЕ за борба против кривичните дела од омраза од 2 декември 2009 година, став 9, достапна на <http://www.osce.org/cio/40695?download=true>.

²⁴ Види на пр. во оп.цит. фуснота 1 (Одлука бр. 4/03 на Министерскиот совет на ОБСЕ), став 8; Одлука на Постојаниот совет на ОБСЕ Бр. 621 за Толеранција и борба против расизам, ксенофобија и

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

22. Како земја кандидат за членство во Европската унија, поранешната југословенска Република Македонија се залага да го усогласи своето законодавство со законодавството на ЕУ (EU *acquis*).²⁵ Рамковната Одлука на Советот 2008/913/ЈНА за борба против одредени форми и изрази на расизам и ксенофобија од 28 ноември 2008 година со помош на кривичниот законик ги обврзува земјите членки на ЕУ да ги превземат неопходните мерки со цел да обезбедат расистичката или ксенофобичната мотивираност на кривичните дела да се смета за отежнувачки фактор или таквата мотивираност да се земе предвид при одредување на казната.²⁶ Директивата на ЕУ 2012/29 од 2012 година со која се утврдуваат минимум стандардите за правата, поддршката и заштитата на жртвите на кривични дела бара од Земјите да спроведуваат поединечни проценки на жртвите со цел да се избегне повторување или секундарна виктимизација, како и со цел да се утврди дали извршеното кривично дело било мотивирано од пристрасност.²⁷

3. Кривични дела мотивирани од пристрасност во Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија

23. Усвојувањето на ефективни мерки за спречување, определување и санкционирање на кривични дела мотивирани од пристрасност неодамна ѝ беше упатено како препорака на поранешната југословенска Република Македонија во Извештајот на Работната група за Универзалниот периодичен преглед на ОН за 2014 година. Извештајот дава експлицитна препорака за “[б]орба против неказнивоста на насилството врз маргинализирани лица мотивирано од нивната етничка, религиозна или сексуална ориентација, посебно преку покренување на свеста на јавното мислење и на полициските и судските власти”.²⁸

дискриминација од 29 јули 2004 година, став 1; и Анексот на Одлуката Бр. 3/03 за Акцискиот план за подобрување на состојбата на Ромите и Синтите во рамките на сферата на делување на ОБСЕ, MC.DEC/3/03 од 2 декември 2003 година, став 9, достапна на <http://www.osce.org/odhr/17554?download=true>.

²⁵ По стапувањето на сила на Договорот за стабилизација и асоцијација со ЕУ на 1 април 2004 година, на поранешната југословенска Република Македонија ѝ беше официјално доделен статусот на кандидат за членство во ЕУ на 16 декември 2005 година. Пристапните преговори помеѓу ЕУ и поранешната југословенска Република Македонија сè уште не се официјално започнати.

²⁶ Член 4 од Рамковната одлука на Советот 2008/913/ЈНА од 28 ноември 2008 година за борба против одредени форми и изрази на расизам и ксенофобија со помош на кривичните закони, достапна на <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32008F0913>.

²⁷ Директивата на ЕУ 2012/29/EU усвоена на 25 октомври 2012 година, која одредени земји членки на ЕУ беше предвидено да ја инкорпорираат во своето национално законодавство до 16 ноември 2015 година, став 455-57 и член 22 став 3, достапна на <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=en>.

²⁸ Препораката 101.40 изготвена од Белгија, Совет за човекови права, Извештај на Работната група за Универзален периодичен преглед – поранешна југословенска Република Македонија (26 март 2014 година), страна 18, достапна на <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/MKSession18.aspx>; други релевантни препораки содржани во извештајот се “101.44 Вклучува конкретна забрана за дискриминација врз основа на сексуалната ориентација и родовиот идентитет во согласност со меѓународните стандарди во законодавството за борба против дискриминацијата и превземање соодветни мерки за ставање крај на неказнивоста на насилството и заплашувањето на ЛГБТ заедницата (Холандија); Да усвои мерки за спречување на инциденти на насилство врз основа на сексуалната

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

24. Во моментот, Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во членот 39 став 5 вклучува општа одредба со која судовите при расправите околу изрекувањето на казната се обврзуваат да ги земат предвид одредените мотиви на пристрасност. Одредбата гласи: “[п]ри одмерување на казната судот посебно ќе има предвид дали кривичното дело е сторено против лице или група на лица или имот, непосредно или посредно, поради нивната припадност на одреден пол, раса, боја на кожа, род, припадност на маргинализирана група, етничка припадност, јазик, државјанство, социјално потекло, религија или верско уверување, други видови уверувања, образование, политичка припадност, личен или општествен статус, ментална или телесна попреченост, возраст, семејна и брачна состојба, имотен статус, здравствена состојба, или на која друга било основа предвидена со закон или ратификуван меѓународен договор”.²⁹
25. Целта на Предлозите за измена и дополнување не е да ја заменат оваа одредба туку истата да ја надополнат преку воведување на “омразата” како отежнувачки фактор (кој би можел да доведе до заострени кривични казни) во однос на определени кривични дела предвидени со Кривичниот законик. Овој двостран пристап е за поздрав со оглед на тоа што општата одредба со која се заострува кривичната казна од членот 39 став 5 сè уште би можела да послужи како дополнителна чадор-одредба со која судиите се обврзуваат да ги разгледаат мотивите на пристрасност во рамките на утврдената максимална казна за определено кривично дело или за кривични дела кои не се покриени со Предлозите за измена и дополнување. Така, Предлозите за измена и дополнување и актуелниот член 39 став 5 се чини дека меѓусебно се надополнуваат. Истовремено, се забележува дека заштитените основи или карактеристики предвидени со членот 39 став 5 се разликуваат од оние предвидени со членот 122 став 23, согласно она што е предложено со Предлозите за измена и дополнување. Како што се објаснува подолу во точка 34-46, листата на заштитени карактеристики не треба да биде преширока и треба да се ограничи само на непроменливите или фундаментални карактеристики кои претставуваат обележје на групниот идентитет. **Така, листата на заштитени карактеристики од членот 39 став 5 се препорачува да се прилагоди на онаа од членот 122 став 23 со цел да се обезбеди конзистентност на двете одредби. Треба исто така да се предвидат и кривичните дела сторени против лица врз основа на нивната претпоставена припадност на заштитена група или само поради здружување со таквата група. Истото важи и за мотивите на пристрасност наведени во членот 144 став 4 и членот 319 став 1 од актуелниот Кривичен законик. При**

ориентација (Канада)” (ibid. страна 18); “101.45 Да изврши измени на законодавството за борба против дискриминација со цел сексуалната ориентација и родовиот идентитет да се предвидат како конкретни основи за дискриминација и да се започнат брзи, непристрасни и ефективни истраги во случај на напад врз ЛГБТИ поединци и организации (Австрија)” (ibid. страна 18-19); “101.46 Да го засили законодавството за борба против дискриминација со цел да се забрани дискриминација врз основа на сексуална ориентација и родов идентитет и да превземе ефективни мерки за борба против насилството и дискриминацијата против ЛГБТИ лица (Австралија);” (ibid. страна 19)

²⁹ Дополнително, Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија ги предвидува загрозување на сигурноста (член 144 став 4) и предизвикување омраза, нетрпеливост или нетолеранција на национална, расна, религиозна или друга основа на дискриминација (член 319 став 1) како две кривични дела во кои пристрасната мотивираност доведува до заострени кривични казни.

прилагодување на формулацијата, законодавецот треба да ги усогласи одредбите со препораките дадени во точките 29 и 34-46 подолу.

26. Понатаму, добра практика е од судовите да се бара да ги внесат во записникот (пресудата) причините за применување или неприменување на одредбите за заострување на кривичните казни во случаи на кривични дела мотивирани од пристрасност.³⁰ На тој начин видливоста на кривичните дела мотивирани од пристрасност ќе биде зголемена и во судството, а истражните органи ќе може да имаат увид во историјата на кривичните дела мотивирани од пристрасност.³¹ Дополнително, истата може да послужи како начин на жртвата да ѝ се демонстрира дека мотивот на пристрасност бил земен предвид, а на јавноста дека судовите имаат политика на нулта толеранција во однос на кривични дела во општеството коишто се мотивирани од пристрасност. Конечно, препознавањето на мотивот на пристрасност во јавниот регистар е исто така од суштинска важност во смисла на прибирањето на податоци и има свој удел во спречувањето и утврдувањето на “кривичните дела од омраза”. **Затоа се препорачува да се утврди со закон дека судиите се обврзани да ги внесат во записникот причините за применување или неприменување на одредбата од членот 39 став 5 од актуелниот Кривичен законик во случаи кои вклучуваат потенцијални мотиви на пристрасност од страна на сторителот.**

4. Општи забелешки во однос на Предлозите за измена и дополнување на Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија

27. Со Предлозите за измена и дополнување се предвидува да се воведат нов став 23 во членот 122 од Кривичниот законик, со кој “кривичното дело од омраза” ќе се дефинира како “кривично дело против физичко или правно лице и со него поврзан имот кое е сторено во целост или делумно поради реалната или претпоставената карактеристика на лицето”, проследено со листа на конкретни заштитени карактеристики. Понатаму, Предлозите за измена и дополнување вклучуваат одреден број посебни одредби за заострување на кривичната казна за посебните кривични дела кои веќе се предвидени со Кривичниот законик, во случаи кога истите се извршени со мотив на пристрасност.³²
28. На самиот почеток, ОБСЕ/ОДИХР ја поздравува оваа нова одредба од причини што истата помага да се зацврсти и точно одреди актуелниот концепт на кривичните дела мотивирани од пристрасност, кои веќе се предвидени во членот 39 став 5 од Кривичниот законик. Прво, со новиот став 23 од членот 122 се

³⁰ *Op.cit. фуснота* 4, страна 37 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

³¹ *ibid.* (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза)

³² Тие се убиство (член 123), телесна повреда (член 130), тешка телесна повреда (член 131), присилба (член 139), противправно лишување од слобода (член 140), мачење и друго сурово, нечовечно или понижувачко постапување и казнување (член 142), загрозување на сигурноста (член 144), спречување или смеќавање на јавен собир (член 155), силување (член 186), обљуба на немоќно лице (член 187), полов напад врз дете кое не наполнило 14 години (член 188), неукажување медицинска помош (член 208), оштетување на туѓи предмети (член 243), злоупотреба на службената положба и овластување (член 353), насилство (член 386), сквернавање на гроб (член 400).

препознава концептот на таканаречените “комбинирани мотиви”, односно дејствија коишто само делумно биле извршени со мотиви на пристрасност. Таквите дејствија ќе се сметаат за “кривични дела од омраза” сè додека мотивот на пристрасност бил една од побудите во позадина на таквото дејствие.³³ Понатаму, исто така го поздравуваме и експлицитното вклучување на формулацијата “реална или претпоставена” карактеристика. Кривичното дело ќе биде класифицирано како кривично дело мотивирано од пристрасност и доколку сторителот погрешно претпоставил дека жртвата ѝ припаѓа на одредена заштитена група.³⁴

29. Сепак, предложената формулација треба малку да се прошири со цел експлицитно да ги вклучува и оние случаи во кои кривичните дела се извршени против лица кои се поврзани со одредена група.³⁵ Додека актуелната формулација не го спречува применувањето на новата одредба во случаи на поврзаност, би било подобро истата јасно да се пропише во Предлозите за измена и дополнување. Пример на таков случај би бил оној во кој лице од кавкаско потекло чиј партнер е лице од африканско потекло е нападнат од група хулигани кои веруваат во надмоќта на “белата раса”. Ова претставува “кривично дело од омраза” и покрај тоа што партнерот самиот не припаѓа на групата против која е насочена пристрасноста. Се препорачува опсегот на Предлозите за измена и дополнување соодветно да се прошири **така што и оние кривични дела против лица кои се поврзани со одредени групи да бидат вклучени во членот 122 став 23.**

5. Мотивираност од пристрасност

30. Се забележува дека додека новиот член 122 став 23 “кривичното дело од омраза” го дефинира како “кривично дело (...) извршено во целост или делумно *поради* реалната или претпоставена карактеристика на лицето” [дополнителен акцент], посебните одредби од Кривичниот законик коишто се однесуваат на посебните кривични дела говорат експлицитно за “омразата” како побуда, што е неконзистентно. Втората формулација се чини потесна од поотворено формулираната општа одредба во членот 122 став 23.
31. Начелно, концептот на “омраза” честопати е тешко да се дефинира во пракса со оглед на тоа што е субјективен и може да налага правење проценка на менталната состојба на сторителот во моментот кога го извршувал кривичното дело; така, докажувањето на “омразата” како конститутивен елемент на одредени кривични дела претставува предизвик и поставува мошне високи стандарди кои би можеле да го окарактеризираат како тешко во смисла на применувањето на одредени одредби во пракса. Во некои земји законот упатува на омраза, презир,

³³ *Оп.цит.фуснота* 4, страни 53-56 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза). Според ЕСЧП, сторителите можат да бидат под влијание на “ситуациони фактори коишто се еднакви или посилни од нивниот став на пристрасност кон групата на којашто жртвата ѝ припаѓа”; види во оп.цит. фуснота 19 (*Balázs v. Hungary*) став 70.

³⁴ *Оп.цит.фуснота* 4, страна 50-51 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

³⁵ *ibid.* страна 49-51(Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

непријателство или предрасуда со цел да го опише типот на мотивираност неопходен за едно кривично дело да може да се окарактеризира како кривично дело мотивирано од пристрасност. Други земји, пак, не употребуваат таква терминологија туку користат поопшти термини слични на оние употребени во членот 122 став 23 (“поради”). Истовремено, докажувањето на конкретното чувство на “омраза” начелно не се бара, без оглед на тоа каков законски пристап бил избран. Во секој случај, Предлозите за измена и дополнување во оваа смисла треба да користат унифицирана терминологија. Ова може да се постигне со објаснување во членот 122 дека низ целиот текст од Кривичниот законик зборот “омраза” ќе се однесува на кривични дела мотивирани од пристрасност на начин како што тоа е дефинирано во новиот член 122 став 23. Како алтернатива, за да може да обезбедат дополнителна јасност и насока за практикантите и заинтересираните страни, изготвувачите на Предлозите за измена и дополнување би можеле да размислат во насока на замена на зборот “омраза” со зборот “пристрасност” и терминот “кривично дело од омраза” со терминот “кривично дело мотивирано од пристрасност” како технички точен термин.

32. Во оваа смисла, важно е да се разбере на што се мисли кога определено кривично дело е извршено “поради” одредена заштитена карактеристика. “Кривичните дела мотивирани од пристрасност” постојат кога сторителот *намерно* ја избира својата жртва врз основа на една или неколку заштитени карактеристики и кога таквиот избор може да се докаже преку пишани или изговорени зборови, слики, предмети, дејствија, изрази на непријателство или преку други докази на пристрасност. Од друга страна, во отсуство на докази за намерно таргетирање, самиот факт што жртвата има заштитена карактеристика не е доволен за да може да се утврди кривично дело од омраза. Сепак, во секој случај на извршено кривично дела против лица со заштитени карактеристики надлежните органи треба да ги превземат сите оправдани мерки со цел да истражат дали горенаведените елементи се присутни и дали конкретното кривично дело е “кривично дело од омраза”.
33. Имајќи предвид дека одредбите што се однесуваат на “кривичните дела од омраза” не ги покриваат сите потенцијални случаи извршени против одредени категории на лица кои се смета дека заслужуваат посебна заштита поради нивната состојба или посебните предизвици со коишто се соочуваат, ова не значи дека определени случаи не може да се предвидат и со други кривични одредби. На пример, одредени кривични дела извршени против малолетници, бремени жени, лица со попречености или стари лица можат да доведат до заострени кривични казни, а да не бидат класифицирани како “кривични дела од омраза”. Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија препознава такви заострени кривични казни, на пример за сторено убиство со претходно знаење дека жртвата е бремена³⁶, за силување на лица со попречености³⁷ или за полов напад врз дете кое не наполнило 14 години.³⁸

³⁶ Член 123 став 2 број 6 од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија.

³⁷ *ibid.* Член 187.

³⁸ *ibid.* Член 188.

6. Заштитени карактеристики

34. Голем дел од Државите го имаат усвоено законодавството во врска со “кривичните дела од омраза” во последните неколку години, но постои разновидност на различни пристапи во националното законодавство. Додека од една страна воспоставени се неколку јасни меѓународни стандарди, постојат примери на добра практика во однос на тоа кои карактеристики би требало да бидат предвидени со кривичното законодавство. Обично се вели дека карактеристиките коишто се заштитени со законодавството за “кривичните дела од омраза” треба да исполнат три критериуми: прво, да бидат карактеристики што се забележуваат однадвор, било преку појавата на лицето или од контекстуалната состојба; второ, да бидат непроменливи и фундаментални за лицето; и трето, да претставуваат обележја на идентитетот на групата така што поединецот да го ставаат во поширок групен контекст со заеднички групен идентитет.³⁹
35. Карактеристиките што се забележуваат однадвор се оние карактеристики што би можеле да се извлечат како заклучок преку изгледот на жртвата или преку други контекстуални елементи (на пр., жртвата учествувала на настан во еврејскиот културен центар и по заминувањето од центарот е нападна од страна на сторител кој знаел или претпоставувал дека жртвата е Евреин/Еврејка или дека е на некој друг начин поврзана со еврејската заедница). Таквите карактеристики се сметаат за заштитени поради фактот што кривичните дела мотивирани од пристрасност се кривични дела во врска со идентитетот, при што жртвата се избира како претставник на група против која сторителот има намера да го изрази својот презир. Ова не може да биде случај доколку сторителот не е во можност да претпостави, било преку изгледот на жртвата, облеката или другите контекстуални елементи, дека истата ѝ припаѓа на конкретна група. Во вториот случај, тешко ќе биде да се докаже постоењето на кривично дело мотивирано од пристрасност во текот на истражната и последователно во судската постапка.
36. Непроменливите или фундаменталните карактеристики се сметаат за неменлив или во поинаква смисла вроден дел на чувството кое личноста го има за себе.⁴⁰ И покрај тоа што религијата на едно лице не е непроменлива карактеристика, со оглед на тоа што постои можност за приклучување кон нова или за неприклучување кон ни една религија, религијата на лицето се смета за таков фундаментален дел од личниот идентитет што истиот е заштитен со огромно мнозинство национални закони за “кривични дела од омраза”.⁴¹
37. Како што е опишано погоре во точка 11, кривичните дела мотивирани од пристрасност имаат за цел да испратат порака до жртвата, до други лица кои ѝ припаѓаат на групата на жртвата и до општеството во целина. Така, само оние карактеристики кои се обележја на групниот идентитет треба да бидат заштитени со законодавството за “кривични дела од омраза”.
38. Во моментот, Предлозите за измена и дополнување ги вклучуваат следните заштитени карактеристики: “раса, боја на кожа, национална и етничка припадност, религија или верско уверување, ментална или телесна попреченост,

³⁹ *Оп.цит.фуснота* 4, страна 38 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

⁴⁰ *Ibid.* страна 38 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

⁴¹ *Ibid.* (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

пол или родов идентитет, сексуална ориентација, политичко уверување, возраст или припадност на маргинализирана група”. Оваа листа ги покрива најголем дел од групите коишто се најчесто мета на кривичните дела мотивирани од пристрасност и на тој начин претставува големо подобрување на листата содржана во членот 39 став 5 од актуелниот Кривичен законик којшто вклучува одреден број на карактеристики што не се непроменливи и не се обележја на групниот идентитет.

39. Истовремено, преку преголемото проширување на опсегот на заштитени карактеристики законодавецот би можел ненамерно да го развонди концептот на кривични дела мотивирани од пристрасност. Кривичните дела мотивирани од пристрасност се кривични дела со порака и нивното санкционирање во кривичното законодавство упатува на тоа дека кривичните судски системи и општествата на коишто им припаѓаат нема да ги толерираат кривичните дела извршени против некое лице поради фактот што тоа лице (претпоставено или реално) е член на посебна група или е поврзано со таа група. Оваа порака би можела да се изгуби доколку бројот на заштитени групи е преголем и доколку поимањето на тоа што всушност ја сочинува една група е прешироко.
40. Затоа при пропишувањето на заштитените карактеристики законодавецот треба да се запраша дали со пропишувањето на дадената карактеристика ќе се подобри спроведувањето на законот или, пак, евентуално дали тоа ќе биде тешко да се спроведе во пракса. Во случајот на политичкото убедување, се забележува дека иако основот понекогаш е предвиден како заштитена карактеристика во домашното законодавство,⁴² тоа не претставува непроменлива и фундаментална карактеристика и со текот на времето истата би можела да се смени. Дополнително, истиот основ претставува нејасен термин отворен за различни толкувања и е потенцијално мошне тежок да се докаже во пракса. **Од тие причини, се препорачува политичкото уверување да се отстрани како заштитена карактеристика од Предлозите за измена и дополнување. Истовремено, се препорачува од листата да се отстрани и возраста како заштитена карактеристика заради тоа што дискутабилно е дали возраста сама по себе навистина претставува обележје на групниот идентитет. Вклучувањето на оваа карактеристика исто така би можело да наметне и посебни потешкотии при правењето разлика помеѓу кривичното дело од користољубие и “кривичното дело од омраза”.**⁴³
41. При одлучување за листата на заштитени карактеристики, законодавецот треба исто така начелно да го земе предвид и социјалниот и историскиот контекст во дадената земја. Текстот на законот треба да го отсликува разбирањето на актуелните социјални проблеми и на потенцијалната историска опресија и истото

⁴² На пример, ЕСЧП смета дека државните власти имаат обврска “да ги превземат сите оправдани чекори со цел да ги демаскираат евентуалните политички мотиви и да утврдат дали нетолерантноста кон различното политичко мислење можеби имала удел во [насилните инциденти]” притоа препознавајќи дека “докажувањето на политичка мотивираност честопати ќе биде тешко во пракса” и дека “Обврската на Државата да ја истражи евентуалната политичка позадина на насилното дејствие е обврска за примена на најдобрите, а не апсолутните настојувања”; види во *оп.цит.фуснота* 17, став 218-219 (*Virabyan v. Armenia*).

⁴³ *Оп.цит.фуснота* 4, став 38 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

треба да се земе предвид при одлучување за карактеристиките. Во контекст на поранешната југословенска Република Македонија, Ромите претставуваат група којашто често била виктимизирана; постоеле, исто така, и наводи на лошо постапување и вршење несоодветна истрага на извршените дела од страна на полицијата против членови на оваа група.⁴⁴ Друга група која е честопати мета на кривични дела мотивирани од пристрасност е ЛГБТ популацијата.⁴⁵ И етничката припадност и социјалната ориентација се заштитени основи во Предлозите за измена и дополнување, и тоа е за поздрав.

42. Во дефинирањето на членот 122 став 23, Предлозите за измена и дополнување упатуваат исто така и на “кривично дело против физичко или правно лице и со него поврзан имот”. Се претпоставува дека изготвувачите го имале предвид имотот којшто е во сопственост на физичкото, односно на правното лице. Во тој случај, **се препорачува формулацијата на оваа одредба да се ревидира така што ќе се обезбеди јасност дека истата упатува не само на имотот којшто е во сопственост на правното лице, туку и на имотот којшто е во сопственост на физички лица.**
43. **За целите на едноставност и обезбедување конзистентност со вообичаено користената правна терминологија, се претпочита користење на термините “етникум” или “етничко потекло” и “националност” наместо “национална или етничка припадност”. Од истите причини, изготвувачите треба да го отстранат зборот “или” во “пол или родов идентитет”, со оглед на тоа што полот и родовиот идентитет се две посебни карактеристики.**
44. Понатаму, изготвувачите треба да обезбедат терминот “религија или верско уверување” да го покрие не само недостигот на какво било верско уверување, како што е атеизмот, туку исто така и нерелигиозните уверувања (“*Weltanschauung*”). **Затоа се предлага да се направи соодветно прилагодување на формулацијата на оваа одредба и одредбата да се смени во “религија или уверување”.**
45. Во однос на карактеристиката “попреченост”, изготвувачите треба да дадат јасна претстава за тоа што претставува овој концепт. Согласно Преамбулата на КПЛП, “попреченоста е концепт во развој и [...] резултира од интеракцијата помеѓу лицата со оштетувања и бариерите коишто се наметнати преку односот на другите лица и животната средина така што го спречуваат нивното целосно и ефективно учество во општеството на еднаква основа со другите лица”.⁴⁶ Ова значи дека и болестите, доколку се неизлечливи или доколку доведуваат до одредени физички, ментални или психолошки оштетувања, може да влезат во дефиницијата на попреченост доколку лицето кое страда од таквите болести не може ефективно да учествува во општеството на иста основа како и другите лица. Во овој контекст вредно е да се забележи дека ХИВ/СИДА е препознаена како болест која

⁴⁴ Совет на Европа, *Препорака CM/ResCMN(2012)13 за спроведување на Рамковната Конвенција за заштита на националните малцинства од “поранешната југословенска Република Македонија”* (4 јули 2012), достапна на https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ca6ca;

⁴⁵ Стејт Депармент на САД, Биро за Демократија, Човекови права и Труд, *Извештај за земјата за 2014 година во врска со одбрана на човековите права* – Македонија, достапен на <http://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/humanrightsreport/index.htm#wrapper>.

⁴⁶ *Оп.цит.фуснота* 11, Преамбула (КПЛП).

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

потенцијално влегува во сферата на попреченост доколку влијае врз лицата коишто живеат со болеста на начин кој погоре го опишавме.⁴⁷

46. Конечно, од суштинска важност е кривичните дела да бидат дефинирани на начин што ќе му овозможи на поединецот да го усогласи своето однесување со законот и да предвиди кога одредени дејствија ќе повлечат кривични санкции. Додека отворените листи се вообичаени во законодавството против дискриминација, злоупотребите во оваа сфера начелно се санкционираат преку граѓанското или управното право и не повлекуваат кривични санкции. Во кривичното право, онаму каде последиците од прекршувањата на законот би можеле да бидат мошне сериозни, а дури и да доведат до лишување од слобода, посебно е важно законите да се изготвуваат на начин што ќе биде јасен, предвидлив и конкретен.⁴⁸ **Затоа нејасните и отворени листи на заштитени карактеристики, коишто во Предлозите за измена и дополнување се означени преку формулацијата “припадност на маргинализирана група” треба да се избегнуваат со оглед на тоа што истите може да бидат во конфликт со основниот принцип на законитост. Затоа се препорачува горенаведениот термин од членот 122 став 23 да се избрише. Како што споменавме погоре во точка 25, листата на заштитени карактеристики во Предлозите за измена и дополнување се разликува од листата која актуелно е превидена со членот 39 став 5 од Кривичниот законик. Членот 39 став 5 треба да се прилагоди на членот 122 став 23, и да ги земе предвид препораките дадени во овој дел со цел да се обезбеди конзистентност на двете одредби.**

7. Посебни кривични дела

47. Предлозите за измена и дополнување покриваат најголем дел од основните кривични дела предвидени со правните системи и пропишуваат посебни заострени кривични казни против кривичните дела мотивирани од пристрасност (види погоре во точка 27, фуснота 32). Начелно, одредбите за посебни заострени кривични казни треба да се применуваат само за најчестите форми на кривични дела мотивирани од пристрасност со цел да не се разводни пораката дека кривичните дела мотивирани од пристрасност претставуваат посебни кривични дела кои доведуваат до построги казни заради нивната силна осуда во општеството.
48. Од друга страна, и покрај тоа што казната затвор, на пример за кривичните дела за малтретирање или оние поврзани со имотна корист, имаат тенденција да бидат релативно ниски, определувањето на овие кривични дела како основни казнени дела кои ќе подлежат на посебни заострени казнени санкции би можеле да испратат силна порака дека и таквите видови казнени дела мотивирани од

⁴⁷ Види на пр. во UN OHCHR, Светска здравствена организација и UNAIDS, Извештај за политиката за Попреченост и ХИВ (април 2009 година), страна 1, достапен на http://www.who.int/disabilities/jc1632_policy_brief_disability_en.pdf.

⁴⁸ *Оп.цит.фуснота* 4, страна 46 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза); види исто така и во Мислењето на ОБСЕ/ОДИХР за нацрт Предлозите за измена и дополнување на Кривичниот и Прекршочниот Законик на Молдавија во врска со казнени дела мотивирани од пристрасност, став 44, достапно на <http://legislationline.org/countries/country/14>.

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

пристрасност нема да се толерираат во општеството.⁴⁹ Во таа смисла, изготвувачите треба да размислат да пропишат посебни заострени казни санкции и за други кривични дела поврзани со имотна корист кои често се сметаат дека се основни казни дела за кривични дела мотивирани од пристрасност. Ова посебно се однесува на делата опожарување, кражба, тешка кражба, разбојништво, вооружено разбојништво или разбојничка кражба.

8. Завршни коментари

49. Како што е споменато погоре во точка 41, законските мерки што се превземаат против кривичните дела мотивирани од пристрасност се најнеефективни тогаш кога законодавецот бил свесен и го проценил историскиот и социјалниот контекст во својата земја и тогаш кога законодавството е уредено на начин којшто може да дозволи посебна заштита за оние групи кои се најчести жртви на кривични дела мотивирани од пристрасност. Понатаму, откако ќе се усвои, ефективното законодавство за “кривичните дела од омраза” треба исто така да биде и под постојан мониторинг со намера да се види дали и на кој начин законот се спроведува.
50. Некои Кривични закони понатаму вклучуваат стандарди на докажување коишто го олеснуваат толкувањето, а со тоа и истрагата на кривичните дела и примената на законот.⁵⁰ И покрај тоа што не е неопходно таквите стандарди да бидат пропишани со самиот Кривичен законик, одредена форма на упатства или други алатки за определување на индикаторите на пристрасност се суштински со цел да се обезбеди тие индикатори да бидат точно утврдени, истражени и земени превид при кривичната постапка.⁵¹
51. Истовремено, правилното спроведување на одредбите од Предлозите за измена и дополнување ќе зависи од многу други фактори. Обуката за органите за спроведување на законот, обвинителите и судиите е клучна во оваа смисла, како што се и општите кампањи за покренување на свеста, а онаму каде е прикладно треба да се обезбеди истите да се организираат и на малцинските јазици, со

⁴⁹ Оп.цит.фуснота 4, страна 37 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

⁵⁰ На пр. Франција и Велика Британија, види во оп.цит.фуснота 4, страна 52 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

⁵¹ Види исто така, на пр. во ОБСЕ/ОДИХР, Спречување и одговор на Кривични дела од омраза – Упатство со ресурси за НВОи и Регионот на ОБСЕ (2009) страна 21-26, достапно на <http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide?download=true>; види исто така во оп.цит.фуснота 19, став 21 (*Balázs v. Hungary*); Гонеење на кривични дела од омраза: Практичен водич (2014), страна 46, достапен на <http://www.osce.org/odihr/prosecutorsguide?download=true>, којшто се однесува на користењето индикатори на пристрасност од страна на обвинителите и содржи примерок на леток за полициските службеници што го обезбедува Министерството за внатрешни работи на Полска (страна 47-48); види исто така на страна 12-14 од Упатството за прибирање на податоци за кривични дела од омраза и Прирачникот за обука на Федералното истражно биро (27 февруари 2015 година), достапни на <https://www.fbi.gov/about-us/cjis/ucr/hate-crime-data-collection-guidelines-and-training-manual.pdf>, во кој се наведуваат голем број елементи коишто би можеле да се земат предвид при утврдувањето на тоа дали одредено кривично дело било мотивирано од пристрасност.

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

намера да се охрабри разбирањето и пријавувањето на кривичните дела мотивирани од пристрасност. Успешните истраги во потенцијалните кривични дела мотивирани од пристрасност во голема мера исто така ќе зависат и од степенот на доверба на општеството во органите за спроведување на законот и во кривичниот правен систем. Доколку на институциите се гледа како на пристрасни или корумпирани, помала е веројатноста дека поединците, а посебно лицата од маргинализираните групи ќе ги пријавуваат таквите кривични дела.

52. Понатаму, се препорачува да се изврши исто така расчленување на официјалните податоци за жртвите на кривични дела според етникум, род, религија итн., и таквите податоци да се надополнуваат со прегледи на кривична виктимизација кои би можеле да помогнат во обезбедувањето увид во тоа зошто поединците би се двоумеле евентуално околу пријавувањето на кривични дела мотивирани од пристрасност, како и можност да се дознае за нивното искуство со органите за спроведување на законот.⁵² Прибирањето на веродостојни статистички и други податоци во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност, вклучувајќи и форми на насилно демонстрирање на расизам, ксенофобија и антисемитизам се дел од применливите заложби на ОБСЕ.⁵³
53. Конечно, препораките на меѓународно ниво ја нагласуваат потребата за директно и осмислено учество на сите органи на кривичниот судски систем, граѓанското општество, а посебно маргинализираните и малцинските групи и другите чинители низ процесот на измени на законодавството за спречување и борба против кривичните дела мотивирани од пристрасност.⁵⁴ Следствено на тоа, изготвувачите на политиките и законите во поранешната југословенска Република Македонија треба да овозможат сите чинители и заинтересирани страни да бидат целосно консултирани и информирани, како и да може да ги доставуваат своите ставови во текот на целиот процес на измени. Јавните дискусии и отворените и инклузивни дебати ќе придонесат за зголемување на општото разбирање на различните вклучени фактори, за зголемување на довербата и сопственоста врз усвоеното законодавство, и конечно за подобрување на неговото спроведување.

[КРАЈ НА ТЕКСТОТ]

⁵² Оп.цит.фуснота 13, страна 11 (Извештај на АФП на ЕУ за Промовирање на видливоста на Кривичните дела од омраза за 2012 година).

⁵³ Оп.цит.фуснота 1, став 6 (Одлука Бр. 4/03 на Министерскиот совет на ОБСЕ) и став. 14 (в) од Одлуката Бр. No. 13/06 на Министерскиот совет на ОБСЕ за Борба против нетолерантноста и дискриминацијата и Промовирање на взаемно почитување и разбирање, донесена на Состанокот на Министерскиот совет во Брисел на 5 декември 2006 година, достапни на <http://www.osce.org/mc/23114?download=true>.

⁵⁴ Види во оп.цит.фуснота 4, страна 13-14 (Практичен водич на ОДИХР од 2009 година за Законите за кривични дела од омраза).

Анекс:

**ПРЕДЛОЗИ ЗА ИЗМЕНА И ДОПОЛНУВАЊЕ НА КРИВИЧНИОТ ЗАКОНИК
ВО ВРСКА СО ДЕФИНИРАЊЕ, ПРОЦЕСИРАЊЕ И САНКЦИОНИРАЊЕ
НА КРИВИЧНИТЕ ДЕЛА ОД ОМРАЗА**

1. Воведување на нов став – ст.23 во членот 122 КЗ, кој го дефинира кривичното дело од омраза како „**Како дело од омраза, кога тоа е предвидено со одредбите на овој Законик, се смета кривичното дело против физичко или правно лице и со него поврзан имот кое е сторено во целост или делумно поради реалната или претпоставена карактеристика на лицето што се однесува на раса, боја на кожа, национална или етничка припадност, религија или верско уверување, ментална или телесна попреченост, пол или родов идентитет, сексуална ориентација, политичко уверување, возраст или припадност на маргинализирана група**“.
2. Во одредбите на посебниот дел од КЗ, омразата да се воведо како квалифициран облик на постојното кривично дело за кое е пропишана построга казна во следните кривични дела:
 - *Убиство*, чл.123, зборот омраза да се вметне во став 4 и во тој случај ставот ќе гласи: „4) друг што ќе лиши од живот од користољубие, заради извршување или прикривање на друго кривично дело, од безобсирна одмазда, **од омраза** или од други ниски побуди“.
 - *Телесна повреда*, чл.130, по ст.2 се додава ст.3, кој гласи:
„(3) Со казната од став 2 ќе се казни тој што делото ќе го стори од омраза.“

Ставовите 3 и 4 стануваат ставови 4 и 5.

- *Тешка телесна повреда*, чл. 131, зборот „омраза“ да се вметне во став 2 од овој член, и во тој случај ставот ќе гласи: „2) Тој што ќе го стори делото од став 1 при вршење семејно насилство **или од омраза**, ќе се казни со затвор од една до пет години“.
- *Присилба*, чл. 139, зборот „омраза“ да се вметне во став 2 од овој член и во тој случај ставот ќе гласи: „2) Ако делото од став 1 е сторено при вршење семејно насилство **или од омраза**, сторителот ќе се казни со затвор од шест месеци до три години.“

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

- *Противправно лишување од слобода*, чл. 140, вметнување на зборот „омраза“ во ставот 2 од овој член и во тој случај ставот ќе гласи: „Ако делото од став 1 е сторено при вршење на семејно насилство **или од омраза**, сторителот ќе се казни со казна затвор од шест месеци до три години“.
- *Мачење и друго сурово нечовечно или понижувачко постапување и казнување*, член 142 од КЗ, во ставот два да се додаде зборот омраза и во тој случај ставот ќе гласи: „ 2) Ако поради делото од став 1 настапи тешка телесна повреда или други особено тешки последици за оштетениот **или е сторено од омраза** сторителот ќе се казни со затвор најмалку четири години.“
- *Загрозување на сигурноста*, чл. 144, зборот омраза да се вметне во ставот 2 од овој член и во тој случај ставот ќе гласи: тој што ќе го стори делото од став 1 при вршење на семејно насилство **или од омраза**, ќе се казни со затвор од три месеци до три години“.
- *Спречување или смеќавање на јавен собир*, член 155 од КЗ, во ставот 2 да се додаде зборот омраза и во тој случај ставот ќе гласи: „Ако делото од став 1 е сторено од **омраза** или го стори службено лице со злоупотреба на својата службена положба или овластување, ќе се казни со затвор од три месеци до три години.“
- *Силување*, чл. 186, зборот омраза да се вметне во ставот 3 од овој член и во тој случај ставот ќе гласи: „ Ако поради делото од став 1 настапила тешка телесна повреда, смрт или други тешки последици или делото е сторено од страна на повеќе лица или на особено суров или понижувачки начин **или од омраза** сторителот ќе се казни со казна затвор од најмалку 4 години.“
- *Обљуба на немоќно лице*, чл. 187 во ставот 3 од овој член да се вметне зборот омраза, и во тој случај ставот ќе гласи: „Ако поради делото од став 1 или став 2 настапила тешка телесна повреда, смрт или друга тешка последица или делото е сторено од повеќе лица на особено суров или понижувачки начин **или од омраза**, сторителот ќе се казни со затвор најмалку 10 години или доживотен затвор.
- *Полов напад врз дете кое не наполнило 14 години*, чл. 188, во ставот 2 да се вметне зборот омраза и во тој случај ставот ќе гласи: „ 2) Ако поради делото од став 1 настапила тешка телесна повреда, смрт или други тешки последици или делото е сторено од страна на повеќе лица или на особено суров или

Коментари на ОБСЕ/ОДИХР во врска со предлозите за измена и дополнување на одредени одредби од Кривичниот законик на поранешната југословенска Република Македонија во врска со кривичните дела мотивирани од пристрасност

понижувачки начин **или од омраза**, сторителот ќе се казни со затвор најмалку 15 години или со доживотен затвор“.

- „*Неукажување медицинска помош*“, чл.208, во ст.2 да се вметне зборот **омраза** и ќе гласи: (2) Ако поради делото од став 1 настапи смрт на лицето на кое не му е укажана медицинска помош **или делото е сторено од омраза**, сторителот ќе се казни со затвор од шест месеци до пет години.
- *Оштетување на туѓи предмети*, чл. 243, во ставот 2 да се вметне зборот **омраза** и во тој случај ставот ќе гласи: „2) Ако штетата е од значителна вредност или предметите се добра под привремена заштита или културно наследство **или делото е сторено од омраза**, сторителот ќе се казни со затвор од шест месеци до пет години“.
- „*Злоупотреба на службената положба и овластување*“, чл. 353, во ставот 2, да се вметне зборот **омраза** и во тој случај ставот ќе гласи: 2) Ако сторителот на делото од став 1) ќе прибави поголема имотна корист или ќе предизвика поголема имотна штета или потешко ќе ги повреди правата на друг или **ќе го стори делото од омраза**, ќе се казни со затвор од шест месеци до пет години.
- *Насилство*, чл. 386, во ставот 5 да се вметне зборот **омраза** и во тој случај ставот ќе гласи: „5) Ако делото од ставовите (1), (2) и (3) на овој член е сторено од **омраза** или имало за последица предизвикување на тепачка, нереди и оштетување на имот од поголема вредност, сторителот ќе се казни со затвор од една до пет години“.
- *Сквернавење на гроб*, чл. 400 во ставот 2 да се додаде зборот **омраза** и во тој случај ставот ќе гласи: „Тој што со дејствијата од став 1 ќе ги стори **од омраза** или ќе оскверни два или повеќе гроба, ќе се казни со парична казна или со затвор до три години“.