



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

**International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2015**

***New Challenges in Regulation of the Legal
Relations in the Sense of the European Values***

1



IURIDICA PRIMA
Institute for Legal – Economic Research and
Education

International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2015

*New Challenges in Regulation of the Legal
Relations in the Sense of the European Values*

1



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education
Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

изразува

*голема благодарност на нашите ценети пријатели за
несебичната поддршка во организацијата на меѓународната
научна конференција -*

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО 2015

*„Новите предизвици во уредувањето на правните односи во
духот на Европските вредности“*

на:

*Нотарска комора на Република Македонија
Комора на Извршители на Република Македонија
Универзитет „Св. Кирил и Методиј“
Правен Факултет „Јустинијан Први“*



JURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education
Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2015

*New Challenges in Regulation of the Legal Relations in
the Sense of the European Values*

Меѓународна научна конференција
ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2015

*Новите предизвици во уредувањето на правните
односи во духот на Европските вредности*

1

14-17 мај 2015 Ohrid
14-17 мај 2015 Охрид

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA
OHRID SCHOOL OF LAW

Editor-in-Chief : Angel Ristov, PhD
Editor: Lazar Jovevski, PhD
Secretary: Dushan Bosiljanov, LLM

International Editorial Board:

1. PhD, Vladimir Petrov, Faculty of Law “New Bulgarian University” Sofia, Faculty of Law University “Ss. Ss. Cyril and Methodius” Veliko Trnova, Republic of Bulgaria;
2. PhD, Kristian Takov, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
3. Phd, Mihail Malchev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
4. PhD, Damjan Možina, Faculty of Law, University in Ljubljana, Republic of Slovenia;
5. PhD, Vesna Simović Zvicer, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
6. PhD, Draginja Vuksanović, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro;
7. PhD, Nenad Tešić, Faculty of Law, University in Belgrade, Republic of Serbia;
8. PhD, Novak Krstić, Faculty of Law, University in Niš, Republic of Serbia;
9. PhD, Slaviša Kovačević, Faculty of Law, University in Niš, Republic of Serbia;
10. PhD, Marko Bevanda, Faculty of Law, University in Mostar, Republic of Bosnia and Hercegovina;
11. PhD, Radenko Jotanović, Faculty of Law, University in Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Hercegovina;
12. PhD, Sanja Gongeta, Republic of Croatia, College of Applied Sciences Lavoslav Ružički in Vukovar, Republic of Croatia;
13. PhD, Angel Ristov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
14. PhD, Lazar Jovevski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
15. LLM, Dushan Bosiljanov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia.

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА
ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО

Главен и одговорен уредник:

д-р Ангел Ристов

Уредник:

д-р Лазар Јовевски

Секретар:

м-р Душан Босиљанов

Меѓународен уредувачки одбор:

1. Д-р д-р Владимир Петров, Правен факултет „Нов Бугарски Универзитет“ Софија, Правен факултет Универзитет „Св. Св. Кирил и Методиј“ Велико Трново, Република Бугарија;
2. Д-р Кристијан Таков, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
3. Д-р Михаил Малчев, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
4. Д-р Дамјан Можина, Правен факултет, Универзитет во Љубљана, Република Словенија;
5. Д-р Весна Симовиќ Звицер, Правен факултет Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
6. Д-р Драгиња Вуксановиќ, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора;
7. Д-р Ненад Тешиќ, Правен факултет Универзитет во Белград, Република Србија;
8. Д-р Новак Крстиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија;
9. Д-р Славиша Ковачевиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија;
10. Д-р Марко Беванда, Правен факултет Универзитет Мостар, Република Босна и Херцеговина;
11. Д-р Раденко Јотановиќ, Правен факултет Универзитет во Бања Лука, Република Македонија, Република Српска, Босна и Херцеговина;
12. Д-р Сања Гонцета, Колец на применети науки Лавослав Ружички, Република Хрватска;
13. Д-р Ангел Ристов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија;
14. Д-р Лазар Јовевски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје, Република Македонија;
15. М-р Душан Босиљанов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија.

РЕФОРМАТА ВО БУГАРСКИОТ ПРАВЕН СИСТЕМ

УДК: 34.047(497.2)

Original research paper

Оваа реформа не само што не е завршена, туку таа не е воопшто ниту започната. Кај секој член, граѓанин на бугарското општество, во државните и владините органи, во стопанските и културните организации и сојузи, прашањето за брзото и квалитетно остварување на оваа реформа се оценува како најважно прашање од кое зависи економското и политичкото опстојување и напредување на Бугарија. Од неа зависи и нејзиното достоинство место меѓу државите членки на Европската унија. Поминаа веќе седум години од приемот на Бугарија во Европската унија во 2007 година, сепак негативните извештаи од страна на Европската унија и понатаму ги одбележуваат многубројните проблеми со кои треба да се справи бугарската држава и општество, за да одговорот на условите и барањата предвидени во актите за уредување на Европската унија и на принципите и условите под кои можат да бидат приемени и присоединети новите држави членки кон неа. Непроменето, со изразена острина во извештаите за Бугарија, се истакнува состојбата на бугарскиот правен систем, којшто е неефикасен и сериозно е засегнат од корупција на сите нивоа на државата и општеството, а предвидените мерки од Европската унија, кои се изразуваат со интервенцијата и мешањето на дипломатските претставници на државите членки на Европската унија не даваат сериозни резултати. Во најдобрите случаи тие се изразуваат преку растурање на конкретни корупциски шеми, без да се засегне основната корумпирана суштина на самиот правен систем.

Разгледувајќи ги идеите, кои се анализираат во законодавните органи на бугарската држава и се дискутираат во општеството и во средствата за масовно информирање, авторот го изложува различното мислење по однос на поимот „корупција“ и многубројните и разновидни форми на нејзиното негативно влијание. Корупцијата се манифестира како здраво вкоренета во бугарскиот правен систем, а додека борбата за

¹ Редовен професор на Правниот факултет
„Нов Бугарски Универзитет“ Софија

нејзиното отстранување се изразува како многу неефикасна и без резултати. Во статијата се споделуваат и одредени посебни мерки, кои можат значително да ја подобрат ефективностa на правното регулирање на корупцијата и во значителен степен да ја вратат довербата на бугарските граѓани и целото општество, во однос на смислата и квалитетот на уставновостановениот бугарски правен систем.

Пристапот кон реформата е истиот којшто и досега ја покажал својата неподобност ефективно да ги решава какви и да било проблеми. Не се забележуваат конкретни дејства кои законски треба да бидат остварени. Наместо такви конкретни дејства, во Народното собрание се спроведува широка дискусија и врз основа на неа беше донесена, предложената од министерот за правосудство, Стратегија за спроведување реформа во правниот систем. Како и многуте други донесени акти, со подобен карактер, од страна на Народното собрание, Стратегијата беше оценета од големиот дел на пратениците од опозицијата и од правниците во бугарското општество како непотребен акт, во кој не се содржани практични решенија за спроведување реформа во правниот систем, а нејзината намена беше поскоро да ги доведе во заблуда органите на Европската унија, затоа што критичките извештаи за состојбата на бугарскиот правен систем вродиле поволни резултати и дека повеќето од посочените недостатоци се веќе отстранети.

Стратегијата не предлага конкретни мерки, кои треба да ги отстранат сериозните проблеми од кои страда бугарскиот правен систем, туку многу општи и тешко остварливи желби кои, несомнено, имаат за цел да ги доведат во заблуда европските партнери на Бугарија, дека се преземени сериозни и ефективни мерки, од кои се очекуваат брзи и поволни резултати.

Под силно влијание на европските извештаи, во Стратегијата мерките се насочени кон борбата против корупцијата и нејзиното надминување во постојниот бугарски правен систем, без која не може општеството, како и органите кои треба законски да ги изработат и уредат антикорупциските мерки. Пред сè, тие треба да се изјаснат што опфаќа поимот корупција, кој посебно се однесува на бугарскиот правен систем, за да знаат против што се борат и што сакаат да надминат. Вкоренетото разбирање на корупцијата во претставата на бугарските граѓани, несомнено, влијаеше на законодавните органи според кои, таа се сведува само на тоа незаконско поведение, кое во своите многубројни и разновидни форми е предвидено од Казнениот кодекс (Наказнателниот кодекс) на Бугарија во кривичното дело поткуп. Основната содржина на поткупот, така како што е определен во чл. 301 од Казнениот кодекс (КК),

гласи дека службеното лице, кое ќе побара или ќе прими подарок или каква било друга корист, која не му следува, или прифати предлог или ветување за подарок или корист за да изврши или да не изврши такво дејство, ќе се казни за поткуп со лишување од слобода до шест години и глоба до пет илјади лева. Посебни одредби за поткупот Казнениот кодекс предвидува за лицата кои поради службените овластувања, заедно со казнивото дело кое ќе го извршат, сериозно ќе го повредат правниот систем на Бугарија. На пример, во чл. 304-а од КК за извршувањето на казнивото дело поткуп се казнува и лицето, кое ќе предложи, ќе вети или даде поткуп на службено лице кое врши одговорна службена положба, вклучително и судија, поротник, обвинител или истражител или на полицаец или на полицаец кој води истрага; Чл. 304-б од КК го казнува за поткуп дејството на лице, кое ќе побара или прими подарок или каква било корист, која не му следува, или прими ветување за подарок или корист за да оствари влијание при носење на решение од страна на службено или друго службено лице во врска со неговата служба. Казнивото дело поткуп може да го изврши и арбитер или вештак, назначен од судот, установа, претпријатие или организација, според чл. 305 алинеја 1 од КК, кога тие ќе извршат такви дејства во врска со нивната дејност. Втората алинеја на овој член од КК предвидува дека казнивото дело за поткуп се однесува и на заштитник или повереник, кога тие извршуваат такви дела за да помогнат да се реши во полза на спротивната страна или на штета на доверителот во казниво или граѓанско дело, како и на оној кој ќе предложи, вети или даде таков поткуп.

Освен бугарското законодавство, ми се чини дека нема да погрешам ако кажам, дека не ми е познато законодавство на која и да било демократска држава, кое дава определување за корупцијата, како претпоставка за изработување на законски мерки со кои ќе се бори да го ликвидира овој кривичен феномен штетен за државата и општеството. И покрај тоа што терминот „корупција“, поради неговиот латински корен се сврзува со римското право и државниот-правен систем на древниот Рим, и римјаните не создале определување на овој вид казнива дејност. Веројатно, објаснувањето за избегнувањето да се формулира дефиниција на овој феномен, кој е сопатник на сите древни општества и бил силно развиен во стариот Рим, можеме да го најдеме во едно забележително и мудро предупредување на познатиот правник Јаволенус, кое преживеало низ долгите векови во историјата на правото и е актуелно сè до денес – „*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti posset*“, *Iavolenus, libro undecimo epistolarum, D.50.17.202* – „Секое дефинирање во

граѓанското право е опасно, зашто малку се случайте, во кои тоа не може да биде демантирано“.

Терминот „корупција“ – „*corruptio*“ има латинска етимологија и многу различни значења. Ова го посочуваат авторите во латинско-бугарските речници. Според Латинско-бугарскиот речник на Михаил Боинов и Александар Милев, Софија, 1937, с.148, овој термин има значење на: 1. расипаност, изабеност, лоша состојба (*morum, corruptis*), лажливост (*opinionum*) 2. расипување, поткупување. *Corruptus* е човек: 1. расипан, лош, искварен 2. поткупен, лажлив. Во бугарската правна литература романистот проф. Малина Новкиришка-Стојанова во делото „*De criminibus*“ Софија, 2008, ја истражува оваа појава во антиката, презентирајќи ги становиштата на многу автори кои се обиделе да ги формулираат суштествените карактеристики на ова исклучително одржлива казнива појава. *Malem Sena*, цитиран од страна на Малина Новкиришка-Стојанова, *De criminibus*, с. 102-103, определува три карактеристики, кои треба да постојат, за да се прифати постоење на корупција:

1. нарушаване на службените или општествените должности, определени од државата;
2. постигање на приватна корист (не мора секогаш да биде парична);
3. постоење на правен систем, којшто допушта или санкционира корупциони дејства од социјална и политичка гледна точка.

Авторите кои ја истражуваат корупцијата, разграничуваат неколку појавни форми на оваа криминална казнива појава, кои и покрај тоа што се однесувале за времето на римската држава, објективната проценка на современите општества, нивните правни системи и изградувањето и функционирањето на државните институции, покажува дека корупцијата никогаш не исчезнала и дека нејзините форми преку кои се појавува непрекинато само се продлабочувале и раширувале. Современите држави од многу одамна ја изоставиле надежта дека корупцијата воопшто може да биде искоренета. Затоа нивните напори се насочени во обиди корупцијата да биде ограничена, а влијанието на нејзините најопасни и најтешки форми врз општествениот живот и економијата на државите, да биде сведена на можниот минимум. Овие форми на корупција никогаш не исчезнале, а во современи услови тие добиваат уште поинвалидни и опасни форми за државата и општеството:

- Изборна корупција при остварувањето на пасивното и активното избирачко право на граѓаните и определувањето на службените лица, кои врз основа на Уставот и законодавството на соодветната држава,

вклучително и изборот од парламентите, заземаат раководни позиции во економската, политичката и судската власт во државата;

- Политичка корупција, сврзана со присвојувањата и поткупите на скужбените лица, но и со злоупотребите ивршени од нивна страна при и по повод остварувањето на нивната служба;

- Судска корупција, која ги засега деловите од системот на правораздавањето и се остварува првенствено од магистратите, натоварени со функции за правораздавање, од арбитражите и судиите, но и од секое лице кое се стреми кон извлекување на корист од судскиот процес, вклучувајќи и од сведоците кои изјавуваат лажни искази, од експертите кои ги преиначуваат заклучоците, односно околностите кои се повикани да се оценат и на тој начин стануваат причина судовите да донесат дефектни, корумпирани судски решенија или пресуди.

Обидите за реформи во правниот систем на Бугарија започнуваат уште пред приемот на Бугарија за држава членка во Европската унија, со иницираната од Европската комисија и организирана од страна на Министерството за правосудство на Бугарија Меѓународна конференција „Реформа на правното образование – гаранција за успешно применување на судската реформа“. Беше издаден и зборник со материјалите од конференцијата, во кој освен предлозите на деканите на некои од приватните правни факултети во градовите Русе, Варна, Софија и Бургас, беше публикуван и труд со „Заклучоци по проектот -Подготовка за судска реформа: Правно образование“ презентирани од Британскиот совет, јапонската бесплатна помош за подготовка на вториот програмски заем за реструктурирање од Светската банка, Зборник на реформите во правното образование, Софија, 2005, с.13-56. Во првиот раздел на трудот со Заклучоци насловен „Проект“ се посочува дека целта на овој проект е да се поддржи бугарската Влада во нејзините напори за подобрување на нивото и квалитетот на националното правно образование. Во соработка со бугарските министерства за правосудство и образованието, проектот става акцент на три основни теми:

- Изработување на единствени критериуми за избор на студенти во сите државни универзитети;

- Развивање на препораки за политиката за подобрување на системот на единствени државни услови;

- Развивање на финансиска рамка на реформите, односно на националниот систем за правно образование (анализа на трошоците).

Реформата во правното образование остана само добра намера и ништо од ова во практиката не беше остварено, и покрај тоа што оваа

реформа требаше, откако ќе се оствареше, да се претвори во дел од големата и заедничка реформа во бугарскиот правен систем.

За остварување на реформата во бугарскиот правен систем, Министерството за правосудство, по многубројните консултации меѓу претставените политички партии во Народното собрание (Парламентот на Република Бугарија) изготви Стратегија за реформа во правниот систем, која беше усвоена од Народното собрание и се претвори во правна основа за нејзиното исполнување.

Политичките партии едногласно прифатија дека остварувањето на реформата е неопходно пред сè поради внесенети промени во Уставот на Бугарија, во глава шеста „Судска власт“, каде во чл. 130-133 се предвидува составот, изборот и функциите на Вишиот судски совет. Овој орган се состои од 25 члена, единаесет од нив се избираат од Народното собрание, единаесет од органите на судската власт, а претседателот на Врховниот касационен суд, претседателот на Врховниот административен суд и главниот обвинител (прокурор) се по закон негови членови. Со седниците на Вишиот судски совет раководи министерот на правосудството во својство на претседател, но тој нема право да гласа.

Вишиот судски совет:

1. ги назначува, унапредува, преместува и разрешува од должност судиите, обвинителите (прокурорите) и истражителите (следователите);

2. изрекува дисциплински казни, намалување и разрешување од должност на судиите, обвинителите и истражителите;

3. ја врши квалификацијата на судиите, обвинителите и истражителите;

4. го усвојува предлогот на буџетот на судската власт;

5. го определува опфатот и структурата на годишните извештаи врз основа на чл. 84, т. 16 од Уставот (Конституцијата) – годишните извештаи на Врховниот касационен суд, Врховниот административен суд и на главниот обвинител, за примената на законот и за дејноста на судовите, прокуратурата и истражните органи.

Промените на Уставот во делот за судската власт имаат за цел да ги направат можни неколку идеи, кои се споделуваат од мнозинството во Народното собрание и се прифатени како неопходна и важна мерка во борбата со корупцијата и за остварување на реформата во судската власт.

Се предлага да се подели составот на Вишиот судски совет на две колегии – Колегија на судиите, која ќе ги остварува овластувањата предвидени со Уставот на Вишиот судски совет по однос на магистратите, кои се судии, и Колегија на обвинителите (прокурорите) и истражителите

(истражни органи), која ќе ги остварува правните овластувања по однос на магистратите, кои се обвинители и истражители. Судската колегија ќе се состои од 13 члена и во неа ќе влезат претседателите на двата врховни суда, шест члена, кои се избираат од заедничко собрание на судиите, а пет од членовите ќе се избираат од Народното собрание. Обвинителската колегија ќе се состои од 12 члена. Во неа ќе влезат главниот обвинител, четири члена избрани од заедничкото собрание на обвинителите, а еден ќе биде избран од заедничкото собрание на истражителите. Шест од членовите на колегијата на обвинителите и истражителите ќе бидат избрани од Народното собрание. Министерот за правосудство ќе претседателствува со пленумот на Вишиот судски совет и ќе може да учествува на заседанијата на двете колегии, со право да се изјаснува. Судската колегија ќе биде претседателствувана од страна на претседателот на Врховниот касационен суд, а обвинителската – од главниот обвинител. Се предвидува да биде разделен и Инспекторатот при Вишиот судски совет, во кој ќе има шест инспектори кои ќе вршат проверки на судии, а четири на обвинителите. Инспекторатот ќе прави проверки за чесноста и конфликтот на интереси на судиите, обвинителите и истражителите, ќе ја проверува комплетноста и вистинитоста на имотните декларации, ќе прави проверки за востановување на појави кои го навредуваат престижот на судската власт и појави сврзани со нарушувањето на независноста на судиите, обвинителите и истражителите. Се предлага и воведување на правно овластување на адвокатурата да се обрати до Уставниот суд, кога законот ја засега адвокатурата или се нарушуваат правата и слободите на граѓаните.

Важен момент во идеите за реформа на правниот систем е предлогот, изборот на главниот обвинител (прокурор) да се остварува од Народното собрание, а не како што беше досега – од Вишиот судски совет. Народното собрание со решение да го избира главниот обвинител, а претседателот да го назначува. Претседателот да има право да стави вето на решението за избор на главниот прокурор.

Се предлага основање на служба за борба со корупцијата и организираниот криминал при Министерството за внатрешни работи, која треба да ги истражува злоупотребите на власта и корупцијата на високите етажи (слоеви) на власта.

Корупцијата во високите слоеви на власта, од бугарските граѓани се оценува како еден од најголемите проблеми, кои го ерозираат и разградуваат правниот систем. Свртувањето на вниманието само врз овој вид на корупција, од друга страна, му пречи на бугарското општество и на законодавецот да обрнат сериозно внимание на многу посериозниот

проблем со огромната, опфатена во сите сфери на општествениот живот на Бугарија корупција, без чие постоење, корупцијата во повисоките слоеви на власта ќе биде сериозно ограничена. Примерот од тоталитарната држава во времето на комунистичкиот режим во Бугарија покажува дека борбата против потценетата „ситна“ („дребна“) корупција, значително влијае врз растот на корупцијата на повисоките слоеви на власта. Строгите мерки против секаков вид на корупција во времето на тоталитарниот режим на комунизмот и правниот систем во тој период, направија коруптивните дела извршувани од магистрати, судии, обвинители, истражители, службени лица на сите служби во државната и општинската администрација, поодделни случаи, за кои општеството добиваше веднаш информација, а на виновните корумпирани лица им се изрекуваа брзи и тешки казни.

Закон за сопственоста на граѓаните, донесен во 1973 година, и Правилникот за примена на Законот за сопственоста на граѓаните, исто така од 1973 година (денес вон сила), предвидуваа одземање во полза на државата на приходи стекнати не по основ на работа (нетрудови приходи), туку стекнати од граѓани и од службени лица. Категоријата „нетрудови приходи“ беше така широко формулирана, што ги опфаќаше сите незаконски стекнувања на движен и недвижен имот, без да ги нарекува посебно со терминот „корупција“, Законот за сопственоста на граѓаните прифаќаше дека тие се стекнати преку коруптивни дејства. Чл. 34, алинеја 1 на Законот за сопственоста на граѓаните содржеше пресумпција за стекнат нетрудов (корупциски) доход, кога вредноста на имотот на граѓанинот јавно (видливо) ги надминува приходите стекнати од него и членовите на домаќинството и приходот од неговиот и нивниот личен труд. Овој „нетрудов“ (корупциски) доход, законот определуваше дека опфаќа недвижни имоти, право на градење, или надградување, патнички автомобил, суми и востановени побарувања, како и движни ствари со значителна вредност, ако тие ги надминуваат вообичаените лични и домаќински потреби на сопственикот и на членовите на неговото домаќинство. Постоеше и можност кога стекнувањето на тие „нетрудови“ приходи беше извршено на начин, кој може да се квалифицира како казниво дело, во смисла на Казнениот кодекс (Наказателнија кодекс) притоа, освен одземањето на незаконски стекнатиот коруптивен имот, на тоа лице можеше да му биде изречена и казна лишување од слобода, а во случаи на особено тешки корупциски казниви дела и смртна казна.

Дел од овие мерки кои постоеја во поранешното законодавство, се предлагаат одново, затоа што обидот на многу држави во Европската унија и променетото бугарско законодавство покажуваат дека можат да бидат ефикасни во борбата против корупцијата во рамките на судскиот систем.

Такви се претходните проверки на имотот и финансиските приходи на кандидатите при стекнувањето на службени овластувања во судските органи и полицијата. Проверките врз основа на сознанија од различни органи на нерегламентирана поврзаност на магистратите со лица од сивиот бизнис и учество во офшор правни лица и казниви финансиски операции. Декларирањето на потеклото на средствата при стекнување на нови и луксузни автомобили, живеалишта и вили во Бугарија и странство. Широко е распространета практиката административни службеници, политичари и полицајци, службеници од царината, да стекнуваат лично или преку надредените лица, вили и хотели во бугарските, грчки и шпански морски предели, да купуват луксузни автомобили, јахти, авиони, без државата да бара докази за законското потекло на паричните средства со кои тие го стекнале овој имот.

Како мерки за борба против корупцијата во судскиот систем, реформата налага јавност на конкурсите и назначувањата во судот, обвинителството и полицијата, периодично проверување на работата на судите, обвинителите и полицајците.

Реформата во правниот систем спред видот и содржина, во која се предлага на законодавецот Народното собрание на Република Бугарија, не само според мое мислење, туку и според мислењето на професорите на правните факултети на универзитетите, магистратите и колегите – правници од практиката, не може да помине без сериозно внимание на многубројните одредби во основните нормативни акти, кои содржат можност на нивно користење за корупциски цели или создаваат недоверба во справедливоста, разумот и законитоста на конкретни членови од законот. Примедбите дека таквите конкретни членови не се усвоени случајно, затоа што нивното нарушувачко дејство врз правниот систем не само што е исклучително негативно, туку е и јасно видливо и јавно на целото општество, тие налагаат, пред обмислувањето на мерките за борба со корупцијата, државата и законодавецот да си ја завршат работата, откако најпрвин ќе го исчистат правниот систем и ќе ги отстранат сите негативности создадени од самата држава во законодавството, извори кои генерираат законска корупција. Ќе посочам некои примери од основните закони кои го регламентираат правото на сопственост.

Според мене, не може да постои сомнение дека законодавецот во чл. 54 од Законот за државната сопственост (ЗДС) ја допуштил можноста за пренос без надомест (дарување) на сопственост врз имот – приватна државна сопственост. Законодавецот создал во законот една одредба со корупциски потенцијал, независно што ја маскирал нејзината корупциска суштина со воведување услови за нејзината законитост. Подарокот,

(дарувањето) се остварува со решение на Министерскиот совет (Владата), по предлог на министерот за регионален и урбан развој, по што областниот управител склучува договор за пренос без надомест, кој се впишува во службата за уписите. Барањата за пренос без надомест се прават преку областниот управител, кој дава мотивирано мислење.

Со корупциски потенцијал е и чл. 58, алинеја 2 од Законот за државната сопственост, кој во својата прва реченица устанува принципиелен став дека правото на градење (строеж) се уредува врз основа на надомест со наредба на областниот управител, според место на наоѓање на имотот, по спроведување на наддавање според услови и на начин определени од Министерскиот совет. Во втората реченица на чл. 58, алинеја 2 ЗДС, сепак законот предвидува дека плаќањето на правото на градење може да се изврши преку еднакво имотно обештетување во новоизградената зграда врз основа на проценка извшена од независен проценител. Врз основа на наредбата, областниот управител склучува договор. И тука меѓу формалните услови предвидени со законот и можните договарања помеѓу суперфицијарот и областниот управител, по изградувањето на зградата може да се договори корупциско наградување во недвижен имот или имоти во новоизградената зграда, суперфицијарот да плати за правно уреденото стварно право на градење.

Можноста општината да подарува недвижни имоти е предвидена во неколку члена на Законот за општинската сопственост (ЗОС). Во чл. 34, алинеја 4 од ЗОС, кога се набројуваат начините врз основа на кои општината располага со имоти и ствари - приватна општинска сопственост, законот предвидува можност за подарување на општински имоти, а во чл. 35, алинеја 5 ЗОС конкретизира дека подарувањето на имот – приватна општинска сопственост, се извршува по донесувањето на решение на општинскиот совет, донесено со мнозинство на три четвртини од вкупниот број на советници. Врз основа на решението на општинскиот совет, кметот на општината издава наредба и склучува договор за подарок.

Право на градење врз имот – приватна општинска сопственост се уредува со решение на општинскиот совет, од кметот на општината преку јавно наддавање или јавно објавен конкурс и сообразно предвидениот и во сила детален урбанистички план. И тука, како и при уредувањето на стварното право на градење врз имот – приватна државна сопственост, во услови на јавно наддавање или конкурс може да се предвиди плаќање по цена на правото на градење или на дел од таа цена да се изврши со подеднаков имот во новоизградената зграда. Следствено и овде се открива истата аналогична можност, да биде договорена и платена корупциска

награда во вид на недвижен имот во новоизградената зграда, за востановување на конкретниот суперфицијар право на градење.

Без да посочувам други примери, коишто ги има премногу во бугарското законодавство, без колебање ми се чини дека можам да изведам заклучок дека сè додека законодавството не биде „исчистено“ од постојните одредби со корупциски потенцијал, успехите во борбата против корупцијата можат да бидат само желби на бугарскиот правен систем, кои не можат да се остварат во практиката.

За вистинска реформа во правниот систем на Бугарија барам, законодавецот да ја утврди несомнената потреба од законски измени, кои ќе го направат законот посправедлив за жртвите кои настрадале од тешки казниви дела сврзани со убиства, телесни повреди и силувања, и значително построг пристап кон извршителите на таквите казниви дела. Во бугарското општество е широко распространето гледиштето дека казненото законодавство има за задача да ги заштитува извршителите на тешки казниви дела и дека потполно ја изоставило грижата за настраданите од таквите казниви дела, како и болките и страдањата на нивните роднини и блиски. Како држава-членка на Европската унија, смртната казна во бугарскиот казнен кодекс беше изоставена и судовите изрекуваат за исклучително тешки убиства, извршени со исклучива свирепост, на деца, бремени жени, возрасни луѓе, казна лишување од слобода на различен број години и само во исклучителни случаи, казна доживотен затвор. Во Казнениот процесуален кодекс (Наказателнопроцесуалнија кодекс - НПК), сепак се предвидени хипотези според кои, ако обвинетиот во претходната истражна постапка по казненото дело, ги признае во целост фактите во делот на околностите на обвинителниот акт и ако се согласи да не се собираат докази за тие факти (чл. 373, ал. 2 НПК), обвинетиот користи привилегија што судот определува казна лишување од слобода, раководејќи се од одредбите на Општиот дел на Казнениот кодекс и така ја намалува определената казна за една третина. Против ваквата политика на бугарското казнено законодавство секојдневно се организираат протести на засегнати од тешките казниви дела, лица, родители и роднини на убиени или силувани деца, млади и возрасни луѓе, за да бидат укинати овие привилегии при изрекувањето на казните и извршителите на подобни тешки казнени дела да добијат максимално строги пресуди предвидени во законот. Не може да има сомнение дека во очите на бугарското општество, правниот систем и законодавството, кое дозволува и допушта такво ублажување на санкциите против извршителите на тешките казниви дела, е несправедливо и незаконско и секоја реформа насочена да ја промени оваа практика е навременна и неопходна.

Идејата на бугарската Влада да започне реформа во правниот систем со промени во Уставот, не се споделува и не наидува на одобрение од многу правници од практиката и професори по право во Бугарија. Тие со право сметаат дека какви и да било решителни измени во бројот на членовите на Вишиот судски совет, неговото разделување на две колегии и во изборот на магистратите, кои треба да бидат избрани во нивниот состав, се прашања кои нема да влијаат на напорите да биде совладана и укината корупцијата. Нема да влијае суштествено во борбата против корупцијата во правниот систем и предлагањето на измените за избор на главниот обвинител и создавањето на органи за борба со организираниот криминал. Дотолку повеќе, со оглед на тоа што остварувањето на овие измени бара и имплицира многу напори и време, со право се пресретнати и прифатени оценките на поранешниот министер на правосудството на Романија и сегашен европатеник Моника Маковеј, дека: „Промената на Уставот ја забавува битката со корупцијата. Ви треба еден човек со власт, којшто бара реформа. Ви требаат луѓе кои се осмелуваат, кои преземаат ризик. Стравот парализира. Некој треба да започне“. Според неа сепак, нештата можат да се случат, дури и ако нема таков политичар, доволно е да има независни судии и обвинители. „Треба да има непоколебливи, цврсти луѓе, – и обвинители и судии, затоа што има закани и уцени и што уште не. Не можам да поверувам дека нема ниту еден обвинител кој е доволно смел, не сака тоа да го направи, не сака да започне. Може да го наречете војна или битка, треба да се започне. Не ги менувајте законите, важни се луѓето²“.

Реформата во правниот систем трае подолго време, и потполно заслужено е најактуелниот проблем којшто ги занимава печатените и електронските медиуми, предмет на многубројни и секојдневни коментари на правници, политиколози и аналитичари. Целото бугарско општество живее со овој проблем, затоа што од неговото брзо и справедливо разрешување зависи не само авторитетот на бугарската држава во заедницата на развиените држави од Европа, туку и самото постоење на

* Професорот Владимир Петров е дојден на граѓанското право во Република Бугарија и е четврто поколение – правник, прадедо судија, дедо и татко адвокати. Во 130 годишната историја на Правниот факултет на Софискиот универзитет „Св. Климент Охридски“ тој е третиот голем доктор, професор со два доктората од областа на граѓанското право. Бил заменик ректор на Софискиот универзитет, Фулбрајтов стипендист, остварил многубројни студиски престои во Америка, Јапонија, Полска, и др. По пензионирањето на Софискиот правен факултет во 2014 година, предава на Правниот факултет на „Новиот Бугарски Универзитет“ во Софија и на Правниот факултет на Универзитетот „Св. Св. Кирили и Методиј“ во Велико Трново. Во 2011 година е назначен за надворешен член на Комисијата за изработка на Граѓанскиот законик на Република Македонија.

² Моника Маковеј, Промяната на конституцијата бави битката со корупцијата, Капитал Daily, 26.V.2015, с.3.

Бугарија како суверена и демократска држава. За сега, за жал, конкретни мерки за реформа во правниот систем сè уште не се случуваат. Наместо, овие конкретни мерки се предлаат стратегии и потполно непотребни и бавни промени во Уставот. Овој пристап основано предизвикува песимизам во општеството дека реформата во бугарскиот правен систем не е судено да се случи. Барем не во блиска иднина.

Д-р Тодор Каламатиев¹
Д-р Александар Ристовски²

ПРИСТОЈНА РАБОТА И ПРАВНА ПОЛОЖБА НА КУЌНИТЕ ПОМОШНИЦИ

УДК: 349-2

Original research paper

Апстракт

Концептот „престојна работа“ и неговото регулирање, започнуваат да се појавуваат како основни подрачја кон кои е насочена нормативната активност на Меѓународната организација на трудот (МОТ). Престојната работа се сведува на четири основни компоненти кои се неразделлив дел од секој работен однос: примена на загарантираните права од работен однос, создавање услови и можности за вработување, соодветна социјална заштита и социјален дијалог.

Традицијата, природата на работата и правната положба на куќните помошници, ја карактеризираат оваа група работници како една од најранливите категории. МОТ, со усвојувањето на Конвенцијата за куќни помошници, 2011 (бр. 189) и Препораката за куќни помошници, 2011 (бр. 201), имплементира нова димензија во регулирањето на условите за работа на куќните помошници.

Работните односи на куќните помошници се почесто се нормираат и од страна на националните работни законодавства. Престојната работа на куќните помошници, произлегува од начинот на регулирање и имплементација на престојните услови за работа на оваа категорија работници. Во рамките на условите за работа, престојната работа на куќните помошници се поврзува со престојно плаќање и регулирано работно време.

Клучни зборови: престојна работа, куќни помошници, куќна (домашна) работа, Конвенција за куќни помошници, 2011 (бр.189) на МОТ

¹ Д-р Тодор Каламатиев - редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, контакт: tonikalamatiev@yahoo.com

² Д-р Александар Ристовски, доцент на катедрата по трудово право на Правен факултет “ Јустинијан Први “ – Скопје, контакт: alek272@yahoo.com

НАМЕСТО ВОВЕД (неколку напомени за пристојната работа)

Светот и глобалните општества се соочуваат со сериозен предизвик за надминување на сиромаштијата, социјалната ексклузија и невработеноста кои е хроничен проблем на ниско развиените земји и земјите во развој. Меѓународните организации за заштита и унапредување на човековите права ја реafirмираат потребата од надминување на социјалните проблеми во однос на определени егзистенцијални параметри на кои се надврзуваат сиромаштијата и социјалната исклученост на поголем дел од светската популација.³ Релевантните податоци со кои располагаат овие организации, експлицитно го тангираат правото на пристоен живот, а со тоа имплицитно укажуваат и на потребата од подобрување на правото на пристојна работа.

Пристојната работа, претставува поливалентна категорија која „de jure“ потекнува од дамнина и е поврзана со првите нормативни државни интервенции со кои се ограничува прекумерно долгото работно време и се утврдува најниската возрасна граница за засновање на работен однос во функција на хуманизацијата на трудот. Сепак, „de facto“, пристојната работа како интегрален концепт постои помалку од две децении. Терминот „простојна работа“, за прв пат го вовеле Хуан Сомавиа, кој беше генерален директор на меѓународното биро на трудот во периодот од 1998 - 2002. Во првиот извештај на Општата конференција на трудот во 1999 година, Сомавиа ја дефинираше пристојната работа како „*примарна цел на МОТ во современи услови, чија улога претставува промовирањето на можностите за продуктивна работа на мажите и жените во светот, во услови на слобода, еднаквост, сигурност и човекови права.*“⁴

Во компаративните истражувања, постојат бројни концепциски, емпириски и аналитички студии, чија цел е поставување на институционална рамка и акцентирање на суштествените карактеристики на пристојната работа. Во теоријата, се среќаваат најмалку две дефинирања на овој концепт.⁵

³ Според статистиките на ООН, повеќе од една милијарда луѓе во светот, преживуваат со помалку од 1.25 долари дневно, додека дополнителни 2.7 милијарди жители живеат со помалку од 2 долари дневно. Околу 600 милиони деца во светот живеат во екстремна сиромаштија, а 30.000 од нив умираат секој ден поради сиромаштија (извор: www.unmillenniumproject.org/documents/3-MP-PovertyFacts-E.pdf).

⁴ Report of the Director General: Decent work, 87th Session, Geneva 1999, ISBN 92-2-110804-X / ISSN 0074-6681.

⁵ Dharam Gai, *Decent Work: Objectives and Strategies*, International Labour Office Geneva, International Institute for labour studies, 2006.

Првиот концепт е производ на континуираната посветеност и ангажман на Меѓународната организација на трудот во проучување, нормирање и подобрување на условите за работа во светот. Од своето конституирање па до денес, МОТ активно придонесува кон воспоставување на меѓународните стандарди на трудот, истакнувајќи ја улогата на работниците во креирањето на подобри услови за работа. Пристојната работа би можела да се дефинира како наједноставен и најконцизен збир на политики, кои што ја сублимираат суштината на работните активности на МОТ. Според оваа дефиниција, пристојната работа ги опфаќа сите наменски извештаи, сугестии за спроведување на определени социјални политики, обуки и оперативни активности, како и сите конвенции и препораки.

Вториот концепт во дефинирањето на пристојната работа, покрај дескриптивно – нормативните, содржи и определени методолошки примеси. Методолошкиот пристап, ја дефинира пристојната работа како унифицирана рамка, во која кохабитираат различни политики со социјален предзнак, како што се:

- уредувањето на условите за работа на работниците воопшто;
- посебната заштита на жените, младите работници, постарите работници и работниците – мигранти;
- социјалната заштита во функција на генерирање социјална сигурност на работниците и луѓето во најопшта смисла;
- промоцијата на еднаквост и недискриминација;
- подобрувањето на можностите за вработување и
- развојот на социјалниот дијалог и индустриските односи и слично

Методолошки, квалитетот на новиот термин „пристојна работа”, се огледа токму во поврзувањето на сите претходно споменати категории во рамките на еден систем. Претходно, различните аспекти од социјалните политики се анализираа со помала хомогеност и интердисциплинарност. Денес, по воведувањето на овој концепт се прави обид за интегрално придвижување на меѓународните стандарди на трудот.

Пристојната работа се поврзува со работниот однос на сите работници, вклучувајќи ги и куќните помошници.⁶

⁶ За потребите на овој труд, и покрај плуралитетот на термини со кои може да се претстави правната положба и правниот статус на лицата кои обавуваат куќни работи во приватни домаќинства, го употребуваме македонскиот позитивно правен термин – Куќни Помошници, регулиран со член 50 од Законот за работни односи.

Пристојната работа на куќните помошници се сведува на четири суштествени компоненти со кои треба да им се гарантираат права од работен однос, услови и можности за вработување, социјална заштита и социјален дијалог на оваа категорија работници.

Интензификацијата на работните процеси, отсуството на квалитетни социјални политики во функција на креирање работно-семеен баланс, стареењето на популациите, како и зголемената партиципација на жените на современите пазари на труд, претставуваат дел од причините кои ја зголемуваат потребата од куќни помошници во домаќинствата на развиените земји, но и на земјите во развој. Сепак, работата на куќните помошници сеуште е потценета и маргинално нормирана, и таа манифестира недостаток на пристојни услови за работа.⁷ Како резултат на недефинираната правна природа на нивниот работен однос и рецидивите и транзитивните стереотипи од минатото, куќните помошници претставуваат една од највулнерабилните групи на работници во современите општества. Затоа, подобрувањето на пристојната работа на куќните помошници претставува еден од најголемите предизвици на современото работно законодавство. Соодветен придонес во регулирањето на правната положба на куќните помошници може да дадат и граѓанското и кривичното право, но тие не можат да ја супституираат трудовоправната легислатива кој прецизно ги уредува условите за работа и социјалната заштита на оваа категорија работници.

Оттука, основните компоненти на пристојната работа треба да бидат движечка траекторија и при креирањето на пристојната работа на куќните помошници.

1. Поим и правна положба на куќните помошници

Работата на куќните помошници претставува една од најстарите и најважни занимања за голем број луѓе во светот. Таа се поврзува со глобалната историја на ропството, колонијализмот и останатите форми на сервилност и статусна субординираност.⁸

Практиката наведува повеќе примарни проблеми со кои се соочува работата на куќните помошници, а особено: „невидливоста” на нивниот

⁷ За ова види: Effective protection for domestic workers: a guide to designing labour laws, International Labour Office, Geneva, 2012.

⁸ A. Fauve-Chamoux (ed.): *Domestic service and the formation of European identity: Understanding the globalization of domestic work, 16th–21st centuries* (Bern, Peter Lang, 2004).

труд, дефицитот во нормирање или имплементација на предвидените прописи и потешкотиите во процесот на организирање, односно здружување на куќните помошници.⁹ Работата на куќните помошници е потценета, непризнаена и виртуелна. Прекувремената работа, нерегулираните услови за работа и плаќањето под егзистенцијалниот праг, претставуваат хронични проблеми со кои се соочуваат куќните помошници. Непостоењето на соодветна легислатива и имплементирачки прописи, наметнуваат ангажирање на куќните помошници во различни форми на „неформални вработувања“ кои се карактеризираат со непријавување на работниот однос во трудовата администрација и избегнување на обврските што ги бара системот на социјалното осигурување.

Сепак, во теоријата се среќаваат повеќе прифатливи аргументи, кои ја истакнуваат зголемената потреба од платена работа во домаќинствата.¹⁰ Помеѓу нив се наведуваат: промената во структурата на семејството, тенденцијата за стареење на населението и продолжувањето на очекуваниот животен век, недостатокот на соодветна социјална инфраструктура и капацитети за згрижување на деца и стари лица и борбата против невработеноста, односно непријавената работа.

И покрај евидентниот недостаток на соодветни политики за подобрување на квалитетот на работата на куќните помошници, тие сочинуваат значителна пропорција од светската активна работоспособна популација¹¹. Податоците укажуваат дека вкупно 52.6 милиони лица, односно 3.6 % од вкупниот број на регистрирани вработувања на глобално ниво се однесуваат на работен однос на куќни помошници во облик на примарен работен однос.¹²

⁹ За ова види: Decent work, decent life for domestic workers, ITUC Action Guide, November, 2010.

¹⁰ За ова види: Љ.Ковачевиќ, *Плачени рад у домашинству послодавца*, Радно и Социјално Право (часопис за теорију и праску радног права), Београд, Бр.2/2013.

¹¹ Според базата на податоци на LABORSTA, статистиките укажуваат дека во земјите во развој 4 – 10 % од вкупните вработување, отпаѓаат на работа на куќните помошници, додека во развиените земји овој процент се движи од 1 - 1.25 % просечно. Сепак, определени развиени земји го надминуваат поставениот лимит, на пример: 4.4 % во Кипар, 2.3 % во Франција и 3.7 % во Шпанија, од вкупните вработување отпаѓаат на вработување на куќни помошници. За ова види: Decent work for domestic workers: Fourth item on the agenda, Report IV(1), International Labour Conference 99th Session, 2010, Geneve.

¹² Дополнителни статистики за домашната (куќната) работа во светот: Азија (Саудиска Арабија со 1.2 милиони; Индија со 4.75 милиони; Кина со околу 20 милиони, Индонезија со 2.2 – 2.6 милиони), Јужна Америка и Африка (Бразил со 6.7 милиони, Јужна Африка, 1.2 милиони) Европа, (најголема застапеност на регистрирани куќни помошници во Шпанија (752.600). За ова види: *Domestic work policy brief 2*, International Labour Office, 2010.

Работата што ја извршуваат куќните помошници (куќната работа) се карактеризира со доминантна родова застапеност на жената. Жената е таа која во најголем број на случаи извршува куќни работи, кои што ја зголемуваат нејзината вулнерабилност во општеството, наспроти односите со работодавачот. Статистичките показатели укажуваат дека жените со 83 %, односно 43.6 милиони, сочинуваат доминантна пропорција од вкупниот број на куќни помошници.¹³ Ваквата состојба произлегува од традиционалната поделба на трудот која подразбира ангажман на жената во домаќинството (т.н архетипски облик на труд на жените) за сметка на продуктивниот ангажман на мажите надвор од „приватната сфера“ на домаќинствата. Класификацијата на поделбата на трудот на произведен труд (во кој доминантно учество имаат мажите) и репродуктивен труд (во кој доминантно учество имаат жените) се почесто е предмет на промени.¹⁴ Во таа насока се движи и современото трудово право, кое предвидува различни механизми за усогласување на професионалните обврски со семејниот живот на работниците како што се: правото на отсуство поради бременост, раѓање и родителство; отсуството од работа за неа на децата; флексибилното работно време; забраната за дискриминација на жените со брачен статус и семејни обврски и слично. Оттука, регулирањето на платената работа на куќните помошници го дополнува широкиот спектар на мерки и политики во насока на креирање подобар работно – семеен баланс.

Правната положба, правата и обврските и статусната идентификација на куќните помошници предизвикуваат бројни полемики не само помеѓу експертите по трудово право, туку и помеѓу хуманистите и истражувачите на социјалните политики воопшто. Во поткрепа на оваа теза се наведува и „конфликтноста“ во дефинирањето на самиот назив на оваа категорија работници.

1.1 Детерминирање на поимот куќни помошници

Постојат повеќе категории на куќни помошници. Тие обавуваат работни активности во домаќинството на работодавачот, а најчесто се ангажираат за одржување на хигиена, чистење, готвење и слично. Забележуваме дека со овие примерно дадени активности не се

¹³ Effective protection for domestic workers: a guide to designing labour laws, International Labour Office, Geneva, 2012.

¹⁴ За ова види: Љ.Ковачевиќ, *Плачени рад у домашинству послодавца*, Радно и Социјално Право (часопис за теорију и праску радног права), Београд, Бр.2/2013.

заокружуваат сите работи кои можат да ги извршуваат овие работници. Сферата во која може да се склучи договор за вработување на куќен помошник може да опфати хетерогени активности, утврдени во работните законодавства на секоја земја посебно. Нивната анализа покажува дека под законската дефиниција за куќни помошници се подведуваат следните категории занимања: готвач, негувателка (дадилка), градинар, работник за перење и пеглање облека, обезбедување (чувар, телохранител), возач (шофер на возило за приватни потреби), работник кој е одговорен за грижа на стари лица, работник кој е одговорен за грижа и негување на инвалидизирани и хендикепирани луѓе, ноќен чувар или послуга, работник за хигиена и одржување, портир (лична придружба), рурален куќен помошник (работник во фарма) и слично.

Терминологијата, која што ја применува МОТ во дефинирањето на оваа категорија работници е „домашни работници” (domestic workers). При институционализирањето на овој термин, МОТ поаѓа од потребата за воведување компромисен, родово неутрален и социјално прифатлив термин, кој што ќе кореспондира со екстензивниот географски и културен контекст.¹⁵ Во прилог на прифаќањето на терминот – домашни работници, ги издвојуваме следните аргументи:

- потребата од супституирање на архаичниот термин (слуги, односно послуга) кој алудира на класна субординација;
- истакнувањето на положбата на домашните работници како работници со права и обврски од работен однос, каде во улога на класичен работодавач се јавува лице од семејното домаќинство.

Практиката препознава и други алтернативни термини за означување на овој тип на работа кои се употребуваат во колоквијална, но и во легислативна форма, како што се „домашна грижа”, „куќна послуга” и слично. Најприфатлив термин со кој се детерминираат статусот, правата и обврските на оваа категорија работници е терминот „куќни помошници”. Теориските критики кои произлегуваат од употребата на овој назив, го проблематизираат акцентирањето на терминот „помошник”, за сметка на стандардниот трудово правен поим „работник”. Ваквата замена би можела да имплицира деградирање на самата професија која што ја обавуваат домашните, односно куќните работници. Основната лингвистичка опасност која се исправува пред именувањето на оваа категорија работници како „домашни”, односно „куќни работници” произлегува од нивното потенцијално поистоветување со т.н работници кои работат дома (home workers, tele workers). Работниците кои работат дома (home workers),

¹⁵ Decent work for domestic workers: Fourth item on the agenda, Report IV(1), International Labour Conference 99th Session, 2010, Geneva.

извршуваат посебен облик на флексибилна работа која вклучува работа на издвоено место, односно работа на локација која е различна од традиционалниот простор на работодавачот. Значи, правната природа на работниот однос на домашните, односно куќните работници и работниците кои работат дома е комплетно различна.

Куќните помошници не се единствениот субјект од работниот однос кој предизвикува потешкотии во неговото дефинирање. Теоријата упатува и кон потешкотии во дефинирањето на „работодавачите”. Во практиката, работодавачи на куќните помошници може да бидат физички лица или цели семејства, односно брачни партнери. Доколку како работодавачи на куќните помошници се јават брачни партнери, тие може да имаат солидарна одговорност во однос на исполнувањето на правата и обврските од работниот однос. Во определени случаи, како работодавачи на куќните помошници може да се третираат и државата или органите на локалната самоуправа.¹⁶

1.2 Утврдување на правната положба на куќните помошници

Положбата на куќните помошници отвора две основни дилеми поврзани со утврдувањето на нивниот правен статус. Првата дилема се однесува на прашањето дали работата на куќните помошници може да се супсумира во рамките на законски заснован работен однос, додека втората дилема го опфаќа прашањето дали кај оваа категорија работници постои т.н патерналистички (субординиран) однос помеѓу два субјекта.¹⁷ Во прилог на втората дилема, се појавуваат и практиките во определени земји, кои се во насока на ангажирање на куќни помошници од редот на подалечни роднини на семејството. Патерналистичката субординација во работата на куќните помошници по својата природа имплицира релација господар – слуга, позиционирајќи го работниот однос на куќните помошници како т.н „статусен работен однос”, кој ги лимитира правата и обврските, но и идниот развој на оваа категорија работници.

Регулирањето на правниот статус и правната заштита на куќните помошници, се постигнува преку повеќе различни механизми. Вообичаено, правната положба на куќните помошници се регулира со

¹⁶ Овие случаи, најчесто се однесуваат на работа на куќните помошници во домаќинства на лица кои се корисници на право на помош и нега (на пример лица со инвалидитет или стари и изнемоштени лица).

¹⁷ Decent work for domestic workers: Fourth item on the agenda, Report IV(1), International Labour Conference 99th Session, 2010, Geneva.

домашни и/или меѓународни прописи. Најчести домашни прописи со кои се регулира правната положба на куќните помошници се законите во сферата на трудот, колективните договори и индивидуалните договори за вработување. Меѓународни извори со кои се регулира правната положба на куќните помошници се меѓународните стандарди на трудот (во рамките на ООН, МОТ и определени регионални извори), билатералните и мултилатералните (меѓудржавни) договори во функција на заштита на правата на куќните помошници – мигранти.

Од земјите кои правната положба на куќните помошници ја регулираат со домашни прописи, ги издвојуваме: Франција, Шпанија и Белорусија.

Така, во **Франција**, статусот и правата на куќните помошници се регулирани со Законикот за работа. Тој ја утврдува следната дефиниција: *“домашен работник (куќен помошник) претставува лице вработено од индивидуален работодавач за вршење на домашна (куќна) работа”*¹⁸. За одбележување е дека во Франција, работата на куќните помошници се регулира и со Националниот колективен договор за работниците вработени кај индивидуалните работодавачи, при што се утврдува дека: *работник може да биде секое лице кое работи со полно или неполно (скратено) работно време, извршувајќи ги сите или дел од работите во домаќинството на работодавачот поврзани со чистење, помош на семејството И на крај, целта на индивидуалниот работодавач не претставува стекнување на профит преку склучување на овој договор за работа.*¹⁹

Во Шпанија, работниот однос на домашните работници (куќните помошници), се дефинира како *специјален работен однос кој се заснова помеѓу „главата“ на домаќинството во форма на работодавач, и работникот кој работи за работодавачот во рамки на зависен (субординиран) работен однос и кој обавува работни активности кај работодавачот за плата*²⁰. Понатаму, се утврдуваат и активностите кои се третираат како работа на куќните помошници. Помеѓу нив се среќаваат: *чување и одржување на домот, грижа за домот или дел од домот, грижа за членови на семејството, како и други работи и должности поврзани со потребите на домаќинството како што се грижа за децата, градинарство, управување на моторно возило и слично.* Законодавството

¹⁸ Законик за работа на Франција (Code du travail Version consolidée au 14 octobre 2013) , член L7221-1.

¹⁹ Член 1(а) од Националниот колективен договор за работниците вработени кај индивидуалните работодавачи.

²⁰ Кралскиот Декрет 1620/2011 од 14 ноември 2011 година, Член 1, став 1, алинеја 2.

на Шпанија ги утврдува и облиците на работен однос кои се изземаат од работен однос на куќен помошник предвидени со Кралскиот Декрет. Дел од тие работи се уредени со други закони (како што е случајот со домашните (куќните) работи кои се реализираат кај класичните работодавачи – правни лица), додека останатиот дел, како што се доброволната работа, соседската помош, или неплатената семејна работа, воопшто не се поистоветуваат со „работен однос“, сфатен во било која смисла на терминот.²¹

Во Белорусија, специјалните услови за вработување на куќните помошници се регулираат со Законикот за работа.²² Куќните помошници се дефинираат како *лица кои што склучуваат договор за вработување, врз основа на кој вршат работи предвидени со закон, во домаќинствата на други лица.*²³ Лицата кои се грижат за воени инвалиди, хендикепирани, лица постари од 80 години, деца под 18 години и лица заразени со HIV/AIDS, не се куќни помошници и нивниот статус се регулира со друг закон.²⁴ Понатаму, Законикот за работа предвидува забрана за склучување на договор за вработување на куќен помошник со лице, кое претставува близок роднина на работодавачот.²⁵

Куќните помошници и покрај бројните специфики во нивниот правен статус, засноваат работен однос, односно склучуваат договор за вработување. Договорот за вработување, при тоа, има суштествена улога во формализирањето на работниот однос на куќните помошници. Покрај прецизирањето на содржините на работниот однос и регулирањето на условите за работа на куќните помошници, договорот за вработување има и суштествена доказна форма, особено при докажување на постоењето на работниот однос. Овој вид на договор за вработување не треба да се третира како еднострана изјава на волја на едната страна (работодавачот), ниту како класичен договор по пристапување.

Националната правна рамка и новите меѓународни работни стандарди, се во функција на лимитирање на дискрецијата и арбитрерноста на работодавачот во формулирањето на условите за работа на куќниот помошник во договорот за вработување. Спротивно на оваа тенденција, непостоењето на рамковно законодавство, ја зголемува вулнерабилноста на работниот однос на куќните помошници и придонесува работодавачот сам

²¹ Кралски Декрет 1620/2011, од 14 ноември 2011 година, Член 1, став 2.

²² Законик за работа на Белорусија од 1999 година, глава 26, член 308 – 314.

²³ Законик за работа на Белорусија, член 308, став 1.

²⁴ Законик за работа на Белорусија, член 308, став 2.

²⁵ Законик за работа на Белорусија, член 210.

да го креира договорот за вработување по сопствено убедување. Така, работодавачот е во можност дискреционо да ги утврдува суштествените елементи од работниот однос, а особено: утврдувањето на висината на платата, утврдувањето на правото на одмор, отсуството за време на бременост и утврдување на условите за заштита при работа.²⁶

Генерално, договорот за вработување на куќни помошници претставува договор во кој работниците ги извршуваат работните активности во „домаќинството“, односно приватниот дом на работодавачот. Од трудовоправен аспект, дискутабилна е природата на овој вид договори за вработување, поради отсуството на елементот професионалност, како битен елемент на секој работен однос. Имено, работата на куќниот помошник исклучува секако негово учество во комерцијални, односно „професионални“ активности во домаќинството на работодавачот. Доколку работникот извршува работи кај работодавачот од комерцијална природа, тогаш станува збор за редовен договор за вработување. Оттука, заклучуваме дека работниот однос на куќните помошници претставува специфичен работен однос, затоа што лукративниот елемент го среќаваме само кај работникот. Работодавачот, како страна на овој работен однос не се стекнува со профит како класичен економски мотив, а работникот не создава дополнителна економска вредност.

2. Услови за работа на куќните помошници

Под услови за работа, трудовото право подразбира широк спектар на права и обврски од работен однос, кои покрај заштитата на здравјето и безбедноста, забраната на принудна работа и дискриминација се фокусираат и кон креирање можности за исплата на пристојна плата и гарантирање на пристојно работно време, одмори и отсуства. Креирањето на пристојни услови за работа на куќните помошници ја интегрираат и слободата на здружување и правото на колективно преговарање, правото на социјално осигурување, забраната за вклучување на детски труд, заштитата од вознемирување и полово вознемирување и слично.

Проблематиката на пристојната работа на куќните помошници може да се дисперзира врз повеќе различни домени, но најзначајни од нив се правото на пристојна плата и правото на пристојно работно време.

²⁶ За ова види: Decent work for domestic workers: Fourth item on the agenda, Report IV(1), International Labour Conference 99th Session, 2010, Geneva.

2.1 Плаќање на куќните помошници

Куќните помошници спаѓаат во категоријата најниско платени работници на пазарите на труд. Нивниот труд е потценет, делумно и поради фактот што домашната (куќната) помош, традиционално се поврзува со бесплатниот труд на жените како припадници на едно домаќинство, чиј труд се третираше како неквалификуван.²⁷

Пристојното плаќање на куќните помошници, може да се овозможи единствено со прецизна законска регулатива која ќе гарантира минимална плата соодветна на животниот стандард и егзистенцијалниот минимум на луѓето во определена земја. Таа би можела да биде регулирана со хетерономни прописи во форма на законски и подзаконски акти, или со автономни механизми кои вклучуваат колективно преговарање и склучување на колективни договори, односно индивидуални договори за вработување. Дополнително, куќните помошници не смеат да бидат лишени од правото на редовно исплаќање на плата, во соодветни платежни интервали и на соодветен начин и постапка.

Оригинерниот елемент, кој што го инкорпорира работниот однос на куќните помошници се лоцира токму во правната природа на плаќањето. Во овој дел карактеристична е дерогацијата на универзалната практика за исплаќање на платата во пари, која што овозможува исплата на дел од платата на куќните помошници и во натура. Сепак, основот за оваа можност деривира од Конвенцијата на МОТ за заштита на платите, 1949 (бр. 95), кој што утврдува дека „националните закони и прописи, колективни договори или арбитражни одлуки може да овозможат делумна исплата на платите во натура, во индустриите или професиите во кои што плаќањето во оваа форма е вообичаено или посакувано, поради самата природа на индустријата или професијата”.²⁸ Кога станува збор за договорите за вработување на куќни помошници, прашањето за нивното наградување (плата) е во зависност од моделот на поделба на куќните помошници на: *куќни помошници кои престојуваат кај работодавачите* (live in domestic workers) и *куќни помошници кои не престојуваат кај работодавачите* (live out domestic workers). Имено, кога говориме за куќни помошници кои престојуваат кај работодавачите (најчесто: послуга, готвачи, градинари, итн), со договорот за вработување на куќен помошник може да се утврди и плаќање во натура. Во многу земји во

²⁷ За ова види: *Remuneration in domestic work*, ILO Domestic Work Policy Brief (Geneva, 2011).

²⁸ За ова види: Конвенција за заштита на платите, 1949 (Бр.105), член 4, став 1.

светот плаќањето во натура се сметало за составен дел од платата на куќните помошници и таа ги покривала трошоците за нивно сместување и исхрана. Овој модел не е секогаш во согласност со преференциите на куќните помошници и тој може да претставува предмет на злоупотреба од страна на работодавачите. Во овој случај, вкупниот износ на платата која ја добиваат куќните помошници се дели на два дела, и тоа еден дел кој ќе се исплаќа во редовната парична валута (во пари) и друг дел кој ќе се пресметува во пари, согласно соодветната вредност на услугата во вкупната плата, но ќе се плаќа со компензација во форма на сместување и исхрана на куќните помошници (во натура). Различните законодавства имаат различен пристап кон ваквиот модел на плаќање, па така евидентни се различни процентни износи кои може да се предвидат како максимален дел од исплатата во натура, односно како минимален дел од исплатата во пари. Други земји пак, го забрануваат исплаќањето на куќните помошници во натура и дозволуваат единствено парична исплата како награда за нивната работа.

Земји и региони во кој куќните помошници се исплаќаат во натура

| Региони | Забрането плаќање во натура | Плаќање во натура дозволено до 25 % од вкупната плата | Плаќање во натура дозволено до 50 % од вкупната плата |
|---|-----------------------------|---|---|
| <i>Индустијализирани Земји</i> | Австрија , Канада | | Шпанија |
| <i>Земји од централна и источна Европа</i> | Чешка | | |
| <i>Независни земји</i> | Молдавија | Руска федерација | |
| <i>Латинска Америка</i> | Боливија, Бразил | Чиле, Уругвај | Коста Рика; Мексико; Никарагва; |
| <i>Африка</i> | Брег на слонова коска | Јужноафричка република | |

2.2 Работно време на куќните помошници

Лимитирањето на дерегулираното и прекумерно работно време, се појави како едно од првите ревандации на работниците во обидот да ги подобрат сопствените услови за работа. Ваквата состојба, конвергира и со активностите на Меѓународната организација на трудот, во почетната фаза од нејзиното формирање.²⁹

Куќните помошници се наоѓаат во многу специфична положба во однос на регулирањето на нивното работно време. Проблемите во регулирањето на работното време на куќните помошници произлегуваат од повеќе причини. Првата причина се согледува преку самата природа на нивните работни активности. Во услови кога голем дел од куќните помошници, извршуваат работни активности во вид на грижа за деца и постари луѓе и нега за болни членови на семејството, проблематично е воспоставувањето на маргините на работното време. Втората причина произлегува од правната природа на работниот однос кој што го засновал куќниот помошник во согласност со класификацијата „работен однос на куќен помошник кој престојува кај работодавачот“ (live in domestic worker) или „работен однос на куќен помошник кој не престојува кај работодавачот“ (live out domestic worker). Доколку работникот не престојува кај работодавачот, односно доколку работникот не засновал работен однос кој инкорпорира т.н. „натурален дел“, пронаоѓаме олеснителна околност во регулирањето на неговото работно време. При овие околности, постои можност за фрагментирање на работниот однос на куќниот помошник, пропорционално на неговото работно време. Куќниот помошник ги извршува работните обврски во домаќинството на работодавачот во определено работно време и со определена динамика врз основа на кои се стекнува со правото на плата, додека по истекот на работното време му престануваат и обврските кај работодавачот. Доколку куќниот помошник престојува кај работодавачот (што најчесто вклучува сместување и исхрана), детектираме потешкотии во регулирањето на неговото работно време како битен елемент на работниот однос. Овој заклучок произлегува од тенката линија помеѓу „службените обврски“ и „приватното време“ на куќниот помошник во услови кога тој засновал работен однос со сместување и исхрана во домаќинството на работодавачот. Самото физичко присуство на куќниот помошник во домот на работодавачот ја проблематизира поделбата на правата и обврските кои произлегуваат од работен однос и приватната релација помеѓу субјектите,

²⁹ Прва конвенција, која е усвоена во рамките на МОТ е Конвенцијата за работното време (индустрија) бр. 1, од 1919 година.

надвор од него. Во прилог на оваа теза, се додава и несоодветното располагање со работното време на куќните помошници во различни земји. Практиките во определени земји, упатуваат на фактот дека куќните помошници мора да бидат достапни за извршување на работните активности во подолги временски периоди, па дури и континуирано.³⁰ Истражувањата во Шпанија, утврдуваат дека најголем број од работодавачите сметаат дека куќните помошници кои засновале работен однос со престој кај работодавачот (live in domestic workers), треба да бидат подготвени и достапни за работа во било кое време во текот на работниот ден.³¹ Истражувањата во Холандија, укажуваат на фактот дека од куќните помошници – мигранти, кои престојуваат кај работодавачите (live in) се очекува да работат во било кое време во текот на работниот ден. Дополнително, работодавачите го откажуваат или менуваат загарантираниот слободен ден на куќните помошници по свое слободно убедување. Во Кувајт, определени групи на куќни помошници, вклучувајќи ги и готвачите, возачите, обезбедувачите и хигиеничарките, работат во просек помеѓу 78 – 100 работни часа неделно.³²

Регулирањето на работното време на куќните помошници претставува сериозен предизвик на меѓународните трудови стандарди и националните работни легислативи. Креирањето на оптимална рамка, во која ќе се утврдат маргините на работното време, придонесува кон заштита на здравјето и безбедноста на оваа категорија работници генерирајќи пристојни и хумани услови за работа. Дополнително, регулирањето на работното време на куќните помошници е во функција на зголемена транспарентност во плаќањето, подобри политики на работно – семеен баланс и зголемени можности за синдикална партиципација или други слободни активности на куќните помошници.

На меѓународен и компаративен план, пронаоѓаме широк спектар на норми во функција на утврдување на т.н. „редовно” работно време на куќните помошници. Тие, првенствено се однесуваат на максималниот број на работни часови во рамките на определени референтни периоди во кои може да се организира работата на оваа категорија работници. Најголем дел од работните законодавства во стандардното работно време ги вклучуваат и работните часови кои се однесуваат на прекувремената

³⁰ Decent work for domestic workers: Fourth item on the agenda, Report IV(1), International Labour Conference 99th Session, 2010, Geneva.

³¹ E.G. Rodriguez: “The ‘hidden side’ of the new economy – On transnational migration, domestic work and unprecedented intimacy”, in *Frontiers*, Vol. 28, No. 3, 2007.

³² ILO: *Gender and migration in Arab States, The case of domestic workers* (Beirut, June 2004), pp. 52–53.

работа. Анализите на работното време на куќните помошници, упатуваат кон различни наоди и состојби. Истражувањата спроведени од МОТ во периодот помеѓу мај и септември 2012, кои опфатија повеќе од 70 земји членки, доведоа до следните заклучоци: *Околу половина од испитаните земји немаат никаква регулатива која што се однесува на работното време на куќните помошници; Во 20 % од земјите, стандардното работно време применливо за куќните помошници е 40 работни часа во текот на работната недела; 15 % од земјите предвидуваат работно време од 41-47 работни часа; 4 % предвидуваат 48 часовен лимит; додека 5 земји предвидуваат работно време повисоко од 48 работни часа.*

Во работните законодавства постојат различни примери на регулирање на „стандардното“, односно редовното работно време на куќните помошници. Најголемиот дел од земјите, го изедначуваат работното време на куќните помошници со стандардното работно време на сите останати работници. Други земји, предвидуваат посебни, специфични одредби со кои поблиску се нормира работното време на оваа категорија работници. Конечно, во одредени земји работното време на куќните помошници се регулира со алтернативни извори на трудовото право, како што се колективните договори. Таков е примерот на **Франција**, каде што се утврдува дека работното време на куќните помошници изнесува 40 работни часа неделно³³. Во **Португалија**, уредувањето на работното време на куќните помошници е составен дел од законските прописи, кои предвидуваат дека работното време на куќните помошници изнесува 44 работни часа неделно.³⁴ Во **Јужна Африка**, работното време на куќните помошници се регулира врз основа на прецизирање на вкупниот фонд на работни часови на неделно, но и на дневно ниво. Полното работно време на куќните помошници не смее да надмине 45 работни часа во текот на работната недела и 9 часа дневно доколку куќниот помошник работи пет или помалку дена во работната недела; или 8 часа дневно доколку куќниот помошник работи повеќе од пет работни дена неделно.³⁵

Регулирањето на работното време на куќните помошници ги опфаќа и прописите за прекувремена работа. Слично како и при регулирањето на стандардното работно време, прекувремената работа на куќните помошници се пропишува на различни начини. Таа може да биде составен дел на општите прописи кои се однесуваат на регулирањето на прекувремената работа на сите работници, но може да се уреди и со

³³ Национален колективен договор за работниците кај индивидуалните работодавачи, член 15.

³⁴ Законскиот Декрет DL 235/92, DE 24-10, член13(1).

³⁵ Секторската одредба 7, Глава 10.

посебни прописи, колективни договори или други автономни извори. Францускиот национален колективен договор, кој што се однесува и на куќните помошници, пропишува дека прекувремената работа на куќните помошници не смее да надмине повеќе од 10 часа во било кој период во текот на една недела и не повеќе од 8 часа неделно во период од 12 последователни недели.³⁶ Законодавството на Јужна Африка, утврдува дека работодавачот не смее да бара или да му овозможи на куќниот помошник да работи повеќе од 12 работни часа (дневно), вклучувајќи ја и прекувремената работа или да работи повеќе од 15 работни часа прекувремена работа во било која работна недела.³⁷

Во компаративните прописи и практики се среќаваат и одредби за регулирање на ноќната работа, како и на паузите, дневните, неделните и годишните одмори и отсуства на куќните помошници.

3. Меѓународните работни стандарди за куќните помошници

Правниот статус, правата и обврските на куќните помошници се регулираат и со универзални меѓународни стандарди кои произлегуваат од активноста на МОТ во спроведувањето на агендата за пристојна работа. Во меѓународните работни стандарди, претставени првенствено преку Конвенциите и Препораките на МОТ, долго време отсуствуваа експлицитни одредби во однос на проблематиката на куќните помошници. Отсуството на матичен меѓународен акт за куќните помошници, доведе до примена на повеќе Конвенции и Препораки кои предвидуваат парцијално регулирање на правата и обврските на оваа категорија работници и тоа во состав на некоја друга трудовоправна проблематика. Во таа насока се наведуваат осумте фундаментални Конвенции на МОТ³⁸, како и неколку дополнителни конвенции кои регулирајќи определени социјални аспекти ги третираат и аспектите поврзани со работата на куќните помошници. Помеѓу нив се вбројуваат конвенциите кои се однесуваат на: механизмот за

³⁶ Национален колективен договор за работниците кај индивидуалните работодавачи, член 15

дел 15 (b) (3).

³⁷ Секторската одредба 7, дел 11.

³⁸ Фундаментални Конвенции на МОТ се: Конвенцијата за слободата на здружување и правото на организирање бр. 87; Конвенцијата за правото на организирање и колективно преговарање бр. 98; Конвенцијата за принудната работа бр. 29; Конвенцијата за елиминирање на принудниот труд бр. 105; Конвенцијата за еднакво плаќање бр. 100; Конвенцијата за дискриминација бр. 111; Конвенцијата за минимална возраст за вработување бр. 138 и Конвенцијата за најлошите форми на детскиот труд бр. 182.

утврдување на платите (Конвенција бр. 131); заштитата на платите (Конвенција бр.95); заштита на мајчинството (Конвенција бр. 138); работниците со семејни обврски (Конвенција бр.156); престанокот на работниот однос (Конвенција бр.158); приватните агенции за вработување (Конвенција бр. 181); миграциите за вработување (Конвенција бр. 97) и работниците мигранти (Конвенција бр. 143). Во меѓувреме, МОТ лиферуваше и соодветно правно толкување на примената на меѓународните работни стандарди. Правното толкување утврди дека освен доколку Конвенциите и Препораките на МОТ експлицитно не ги исклучуваат куќните помошници од својата содржина, тогаш тие се применуваат и врз оваа категорија работници.³⁹

Покрај долгогодишниот меѓународен фокус и свеста за потреба од регулирање на положбата на куќните помошници, конкретни универзални стандарди во оваа област се донесоа дури во 2011 година со усвојувањето на Конвенцијата за куќните помошници бр. 189 и истоимената Препорака бр. 201. Конвенцијата бр.189 од јуни 2011 година, претставува пионерски обид да се интегрира проблематиката на куќните помошници во рамките на еден акт кој што содржи специфични одредби и минимум заштита за оваа категорија работници.⁴⁰

Структурата на Конвенцијата за куќните помошници бр. 189 е составена од Преамбула и Содржински дел. Додека во Преамбулата се истакнуваат основните општествено - историски причини поради кои се утврдува потребата од нормирање на правниот статус на оваа категорија работници, содржинскиот дел ги разработува поединечните права и обврски на куќните помошници. Содржинскиот дел се состои од 27 члена, од кои првите 18 се однесуваат на материјалната положба, права и обврски на куќните помошници, додека останатите 9 члена имаат облигационо правна природа и ги регулираат правата и обврските на државите членки на МОТ во фазата на ратификација и имплементација на Конвенцијата, како и други формални аспекти поврзани со траењето и примената на Конвенцијата.

Одредбите кои ја регулираат т.н. „статусна“ природа на работата на куќните помошници, инкорпорираат дополнителна субдизивија. Членовите 1 – 6, ги детеремнираат основните институти и го утврдуваат доменот на примена на оваа Конвенција. Под домашна (куќна) работа се подразбира работата која се извршува во определен дом или домаќинство, додека под куќен помошник се подразбира секое лице кое е ангажирано во домашна

³⁹ Биро на правниот советник на МОТ; Правно мислење од 29 јули 2002 година.

⁴⁰ C-189, Domestic Workers Convention, 2011 (No.189) and R-201, Domestic Workers Recommendation, 2011 (No.201).

(куќна) работа во рамките на заснован работен однос. Лицето кое што повремено или спорадично извршува куќно – помошнички работи кои не претставуваат негова професионална работа, не е куќен помошник.⁴¹ Во продолжение, Конвенцијата бр. 189 ги гарантира основните параметри на гаранција на пристојна работа за куќните помошници и заштита на нивните човекови права. Фундаментални слободи и права на куќните помошници кои се гарантираат со оваа конвенција се: слободата на здружување и признавање на правото на колективно преговарање; елиминацијата на сите форми на принудна работа; ефективната елиминација на детскиот труд како и елиминацијата на дискриминацијата при вработувањето и во текот на работниот однос.⁴²

Конвенцијата бр. 189, инкорпорира начелни упатства за правниот основ на работниот однос кој го склучуваат работодавачите и куќните помошници. Целта на оваа формулација е креирање на услови за соодветно и прецизно информирање на куќните помошници и гаранција на нивните услови за работа и права од работен однос. Постигнувањето на оваа состојба, најчесто се обезбедува со склучување на писмен договор за вработување помеѓу договорните страни, кој треба да ги содржи следните елементи: името и адресата на работодавачот и работникот; стапувањето на работа и траењето на договорот; видот на работата која ќе се извршува; висината на платата, методот на пресметување и периодот на исплаќање на платата; нормалното работно време; платениот годишен одмор, дневниот и неделниот одмор; одредбите за храна и сместување (доколку се договорот); периодот на пробна работа (доколку се утврди); условите на репатријација (доколку се утврдат) и условите за престанок на работниот однос, вклучувајќи го и периодот на отказан рок од страна на работникот и работодавачот.⁴³ При склучувањето на договорот за вработување, работодавачите и куќните помошници, имаат договорна слобода во уредувањето на определени аспекти од работниот однос. Тие можат да се спогодат за престојот, односно сместувањето на куќните помошници во домаќинството на работодавачот. Доколку сместувањето на куќните помошници во домаќинството на работодавачот претставува составен дел на договорот за вработување, Конвенцијата бр. 189 утврдува дека куќните помошници немаат обврска да престојуваат кај својот работодавач во периодот на користење на дневниот, неделниот или годишниот одмор. Дополнително, Конвенцијата го утврдува правото на куќните помошници да ги задржат сопствените документи за идентификација.

⁴¹ Конвенција за куќни помошници бр. 189, Член 1.

⁴² Конвенција за куќни помошници бр. 189, Член 3.

⁴³ Конвенција за куќни помошници бр. 189, Член 7.

Унифицираноста на условите за работа на куќните помошници vis a vis останатите работници се лоцира и во воспоставувањето на систем на еднакво работно време и прекувремена работа, дневен, неделен и платен годишен одмор, во согласност со националните прописи на земјите – членки. Сепак, Конвенцијата бр. 189 инкорпорира одредба поврзана со минималното траење на неделниот одмор, кој изнесува најмалку 24 последователни часа. Во однос на плаќањето, Конвенцијата бр. 189 ја утврдува можноста за плаќање во готовина со можност за плаќање преку банкарски трансфери, чекови, поштенски чекови или други законски можности за монетарен трансфер во редовни интервали кои се исплаќаат најмалку еднаш месечно. Покрај плаќањето во готовина, Конвенцијата бр. 189 ја делегира и можноста за исплаќање во натура под разумни и фер услови.

Составен дел на Конвенцијата бр. 189, претставуваат и одредбите за заштита на здравјето и безбедноста на куќните помошници, социјалното осигурување, заштитата на куќните помошници – мигранти, пристапот до надлежните судови за заштита на индивидуалните права од работен однос, како и одредбите за спроведување на инспекциски надзор и прекршочни мерки во случај на злоупотреба на правата на оваа категорија работници.

4. Правната регулатива на работата на куќните помошници во Република Македонија

Присутноста на куќните помошници во македонското општество, конвергира со начинот на нормирање и статистичките показатели поврзани со оваа категорија на работници во регионот. Во отсуство на национално, релевантно истражување за присутноста на куќните помошници во македонските домаќинства, се применува универзалната статистика спроведена од страна на статистичкиот институт (LABORSTA) на МОТ.⁴⁴ Методолошкиот пристап на LABORSTA во анализата на бројот и присутноста на куќните помошници, содржи регионална компонента која што ги вкрстува статистичките показатели помеѓу различни земји од ист регион. Во Балканскиот регион, вклучувајќи ги и Турција и Кипар, најголемо присуство на куќни помошници постои во Турција⁴⁵, додека

⁴⁴ Schwenken Helen and Lisa – Marie Heimschof, *Domestic Workers Count: Global Data on an often invisible sector*, Kassel university press, 2011.

⁴⁵ Според податоците на LABORSTA, во Турција се регистрирани 182.000 лица како куќни помошници, а тоа е приближно 0.8 % од вкупната работна сила.

најмала застапеност на куќните помошници е присутна во Црна Гора.⁴⁶ Според постоечките податоци, во Република Македонија се регистрирани околу 700 лица, кои извршуваат работи на куќни помошници.

Регулирањето на правниот статус и правата и обврските на куќните помошници во Република Македонија се наоѓаат на рудиментирано ниво. Ваквата состојба, произлегува од две состојби. Првата состојба се однесува на „виртуелната“ присутност на куќните помошници во македонското општество. Тоа, создава впечаток дека конзервативните обичаи и традиционалните семејни политики во кои жените се грижат за различните потреби на домаќинството, ги надминуваат динамичните работни активности и урбаните потреби на семејствата. Сепак, сметаме дека лабилната законска регулатива, неефективниот систем на администрирање и несоодветната социјална заштита на оваа категорија на работници придонесуваат кон присуство на значително поголем број на куќни помошници од евидентираниите, кои работат во неформалниот сектор. Оттука произлегува и сомнежот во постоечките статистички анализи. Втората состојба е во директна корелација со законскиот третман и заштита на куќните помошници. Македонското работно законодавство, предвидува единствена одредба која го регулира правниот статус на куќните помошници, додека македонското собрание сеуште не ја ратификувало Конвенцијата за куќните помошници, бр. 189 од 2011 година.

Основен закон, со кој се уредува положбата на куќните помошници е Законот за работни односи. Тој, статусот на куќните помошници го поставува во линија со т.н “флексибилни”, односно “атипични” договори за вработување. Помеѓу тие договори, свое место пронаоѓа и договорот за вработување на куќни помошници.⁴⁷ Имено, од сите останати договори за вработување, договорите за вработување на куќни помошници се разликуваат по начинот на исплата на платата. Овие договори овозможуваат извесна дерогација на општото правило дека платата на работниците задолжително се исплаќа во пари. Така, законот утврдува дека дека дел од платата која му следува на работникот кој засновал ваков работен однос, може да се плаќа во натура при што во тој дел од платата треба бидат вклучени сместувањето и исхраната на работникот. Доколку делот од платата на работникот се обезбедува со сместување и исхрана на

⁴⁶ Според податоците на LABORSTA, во Црна Гора се регистрирани 100 лица кои засновале работен однос на куќен помошник.

⁴⁷ За ова види: Закон за работните односи Сл.весник на РМ,бр.62/05 (основен текст), член 53.

работникот, тој мора да се изрази во пари.⁴⁸ Во поглед на пропорционалниот дел на платата во натура како составен дел на целосната плата на работникот, Законот наведува соодветна процентуална поделба на исплатата на платата во пари, а со тоа и на исплатата на делот од платата во натура. Па така, договорот за вработување на куќни помошници може да содржи клаузула која ќе предвидува исплата на делот од платата во пари, во износ од најмалку 50 % од вкупната заработувачка на работникот. Заклучуваме дека нашето законодавство во поглед на исплатата на платите на куќните помошници, го утврдува минималниот лимит за исплата на паричниот дел од платата на работникот (на пример доколку нето платата на куќниот помошник изнесува 20.000 денари, најмалку 10.000 денари (односно 50 % од вкупната нето плата), мора да бидат исплатени во пари, додека останатите 10.000 денари можат да бидат исплатени во натура, што ќе рече дека истите можат да бидат вкалкулирани во сместувањето и исхраната на работникот, при што задолжителна е и нивната пресметка во пари).

Заклучок

Куќните помошници (domestic workers), претставуваат широко присутна, но нормативно маргинализирана групација на работници. Статистичката поткрепа на оваа констатација, укажува на фактот дека во земјите во развој, 4 до 10 % од вкупната работна сила претставуваат куќни помошници. Родовите карактеристики во застапеноста на оваа категорија работници, демонстрираат доминатна вклученост на жените, како пропорција од вкупниот број куќни помошници, додека правната положба на куќните помошници се карактеризира со дерегулација и „недефиниран“ работно – правен статус.

Претходните параметри, ја отсликуваат и состојбата, односно условите за работа во кои работат куќните помошници. Природата на нивниот работен однос и извршувањето на работните активности во домаќинството на работодавачот, имплицираат состојба на потчинетост и рудиментиран третман „господар – слуга“. Оттука, работата на куќните помошници припаѓа во рамките платформата на МОТ за пристојна работа. Агендата за пристојна работа е составена од четири компоненти (права од работен однос, можности за вработување, социјална заштита и слобода на здружување и колективно преговарање) и таа ги супсумира и куќните помошници.

⁴⁸ Закон за работните односи, член 53, став 2.

Положбата на куќните помошници се регулира со Конвенцијата за куќни помошници, бр. 189 и истоимената Препорака бр. 201 на Меѓународната организација на трудот од 2011 година. Конвенцијата бр. 189, претставува универзален акт, кој предвидува повеќе аспекти од работниот однос на куќните помошници помеѓу кои и: дефинирањето на оваа категорија работници; заштитата од дискриминација; склучувањето и содржината на договорот за вработување; утврдувањето на условите за работа, платите и работното време; заштитата на здравјето и безбедноста, како и социјалната заштита на овие лица. Сепак, усвојувањето на Конвенцијата е иницијална фаза во реализацијата на идеалот за пристојна работа на куќните помошници. Вистинскиот ефект произлегува од начинот на имплементација и реализацијата на правата и обврските на куќните помошници. Во таа насока, треба да се движат земјите во развој, вклучително и Република Македонија.

Summary

Domestic workers are widely present, but normatively marginalized category of workers. Statistics indicate that in developing countries, 4 % – 10 % of total workforce is composed of domestic workers. As regards to gender statistics, women represent a dominant proportion of total number of domestic workers. In many countries, the legal status of domestic workers is not properly regulated.

The previous parameters reflect on the situation and working conditions of domestic workers. The nature of their employment and the working activities obtained in employers' households, imply to a state of subjection and “master – servant” treatment. Hence, the term “decent work” is more frequently used in legislation and colloquial speech. Decent work agenda is composed of four components: rights at work, employment opportunities, social protection and freedom of association and collective bargaining. This agenda encompasses to domestic workers as well.

Crucial attempt to regulate the position of domestic workers is made by the adoption of Convention concerning decent work for domestic workers, 2011 (No.189) and Recommendation concerning decent work for domestic workers, 2011 (No.201). Domestic workers Convention (No.189) represents a universal Convention, which provides multiple aspects of the employment relations of domestic workers, including: definition of domestic worker; antidiscrimination protection; contents of written employment contract; working conditions, wages and working time; occupational health and safety and social security protection. Yet, adoption of Convention No.189 is at the initial stage in the process of ensuring decent work. The real impact arises from the way of implementation of the acquired rights. Developing countries and Republic of Macedonia should be moving in that direction.

Библиографија:

1. Fakih A and Marrouch W, *Determinants for domestic workers' employment: Evidence from Lebanese household survey data*, Lebanese American University, Cirano and IZA, Discussion Paper No. 6822, August 2012
2. Folmmar P, Hödl D and Mentz-Eickhoff U, *Female domestic workers in the private households of diplomats in the Federal Republic of Germany (Information collected for the CEDEW committee to open an inquiry procedure according to Article 8 OP/ CEDAW)*, September, 2003
3. Fauve-Chamoux A, *Domestic service and the formation of European identity: Understanding the globalization of domestic work, 16th–21st centuries*, Bern, Peter Lang, 2004.
4. Ghai D, *Decent Work: Objectives and Strategies*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2006
5. ILO, Geneva, *Achieving decent work for domestic workers (An organizer's manual to promote ILO Convention no.189 and build domestic workers power, 2012)*
6. International Labour Office, Geneva, *Effective Protection for Domestic Workers: A Guide to designing labour laws*, 2012
7. ILO and International domestic workers network, *Decent work for domestic workers in Asia and the Pacific (Manual for trainers)*, Geneva, 2012
8. ILO, *Decent work for domestic workers, Report IV*, International Labour Conference, 99th Session, Geneva, 2010
9. ILO Manual, *Decent Work – Concepts and Definitions, ILO first manual, Geneva, May 2012*
10. ITUC Action Guide, *Decent Work – Decent Life for Domestic Workers*, November 2010
11. Крејг Џ и Линк М, *Глобализацијата и иднината на трудовото право, Академски печат, Скопје 2009*

12. Lóken E, Asmund Arup S, Dólvik J.E, *Pathways to decent work in a global economy*, Fafo report 2008:33, Norway, 2008
13. Schwenken H and Heimeshoff L.M, *Domestic Workers Count: Global Data on an often invisible sector*, Kassel University Press, 2011
14. Vidal, D, *Le syndicat des travailleurs domestiques de Rio de Janeiro: un observatoire des transformations de l'emploi domestique au Brésil*”, in *Sociologie du travail*, July 2007
15. Ковачевиќ, Љ, *Плачени рад у домашинству послодавца*, Радно и Социјално Право (часопис за теорију и праксу радног права), Београд, Бр.2/2013
16. Ковачевиќ Перик, С, *Пристојан рад за раднике у домашинствима*, Радно и Социјално Право (часопис за теорију и праксу радног права), Београд, Бр. 1/2012

ДОГОВОРИТЕ НА АВТОНОМНАТА ТРГОВСКА ПРАКТИКА КАКО НАЧИН НА АЛТЕРНАТИВНО ФИНАНСИРАЊЕ НА МАЛИ И СРЕДНИ ПРЕТПРИЈАТИЈА

УДК: 334.012.63/64:658.14

Original research paper

I. Вовед

Во време на економска криза , во време на економија, која го стимулира развојот на мали и средни претпријатија (најмногу поради поради нивната адаптивност на потребите на пазарот), во време кога банките мораат да се справат со ризиците и кога кредитниот рејтинг на барателите на кредит, мора внимателно да се оцени, алтернативните начини на финансирање на бизнисите стануваат повторно многу актуелни².

Алтернативните начини на финансирање на бизнисите се актуелни од најмалку две причини , првата е тоа што тие се јавуваат како можност компаниите да се стекнат со „свеж“ капитал без притоа да се кредитно способни или да ги исполнуват строгите услови за добивање на кредит од страна на банките, и второ тие се јавуваат како нови „продукти“, вид на услуги што банките и финансиските организации им ги нудат на компаниите. Така, овие продукти придонесуваат кон развој на мали и средни компании, но и кон адаптирање на финансиските компании кон новите услови на работење во економијата на знаење соочена со потреба од паметно користење на ресурсите, за обезбедување на одржлив развој и инклузивност³.

¹ Редовен професор на Универзитетот „Свети Кирил и Методиј“ на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Скопје

² Алтернативното финансирање на малите и средни компании препознаено е како актуелна тема во Република македонија во 2007 година. Како активности би ги споменале едукациите спроведени од Здружението на правниците на Република Македонија спонзорирани од USAID во 2009 година (во кои семинари како предавачи беа ангажирани д-р Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, д-р Горан Коевски, и д-р Валентин Пепељугоски) и секако во тоа време единствениот пообеман труд во формат на книга на професорот д-р Горан Коевски, Водич за алтернативни извори на финансирање, издавач: Здружение на правници на Република Македонија, спонзорирано од USAID, септември 2007;

³ Во Европската унија во 2010 година усвоена е Стратегијата Европа 2020 за ова прочитајте повеќе http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm пристапено на 25.07.2015

Во овој труд фокусот на интересот ќе биде врз правното уредување на договорите на автономната практика, што се користат за алтернативно финансирање на малите и средни бизниси и нивната правна уреденост во Република Македонија со одредени споредбено правни аспекти. Секако, практиката на трговците под светлината на начелото на автономијата на волјата на договорните страни, секако во согласност со јавниот поредок, остава отворени можности трговците почитувајќи ги останатите начела на договорното право за потсетување ќе ги споменеме, рамноправноста на субјектите, еднаквоста на давањата, совесноста и чесноста, забрана на злоупотреба на правото, на различни начини да ги уредат своите практики со голема палета на различни договори. Меѓутоа исто така, се покажало дека и законското уредување на определени неименувани договори значело стимулација на определени дејности и нивно заживување во практиката, доколку дејноста е поврзано со определен вид на договор⁴.

Концепциски трудот има вовед, три дела и заклучни согледувања. Првиот дел на трудот посветен е на укажувања на аспекти на актуелната економска состојба во која се актуелизира прашањето за алтернативното финансирање на малите и средни бизниси. Укажано е на фактот на доминацијата на мали и средни бизниси на европско тло и на најчестите проблеми со кои се соочуваат овие компании во текот на работењето. Делот е насловен како „Актуелна економска состојба и потреба за алтернативни начини за финансирање на мали и средни компании“ Во вториот дел насловен како „Местото на договорите на автономната трговска практика во Граѓанскиот законик на Република Македонија -предизвици и дилеми“ станува збор за актуелната состојба во Република Македонија, дилемите на работните групи при кодификацијата, особено аргументите за и против внесувањето на договорите на автономната практика во Граѓанскиот законик на Република Македонија; Во третиот дел на труд насловен „Правна рамка на договорите за алтернативно финансирање на мали и средни претпријатија во Република Македонија и аспекти на споредбеното и меѓународното право“ кој е најобеман презентирана е правната уреденост на одделните договори и тоа договор за лизинг, договорот за факторинг, договорот за форфетинг и договорот за франшиза; Заклучните согледувања претставуваат сумирање на аргументите изнесени за и против законското уредување на договорите на автономната трговска практика.

⁴ Види повеќе Јадранка Дабовиќ Анастасовска „Финансиски лизинг –компаративни согледувања“ USAID Скопје 2007 стр.21-22

1. **Актуелна економска состојба и потреба за алтернативни начини за финансирање на мали и средни компании**

Различните договори кои ги склучуваат трговските субјекти секогаш се производ на потребите што ги наметнува актуелната економска состојба. Затоа се чини потребно во овој дел од трудот да предочиме некои основни карактеристики на актуелната економска состојба, што ја појаснуваат потребата од актуализирање на правното вообликување на договорите кои значат можност за алтернативно финансирање на малите и средни компании.

Под влијание на процесот на глобализација во последните неколку десетлетија дојде до низа технолошки, стопански, политички и општествени промени. Сите овие промени делуваа на светското стопанство и влијааа на деловното опкружување на компаниите. Компаниите денес континуирано се изложени на промени (пред нови проблеми и пред нови шанси), пазарите се заситени понудата е поголема од побарувачката, животниот век на производите и услугите се скратува, информациите во опкружувањето се несигурни (поради брзите нагли промени), прогнозите се помалку употребливи. Компаниите се присилени константно да ги усовршуваат своите производи и да наоѓаат нови патишта до пробирливите купувачи/клиенти. Се помалку има време за целеисходна реакција на промени. Се очекува компаниите да имаат проактивен однос, денес да се подготват за она што доаѓа утре⁵.

Економијата на знаење која се заснова на паметен, одржлив и инклузивен развој се темели на мали и средни компании, кои своите капацитети секогаш можат да ги приспособат на нови услови на стопанисување и на потребите на потрошувачите. 23-те милиони мали и средни претпријатија (МСП) во Европа се нејзиниот крвоток и опфаќаат 98% од компаниите. Тие вработуваат две третини од вработените во приватниот сектор и имаат создадено околу 80% од новите работни места во текот на изминатите пет години⁶. Мали и средни претпријатија (МСП) се претпријатија со помалку од 250 вработени. Тие во своето работење се

⁵ Некогаш компаниите можеа да произведуваат за пазарите и секогаш ќе се најдеше купувач кој би го купил тој производ. Може да се каже дека тоа беше последица од оскудноста на производи и услуги на пазарот. Денес ова не е можно за компанија која сака да биде конкурентна. Понудата е многу поголема од побарувачката, затоа компаниите пред да почнат со производство мораат да го знаат поединечниот купувач кој ќе го купи тој производ или услуга ќе ги купи и уште поважно ќе ги плати.

⁶ http://ec.europa.eu/small-business/policy-statistics/policy/index_en.htm посетено на 23.07.2015 година

независни од поголемите претпријатија. МСП имаат годишен обрт од најмногу 50 милиони евра или годишен биланс на состојбата што не надминува 43 милиони. Постојат три типа на МСП: микропретпријатија, кои имаат помалку од 10 вработени; мали претпријатија, кои имаат помеѓу 10 и 49 вработени и средни претпријатија, кои имаат помеѓу 50 и 249 вработени⁷.

Компаниите денес се насочуваат да остварат поголема профитабилност, нови извори на конкурентски предности, да вложуваат во знаење и да користат веќе докажани деловни модели.

Во време на економска криза која силно го погоди банкарскиот сектор во светот, се соочуваме со состојба во која се бараат нови начини на финансирање на бизнисите, што се разликуваат од класичните кредитни односи и не се поврзани со кредитниот рејтинг на компаниите. Статистичките показатели исто така, говорат дека десетици мали и средни претпријатија во рамките на ЕУ секојдневно банкротираат како резултат на тоа што нивните фактури не се навремено исплатени. Се истакнува дека овие трговци не успеваат да „преживеат“ не затоа што самите должат, туку поради тоа што се должи спрема нив. Повеќе од половина од претпријатијата на ниво на ЕУ тврдат дека имаат проблеми со протоколот на готовина, поради задоцнетите плаќања. Меѓутоа, овој проблем бележи пораст во услови на економска и политичка криза. Така, помеѓу 2011 и 2012 година, бројот на трговци кои реално се соочуваат со оваа ситуација само на ниво на ЕУ се зголеми за 10%. За да се подобри оваа состојба, Европската Комисија предложи Директива 2011/7/EU за спречување задоцнети исплати во деловните трансакции, која беше донесена на 16 февруари 2011 година⁸. Со новата Директива се засилува заштитата на претпријатијата од задоцнети плаќања во деловните трансакции. Доколку е потребно, во услови на транспонирање на Директивата во националните законодавства, може да се извршат одредени прилагодувања и да се предвидат конзистентни процедури за спроведувањето на овие правила. Ваквата определба ја следеа и државите аспиранти за членство во ЕУ, кои донесоа национални прописи за спречување на задоцнетите плаќања⁹.

⁷ http://ec.europa.eu/small-business/policy-statistics/facts/index_en.htm > SME definition посетено на 23.07.2015

⁸ Directive 2011/7/EU of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 on combating late payment in commercial transactions. *Official Journal of the European Union*, L 48, 23.2.2011

⁹ За ова видете повеќе кај Ѓорѓиоски, Орде. „Тенденцијата на финансиско дисциплинирање на деловните субјекти“. *Правник* (267-268) : 2.7. 2014 година

Меѓутоа покрај овие мерки, што не вродија со еднакви резултати во сите земји кои ја имплементираа оваа Директива¹⁰, сепак МСП и понатаму сметаат на банкарските кредити за надворешно финансирање и на алтернативни начини на финансирање на бизнисите, особено оние МСП кои немаат можност да добијат кредити и кои не успеваат да пристапат до определени фондови за стимулирање на определени дејности.

Новините во правната регулатива на банкарството во светот и Европската унија, дерегулацијата и префрлањето на одредени дејности на различни финансиски друштва се резултат на : иновациите во банкарските услуги, е-банкарството, мобилното банкарство; новините во потрошувачкото право и поголемата заштита на потрошувачите при нудење на одредени банкарски услуги; создавањето на нови банкарски „продукти“ или преземање на „определени нови практики“ од компаративно поразвиените земји во рамките на банкарски и финансиски сектори; појавата на давање на определени финансиски и други услуги што не се типично банкарски услуги; зголемување на значењето на интелектуалниот капитал и вложувањата во знаењето и тргувањето со знаењето и искуството, градење на брендови, пристапот до информации за работење и др.

Како што споменавме, кредитирањето може да биде тешко за МСП, особено ако немаат залог или немаат доволно добар бонитет или кредитна историја. Оттука во Европската унија особено се стимулираат и сите форми за алтернативно финансирање на малите и средни бизниси. Меѓу останатите некредитни форми на финансирање на МПС често се спомнуваат и договорите за лизинг, факторинг, форфеитинг и франшиза. Овие дејности освен франшизаот, за кои ќе стане збор дополнително ги вршат воглавном банки или финансииски организации. Доколку се гледа од аспект на банките и финансиските организации овие договори претставуваат продукти што ја збогатуваат палетата на услугите на овие компании и тие се разликуваат од класичните кредитни, депозитни и трансакциски активности кои ги вршат банките.

Договорот за лизинг, договорот за факторинг, договорот за форфеитинг и договорот за франшиза се договори на автономната трговска практика, кои се користат како алтернативни начини за финансирање на бизниси и чија правна уреденост, како што веќе спомнавме е предмет на интересирање на овој труд. Тие во нашиот правен систем, освен договорот

¹⁰ Оваа Директива во нашата земја е имплементирана со Закон за финансиската дисциплина. Службен весник на Република Македонија 187/2013 и 201/2014.

за лизинг што е правно уреден во Законот за лизинг¹¹ имаат статус на неименувани договори¹².

МСП често имаат побарувања што не се втасани, договорите за факторинг и факторинг дејноста која се состои во откупување на овие побарувања можат да им обезбедат свеж капитал на МСП и да овозможат непречен тек на нивниот бизнис.

Финансискиот и оперативен лизинг овозможуваат МСП да се стекнуваат со нови иновативни производни средства да ги користат извесен период и после определен период да можат повторно да ги осовременуваат своите средства без земање на кредит.

Форфејтингот обезбедува откуп на долгорочни побарувања, кои ги имаат инвестициските извозни компании и скратување на времето за наплата на овие средства и едновремено кредитирање на увозните компании.

Франшизингот како тргување со испробани бизнис модели преку лиценцирање на знаење и искуство, патенти, трговски марки исто така, може да се јави како начин за финансирање на определена компанија.

Договорот за лизинг, договорот за факторинг, договорот за форфејтинг, договорот за франшиза се јавуваат како резултат на потребите на практиката. Затоа овие договори ги вбројуваме во договорите на автономната трговска практика. Договорите на автономната трговска практика¹³, по правило, се неименувани договори¹⁴. Со други зборови, овие договори непосредно се уредуваат со правилата што ги поставуваат

¹¹ Службен весник на Република Македонија . број 4/2002, 49/2003, 13/2006, 88/2008, 35/11, 51/11 и 148/13

¹² Се чини дека поделбата на именувани и неименувани договори треба да се преименува во договори уредени во закон и оние кои не се уредени со закон туку со автономната трговска практика, ова од причина што за поголемиот број на договори за кои не постојат императивни или резервни диспозитивни норми во закон а сепак почесто се сретнуваат во практиката и станале стандардизирани постојат определени вообичаени имиња .

¹³ За договорите на автономната трговска практика видете повеќе: Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, Горан Коевски, Валентин Пепељугоски, Ненад Гавриловиќ, *Договори на автономната трговска практика*, Скопје, 2012,

¹⁴ Неименувани се оние договори за кои законот не содржи посебни одредби, како што е тоа случај со именуваните, па оттука за нив во законот и не може да се најде одредба за нивно именување. Во таков случај, по наоѓање на страните, нивните потреби и цели кои сакаат да ги остварат со склучување на одреден договор, во согласност со начелната определба на ЗОО за слободно уредување на облигационите односи (член 3) и, исто така, начелната одредба за диспозитивниот карактер на неговите одредби (член 14), а во рамките на Уставот, принудните (императивните) прописи и добрите обичаи, страните сами го определуваат предметот на својот договор и ја определуваат неговата содржина. Последнава, често може да биде комбинација на одредени елементи „позајмени“ од повеќе именувани договори, преку аналогна примена од слични именувани договори и со повикување на општите одредби од ЗОО, кои важат за сите облигациони односи и оние од нив кои се однесуваат само на договорите (вклучувајќи ги во овие и неименуваните).

договорните страни, за разлика од именуваните договори, кога законот содржи бројни специфични правила, што ќе се применуваат на конкретниот вид договор, било како императивни правила, било како резервни диспозитивни правила¹⁵.

2. Местото на договорите на автономната трговска практика во Граѓанскиот законик на Република Македонија -предизвици и дилеми

Концептот на правната уреденост на трговските договори воопшто, па оттука и на договорите на автономната трговска практика особено се актуелизираше во рамките на активностите за кодифицирање на граѓанското право во Република Македонија.

Во Република Македонија во тек е изработка на Граѓанскиот законик на Република Македонија¹⁶. Работата на кодификацијата започна во 2011 година,¹⁷ и во моментот во најнапредна фаза е кодификацијата на материјата на облигационото право, имајќи предвид дека е изработена работната верзија на тертата книга на ГЗРМ во која се уредуваат облигационите односи.¹⁸ По јавната расправа по третата книга на ГЗРМ во која учествуваат судии, адвокати, нотари, извршители, здруженија од стопанството, стопански комори, и др. изработена е финална верзија на книгата за облигации која треба да се усвои од Комисијата за изработка на

¹⁵ Именувани се оние договори кои се регулирани со закон кој истовремено им определил и посебно име (назив). Овие договори, од минатото до денес, се најчесто применуваните во вршењето на правниот промет. Во редот на овие, бездруго, главното место му припаѓа на договорот за продажба. Тука до сега беа заемот, закупот, послугата, депозитот, размената, дарот, делото, договорот за доживотна издршка, како и сите други договори кои поименично ги уредуваше ЗОО, или пак некој посебен закон, како што е случај со Законот за лизинг. Именуваните договори настануваат со постигнување на согласност за битните елементи на договорот. Види член 14 од ЗОО;

¹⁶ Во текстот ќе се користиме со кратенката: ГЗРМ.

¹⁷ Види: Одлука за формирање на Комисија за изготвување на Граѓански законик на Република Македонија е (*Службен весник на Република Македонија* бр. 04/11) и Одлука за изменување и дополнување на Одлуката за формирање на Комисија за изработување на Граѓански законик на Република Македонија (*Службен весник на Република Македонија* бр. 19/12).

¹⁸ Проектот на граѓанската кодификација начелно се состои од пет книги. Првата книга се однесува на општиот дел на граѓанското право, втората на стварноправните односи, третата на облигационите односи, четвртата на наследувањето, додека петтата книга се однесува на семејно правните односи. Во моментот завршени се работните верзии на тертата и четвртата книга. Втората и петтата книга се во фаза на изработка, додека за првата книга се планира да се изработи по завршување на сите останати книги. , Проект за изработка на Граѓански законик на Република Македонија, Скопје, 2009.

ГЗРМЗ¹⁹. Фактот што Законот за облигационите односи²⁰ се темели на Законот за облигационите односи од 1978²¹ кој се смета за една модерна кодификација на рамништето на најмодерните граѓански кодификации (на пример, швајцарскиот облигационен законик, холандскиот граѓански законик и слично)²² секако ја олеснуваше задачата на работните групи. Меѓутоа тоа не значи дека секогаш нема простор за следење на новите промени во доменот на приватното и трговското право диктирани од потребите на пазарот и пазарното стопанство, кои сè повеќе стануваат глобални феномени. Тоа, од своја страна, бездруго, бара и постигнување на повисок степен на хармонизација на правото на Република Македонија со она на Европската унија, но и пошироко. Без амбиција да навлегуваме во сите детали на кодификацијата²³ нагласуваме дека проектот на третата книга на ГЗРМ е изработен во смисла на дополнување и измени на македонскиот Закон за облигациони односи од 2001, при што работните групи²⁴ ги имаат предвид сите современи меѓународни и компаративни решенија во договорното право²⁵. Заради тематската поврзаност со трудот,

¹⁹ Уредувањето на материјата на облигационото право како дел од граѓанскиот законик изискуваше и нова систематика. Така делот посветен на облигационото право се јавува како Книга Трета на Граѓанскиот законик на Република Македонија. Книгата најнапред е поделена на делови, како поголеми заокружени целини. Во оваа смисла таа е поделена на начела (невброен дел), дел први: настанување на обврските, дел втори: дејства на обврските, дел трети: престанување на обврските, дел четврти: разни видови обврски, дел петти: промена на страната на доверителот или на должникот, дел шести: посебни договори. Секој од деловите понатаму е поделен на оддели како поголеми заокружени целини во рамките на делот во кој се уредуваат повеќе сродни прашања. Секој оддел е поделен на повеќе глави во чии рамки се уредува едно поголемо прашање. Понатаму, секоја глава е поделена на отсеци во чии рамки се уредува една целина преку членови.

²⁰ Закон за облигационите односи (*Службен весник на Република Македонија*, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, 23/13 и 123/13; понатаму: ЗОО).

²¹ Закон за облигационите односи од 1978 година (*Службен лист на Социјалистичка Федеративна Република Југославија* бр. 29/78, 39/85, 46/85, 45/89 и 57/89; понатаму: ЗОО '78).

²² За ова повеќе види: Галев Г., Дабовиќ-Анастасовска Ј.: Облигационо право (практикум), книга прва, Просветно дело, Скопје, 2001.

²³ Види. Gale Galev, Jadranka Dabović-Anastasovska, Neda Zdraveva, Nenad Gavrilović, „Predmet i metod građanskog prava kao osnovne determinante i vodilje u pripremi i izradi Građanskog zakonika Republike Makedonije“, *Pravni život*, br. 10/2011, стр. 387 и даље.

²⁴ Третата книга на ГЗРМ ја изработи посебната работна група за облигационо право формирана во рамките на Комисијата за изработка на Граѓанскиот законик на Република Македонија. При тоа, голем придонес даде и работната група за трговско право како и работната група за банкарство и хартии од вредност.

²⁵ Во текот на изработката на третата книга на ГЗРМ соодветните работни групи ги анализираа и имаа во предвид посебните решенија содржани не само во бројните извори на меѓународното и европско право, туку и определени правни проекти, како и неформални правни документи на договорното право. Што се однесува до споредбено правните аспекти консултирани се решенија содржани во граѓанските и трговските закони на земјите кои првенствено му припаѓаат на континенталното право, како што се руската, швајцарската,

накучо ќе се осврнеме единствено на дилемите во однос на опфатот на трговските договори и именуваните и неименуваните во самата кодификација²⁶.

Три претходни прашања при кодификацијата се особено интересни за темата на овој труд. Првото се однесува на тоа дали во Република Македонија ќе се остане кон концептот за единствено уредување на граѓанските и трговски договори во еден законодавен акт, како до сега, или ќе се носи посебна трговска кодификација за трговските договори, второ нераскинливо поврзано со првото, дали ќе се оди кон монистички или дисперзиран систем на уредување на договорите во повеќе закони, и во зависност од одговорот на првото и второто прашање (ако тој е да) дали ќе се пристапи кон имплементација и правно уредување на договорите на автономната трговска практика, кои веќе ги сметаме за стандардизирани во третата книга на ГЗРМ.

Во однос на прашањето дали и понатаму да се остане на уредување на граѓанските и трговските договори со единствен правен извор, со определени посебни правила за трговските договори, или пак да се отвори пат за изработка на трговски законик се прифати постојниот концепт на ЗОО за единствено уредување на граѓанските и трговски договори. Во однос на со ова прашања поврзаното прашање или дилема дали и покрај постоење на одредената дисперзија на уредување на трговските договори со посебни закони, како што во Република Македонија се на пример

германската, холандската, француската, италијанската, јапонската, турската, унгарската, чешката граѓанска и или трговски кодификации. Секако во предвид беа земени решенијата содржани во позитивното или *de lege ferenda* право на земјите на бивша Југославије во кои важеше истиот: ЗОО '78 и во суштина имаат слична економска, политичка правна историја и традиција. Што се однесува до меѓународните извори особено внимание е посветено на Виенската конвенција на Обединетите нации за договорите за меѓународна продажба на стока од 1980 година. Работните групи ги имаа предвид и меѓународните модели на закони кои се особено ефикасен инструмент за унификацијата како што се Модел Законот за меѓународни кредитни трансфери до 1992 година, Модел Законот за електронска трговија од 1996 година и Модел Законот за електронски потпис од 2001 година. Понатаму еден од најважните извори за уредување на автономната трговска практика посебно се консултирани решенијата на INIDROIT Начелата на меѓународните трговски договори од 2010 година и Начелата на европското договорно право. Работните групи ги имаа предвид и решенијата на Нацрт заедничката референтна рамка како и решенијата во Предлог Регулацијата на Европскиот парламент и Советот за заедничкото европско право на продажба.

²⁶ За решенијата во третата книга на ГЗРМ што се однесуваат на договорите видете повеќе и кај: Dabović-Anastasovske J., Kodifikacija građanskog prava u Republici Makedoniji - otvorena pitanja u vezi građanskih, potrošačkih i trgovačkih ugovora "Zborniku radova Aktualnosti građanskog i trgovackog zakonodavstva i prakse, Mostar, 2013, : Dabović-Anastasovske J., Koevski G., "Novine ugovornog prava u trećoj knjizi Nacrta Građanskog Zakonika Republike Makedonije- novine kod posebnih imenovanih ugovora " Zborniku radova Aktualnosti građanskog i trgovackog zakonodavstva i prakse, Mostar, 2014

следните закони Законот за облигационите и стварноправните односи во воздушниот сообраќај,²⁷ Законот за договорите за превоз во железничкиот сообраќај²⁸, Законот за договорите за превоз во патниот сообраќај²⁹, Законот за внатрешната пловидба³⁰, Закон за лизинг, како и делумното, дополнително уредување на договорот за осигурување во Законот за супервизија на осигурувањето.³¹ Се зазема ставот за доминација на монистичкиот систем на уредување на трговските договори.³²

Начелото на единство на облигационото право, секако бара постоење на јасна дефиниција на поимот на трговски договори. Во третата книга на ГЗРМ трговските договори³³ се дефинирани како договори кои трговците и другите правни и физички лица ги склучуваат помеѓу себе во вршење на трговска или друга дејност кои што го чинат предметот на нивното работење или се во врска со тие дејности. Јасно е дека се задржува субјективно објективен концепт³⁴ за трговските договори. Исто така е задржан и постојниот пристап за третирање на трговските договори како двострани³⁵, затоа што работната група за облигационо право и работната група за трговски договори смета дека воведувањето на едностраните трговски дела во праксата ќе создадат поголеми проблеми отколку што би дало позитивни резултати.

Во текот на работата на кодификацијата а поврзано со единственото регулирање на граѓанските и трговските договори се отвори прашањето за примената на применливите правни извори на трговските договори.

²⁷ Види: Закон за облигационите и стварноправните односи во воздушниот сообраќај („Службен весник на Република Македонија“ број 85/2008 и 148/2011).

²⁸ Види: Закон за договорите за превоз во железничкиот сообраќај („Службен весник на Република Македонија“ број 55/2007, 21/2011 и 148/2011).

²⁹ Види: Законот за договорите за превоз во патниот сообраќај („Службен Весник на Република Македонија“, бр.23/2013).

³⁰ Види: Закон за внатрешната пловидба („Службен весник на Република Македонија“ број 55/2007, 26/2009, 22/10,23/11, 53/11, 155/12, 15/13, 137/13, 163/13 и 42/2014).

³¹ Види: „Службен весник на Република Македонија“ број 27/2002, 79/2007, 88/2008, 67/10, 44/11, 188/13 и 43/14).

³² За прашањето за монистички или дисперзиран концепт видете повеќе и кај: Vladimir Kapor, „Jedinstvo obligacionog prava i posebna pravila za ugovore u privredi“, *Zbornik radova sa savetovanja o Zakonu o obveznim (obligacionim) odnosima*, Zagreb, 1978, стр. 28-30.

³³ Во современата литература, сепак, сè повеќе се среќава една поделба која поаѓа од критериумот кој е статусот на страните кои ги склучуваат договорите. Така, постојат: B2B (Business to Business) или трговски договори, B2C (Business to Consumer) или потрошувачки договори, B2G (Business to Government) или управни договори (за управните договори види повеќе: Давитковски д-р Б., Павловска-Данева д-р А., *Управни договори*, 2009 година, стр.196-197 и C2C (Consumer to Consumer) или „обични“ граѓански договори. За поделбата на договорите види повеќе Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска: *Облигационо право* (треето изменето и дополнето издание), Просветно дело, Скопје, 2012, стр. 421-429

³⁴ Види Ивица Јанковец, *Привредно право*, 4. издање, Београд, 1999, стр. 235-236.

³⁵ Види Мирко Васиљевиќ, *Трговинско право*, 9. издање, Београд, 2006, стр. 24-25.

Работните групи се соочија со прашањето за адекватноста на примената на т.н субјективна концепција за примена на обичаите на теренот на трговските договори. Се застапа на становиште да се воведат концепт на објективна примена на трговските обичаи или дека помеѓу трговците³⁶ ќе се применат првенствено трговските обичаи или трговската практика која договорните страни ја воспоставиле помеѓу себе, освен ако договорните страни оваа примена не ја исклучиле. На овај начин, проектот трета книга на ГЗРМ конечно ги прифати сериозните аргументи на правната наука³⁷ за примена на трговските обичаи преддиспозитивните норми на ЗОО.³⁸

Конечно имајќи предвид дека македонскиот ЗОО, како што е случај и со другите држави на бивша Југославија, подразбира матична кодификација на типични именуваните договори кои се вообичаени во правниот промет, начелно беше одлучено третата книга да не се преоптоварува со превземање на одредбите од посебните закони кои ги уредуваат договорните облигации. Имено, останата определбата дека одредени договори ќе бидат уредени само со општите правила на ЗОО, доколку за нив постојат посебни закони коишто ги уредуваат на подетален начин.³⁹ Во смисла на членот 16 од ЗОО, одредбите на посебните прописи и меѓународните договори имаат предност во примената во однос на прашањата кои поинаку се уредени со овие правни извори. Овој пристап е одбран затоа што во овие посебни прописи често има правила и норми, кои не се од граѓанско правна природа, па се оцени дека со преземањето на договорните одредби од овие правни извори би можело да дојде до поголема а не до помала фрагментација на правниот систем.

Во однос на неименуваните договори, како во принцип се третираат т.н договори на автономната трговска практика (дел од нив се предмет на интерес на овој труд) како што веќе споменавме една од дилемите на работните групи беше дали тие воопшто треба да бидат уредени во третата книга на ГЗРМ. При тоа, секако од голема корист беа споредбените искуства за уредување на овие договори. Истражувањата покажаа дека

³⁶ Покрај односите помеѓу трговците, како односи во кои првенство на примена имаат трговските обичаи и востановената трговска практика се односите меѓу трговците и лицата на јавното право како лицата на кои се применуваат правилата за јавни набавки.

³⁷ Види Aleksandar Goldštajn, *Privredno ugovorno pravo*, 3. izdanje, Zagreb, 1980, стр. 29-30.

³⁸ Види: Nenad Gavrilović, Neda Zdraveva, „Običaj kao izvor obligacionog prava“, *Pravni život*, br. 10/2012, стр. 485-486.

³⁹ За македонското право, види повеќе. Nenad Gavrilovic, „Legal Autonomy and its Limits in Macedonian Law of Obligations: with Particular Reference to Special Laws“, у: Adrian Nuni *et al.* (eds.), *Civil Law Forum for South East Europe: Collection of Studies and Analyses, Third Regional Conference in Tirana (2013)*, Skopje, 2014, стр. 383 и даље.

постојат големи разлики во уредувањето на оваа материја во модерните законодавства.⁴⁰

Дилемата на членовите на работните групи во однос на внесувањето на одредени договори на автономната практика во третата книга на ГЗРМ се движеше во насока во оваа работната фаза да не се уредат, па доколку јавната расправа резултира со потреба од нивно законско вообликување, тоа да се направи во следната фаза. Покрај договорите што ќе бидат непосреден интерес на овој труд како што се договорот за лизинг, факторинг, форфејтинг и договорот за франшиза работните групи компаративно ја истражуваа уреденоста и на други договори како што се договорот за дистрибуција и сл.⁴¹

Покрај тоа што истражувањата покажаа дека во одделни национални законодавства договорите на автономната трговска практика се уредени во трговските и граѓанските кодификации, постои и поинаква концепција каде постојат посебни закони за уредување на дејноста и специјални одредби за договорите кои се јавуваат како начин за вршење на дејноста, такви закони има за лизингот^{42, 43}, факторингот⁴⁴ и франшизаот на пример, како и постоење на национални законодавства во кои тие воопшто не подлежат на законско уредување.

Во однос на компаративните искуства на кодификацијата на договорите на автономната трговска практика можеме да нагласиме дека во Преднацртот на Граѓанскиот законик на Република Србија се редактирани посебни одредби за договорот за франшиза (глава XLVII), договорот за факторинг (глава XLVIII), договорот за форфејтинг (глава LXIII), договорот за дистрибуција (глава XX) и договорот за лизинг (глава XXV). При изработка на првата верзија на проектот на третата книга на

⁴⁰ Видете повеќе кај : Perović Prof. Jelena, Ph.D. Savremeni ugovori, Republika Srbija, (стр. 224 -261), Keglević Mr. Ana, LL.M. Savremeni ugovori, Republika Hrvatska, (стр. 167 -200); Perović Prof. Jelena, Ph.D. Savremeni ugovori, Republika Srbija, (стр. 224 -261), Vokshi Asim LL.M., Savremeni ugovori, Republika Albanija, Savremeni ugovori (стр. 291-316), Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference, Cavtat, 2010, volume III, Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, izbor radova i analiza, Prva regionalna konferencija, Cavtat, 2010, knjiga III, Izdavač GTZ, GmbH.; Rules 436-437 of the Federal Trade Commission (FTC) on Disclosure Requirements and Prohibitions concerning Franchising and Business Opportunities (2007).

⁴¹ За ова види повеќе : Дабовић Анастасовска Јадранка, Коевски Горан, Гавриловић Ненад,, Именоване и неименованe уговорне облигације у пројекту граѓанске кодификације Републике Македоније“, „Право и привреда“ бр. 1-3, односно бр.4-6 и бр. 7-9/2015. године.Београд

⁴² Zakon o leasingu (*Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 141/13).

⁴³ Закон о финансијском лизингу (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 55/03, 61/05, 31/11 и 99/11).

⁴⁴ Zakon o faktoringu (*Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 94/14).

ГЗРМ, прво беше одлучено да се кодифицира единствено договорот за лизинг, но имајќи го она што порано беше кажано тие норми, беа изоставени во последната верзија. Што се однесува до неименуваните договори на автономната трговска практика, ова прашање останува и понатаму отворено, особено ако се имаат предвид дискусиите за самата потреба од законско уредување на овие договори воопшто.⁴⁵

3. Правна рамка на договорите за алтернативно финансирање на мали и средни претпријатија во Република Македонија и аспекти на споредбеното и меѓународното право

Појавата на нови договори со кои се уредуваат алтернативните начини за финансирање на малите и средни претпријатија се должи на начелото на автономија на волјите на договорните страни, диспозитивноста на правните норми, развиеноста на меѓународната трговија, потребите на прометот на стоки и услуги и палетата на нови финансиски услуги кои се развиваат во светот.

Во текстот што следи ќе укажеме на правната рамка на договорите за лизинг, факторинг, форфејтинг и франшиза во Република Македонија *de lege lata* и *de lege ferenda* имајќи предвид некои споредбено правни искуства

3.1 Договор за лизинг⁴⁶

Во поширока смисла, лизингот⁴⁷ е трговска дејност од понов датум преку која трговските субјекти, најчесто малите и средните претпријатија, се обраќаат до некоја специјализирана лизинг институција да земат под закуп - лизинг инвестициона опрема за определен рок и за определен надомест. Во потесна смисла, под поимот лизинг се подразбира договорот за лизинг. Под овој, *sui generis*, договор се подразбира обврска за едната

⁴⁵ Види. Ненад Гавриловиќ, „Споредбеноправни аспекти на договорот за франшиза“, докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2011, стр. 714-725.

⁴⁶ Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, Горан Коевски, Валентин Пепељугоски, Ненад Гавриловиќ, *Договори на автономната трговска практика Правен Факултет „Јустинијан Први“* Графотисок, Скопје, 2012 стр.97-107

⁴⁷ Етимолошки, изразот „лизинг“ има потекло од англискиот глагол *"to lease"*, што значи "да се даде во наем" или "најми". Зборот *"leasing"* има во Македонија различни значења, како превод на овој израз, се користат и термините “наем“ и "закуп".

договорна страна - давател на лизингот да ја отстапи договорената ствар на користење и да ги преземе сите други дејствија во врска со правилното и уредно искористување на договорената ствар на другата договорна страна - корисникот на лизингот, која, од своја страна, се обврзува на другата договорна страна да и ја плати договорената награда, односно закупнина.

На меѓународен план постои делумно униформно регулирање на лизингот. Во 1988 во Отава е донесена UNIDROIT Конвенција за меѓународен финансиски лизинг. Конвенцијата стапува на сила 1994 година. Конвенцијата има вкупно 25 члена. Одредбите на оваа конвенција се од диспозитивен карактер, а тоа значи дека страните со договор можат да ја исклучат примената на оваа Конвенција во целина или да менуваат определени нејзини правила. Во оваа конвенција од императивна природа се одредбите за правни недостатоци на ствартата која се дава на лизингот и висината на надоместокот на штета заради битно неизвршувањена обврските на примачот (ова се одредби содржани во член 8 став 3 и член 13 став 3 т. 6 и став 4). Во моментот, 20 држави се членки на оваа Конвенција. Република Македонија не е една од нив.

Конвенцијата не зборува за договор за лизинг, туку за лизинг трансакција (види член 1). Ова од причини што според споменатата Конвенција финансискиот лизинг претставува трансакција во која едната страна давател на лизингот склучува два договора: 1) договор со трета страна испорачател - продавач за набавка купување на опрема постројки или други материјали под услови кои ги одобрил примачот на лизинг (корисникот) во согласност со своите интереси и 2) договор за лизинг со примачот (корисникот на лизинг) со кој му пренесува на примачот да ја користи опремата во замена за плаќање на надомест. Оваа дефиниција произлегува од член 1 став 1 од Конвенцијата за финансиски лизинг. Истата може според Конвенцијата да се применува на оние лизинг трансакции кои одговараат на оваа дефиниција. До примена на UNIDROIT конвенцијата за меѓународен финансиски лизинг доаѓа кога примачот (корисникот) и давателот на лизинг имаат деловни седишта во различни држави и кога притоа овие држави и државата каде продавачот има деловно седиште се држави договорнички или кога на обата договори (договорот за лизинг и договорот за продажба) се применуваат правилата на земјата договорничка.

Во Република Македонија постои посебен Законот за лизинг.⁴⁸ Со овој закон се уредени како аспектите на лизингот како дејност, така и договорните аспекти на лизингот. Инаку, покрај одредбите од Законот за

⁴⁸ Службен весник на РМ, бр. 04/02, 49/03, 13/06, 88/08, 35/11, 51/11 и 148/13

лизинг, на договорот за лизинг се применуваат и одредбите од ЗОО, како генерален закон. Се разбира дека одредбите од Законот за лизинг имаат предимство во примена пред Законот за облигационите односи.

Што се однесува со дејноста, истата се дефинира како активност која се однесува на подвижен предмет и недвижен предмет, при која корисникот на лизинг го определува предметот на лизинг кој е купен или произведен од страна на давателот на лизинг и се дава на користење на корисникот на лизинг за договорен временски период, во замена за плаќање на надомест за користење на предметот на лизинг, врз основа на договорот за лизинг кој е склучен меѓу давателот и корисникот на лизинг, според условите определени во него. Законот прави разлика помеѓу финансискиот и оперативниот лизинг. Финансиски лизинг е оној лизинг со кој се пренесуваат сите ризици и користи кои произлегуваат од сопственоста на еден предмет, било да е тој подвижен или недвижен, при што со истекот на определен временски период сопственоста може, но не мора да биде пренесена. За оперативниот лизинг е содржана само начелна дефиниција, во смисла дека оперативен лизинг е секој лизинг кој не е финансиски лизинг.

Без навлегување во сите посебности на лизингот како дејност, потребно е да се нагласи дека Законот за лизинг ги уредува прашањата што се однесуваат на добивањето дозвола за финансиски лизинг, на рокот за отпочнување со склучување на договори за финансиски лизинг, на сметководството и извештаите, на надзор, како и на мерките и одземањето на дозвола за финансиски лизинг⁴⁹. Инаку, со дејноста финансиски лизинг можат да се занимаваат и банките, па во поглед на овие прашања се применува матичниот Закон за банките.⁵⁰ Исто така, релевантни се и одредбите од Законот за финансиските друштва,⁵¹ бидејќи со овој закон се предвидува дека финансиското друштво, помеѓу другото, може да врши и дејности што се однесуваат на изнајмување на подвижен и недвижен имот на трети лица, вклучувајќи и оперативен лизинг.

⁴⁹ Согласно Законот за лизинг со кој е регулиран финансискиот лизинг, Министерството за финансии на Р.Македонија www.finance.gov.mk е овластена институција за издавање и одземање на лиценци за вршење на финансиски лизинг. Компаниите за лизинг се основаат согласно Законот за трговски друштва. Во Р. Македонија има вкупно регистрирани 8 лизинг компании. 1.NLB Лизинг (ЛБИС довел Скопје) www.nlblizing.com.mk2.Хипо Алпе Лизинг www.hypo-alpe-adria.com.mk3.Maklease – Скопје www.maklease.com.mk4.Еуролизинг ДООЕЛ Скопје www.euroleasing.com.mk5.Еуропкар6.Микро кредит лизинг сосиети ДОО Скопје www.mikroleasing.com7. Порше лизинг ДООЕЛ Скопје www.porscheleasing.com.mk8. С-лизинг ДОО Скопје www.s-leasing.mk

⁵⁰ Службен весник на РМ, бр. 67/07, 88/08, 88/08, 42/09, 90/09 и 67/10.

⁵¹ Службен весник на РМ, бр. 158/10 и 53/11

Учесници во лизинг односот се давателот на лизинг, корисникот на лизинг и снабдувачот (продавачот). Од оваа причина, мора да се прави разлика помеѓу страните на договорот за лизинг и учесниците во лизинг трансакцијата. Страни на договорот за лизинг се давателот на лизинг и корисникот на лизинг. Согласно Законот за лизинг, давател на лизинг е правно лице кое дава еден или повеќе предмети на користење на корисникот на лизинг, за одреден временски период, под условите во договорот за лизинг. Корисник на лизинг, пак, е правно или физичко лице кое го прима предметот на лизинг за употреба според договор за лизинг. Бидејќи стварта што се дава на лизинг не мора да биде во сопственост на давателот на лизинг, релевантна е и положбата на сопственикот на стварта, а тоа е продавачот. Лизингот, како финансиска операција, оттаму, го вклучува и ова лице. Продавачот се дефинира како правно или физичко лице кое го продава или на друг начин го обезбедува предметот на лизинг на давателот, согласно со договорот за лизинг. Продавачот, правно гледано, не е страна на договорот за лизинг туку на договорот за продажба склучен помеѓу него и давателот на лизинг. Така, договорот за купопродажба се дефинира како договор во писмена или електронска форма склучен меѓу продавачот на предметот на лизинг и давателот на лизинг.

Во македонското право, договорот за лизинг се дефинира како договор во писмена или електронска форма, склучен меѓу давателот и корисникот со кој давателот го дава предметот на користење на корисникот, под услови наведени во договорот за определен временски период. Како што се гледа, договорот за лизинг е формален. Притоа, соодветно се применуваат одредбите од Законот за облигационите односи што се однесуваат на формата на договорите. Овој закон за покрива и електронската форма и истата ја изедначува со писмената, во смисла дека барањето на писмената форма е исполнето и кога страните ќе разменат писма или ќе се спогодат со помош на некое комуникациско средство што овозможува со сигурност да се утврдат постоењето и содржината на изјавата, како и идентитетот на лицето кое ја дава. Притоа, предвид треба да се имаат и одредбите од Законот за електронска трговија⁵² и од Законот за податоците во електронски облик и електронски потпис.⁵³

Од друга страна, домашното право предвидува дека договорот за лизинг задолжително се заверува кај нотар, што е проблем кај електронската форма. Инаку, специфика на Законот за лизинг е и тоа што законот посебно ја уредува и содржината на формалниот договор за

⁵² Службен весник на РМ, бр. 133/07 и 17/11.

⁵³ Службен весник на РМ, бр. 34/01, 06/02 и 98/08.

лизинг. Имено, договорот за лизинг задолжително содржи: опис на предметот, вкупната вредност на предметот, износот на аконтацијата, временски период на кој е склучен договорот за лизинг, вкупен износ на надоместокот што го плаќа корисникот на лизинг, број и износ на одделни плаќања и рокот на нивното пристигнување.

Договорот за лизинг е скапа форма за набавување инвестициска опрема (особено електронска опрема) и е скапа форма на финансирање, па заради тоа преку лизингот мора да се реализира висока употребливост на набавената опрема за да се оствари предвидената профитабилност. Меѓутоа, и покрај тоа што лизингот е скап начин на обезбедување средства, тој им овозможува и на помалите деловни субјекти да дојдат до најсовремена опрема и да можат да ја заменуваат постојната опрема со нова посовремена.

За разлика од банките кои доста тешко ги реализираат хипотеките и другите обезбедувања на нивните побарувања, кај лизинг договорите најчесто не доаѓа до мешање на судот во случај на неизвршување на најважните договорни обврски (најчесто, ненавремено или целосно неплаќање на лизинг ратите), туку давателот на лизингот на многу едноставен начин може да се ја поврати опремата.

Позначајни предности на лизингот како начин на алтернативно финансирање на малите и средни претпријатија се: даночни погодности-заштеди од данокот од приход, лизинг аранжманот се третира како одбивна ставка при утврдувањето на даночната основа; набавка на опрема со поедноставни гаранциски аранжмани- при склучувањето на лизинг аранжманите не е потребно никакво дополнително обезбедување; наменско користење на средствата; достапност - лизинг аранжманите се достапни од другите видови финансирања, главно, заради поприфатливата процедура како во документацијата, така и во анализата на кредитната способност на кредитобарателот; сопствено учество од страна на корисникот на лизинг не е потребно; се избегнува ризикот од технолошка застареност на опремата; флексибилен ризик- плаќањата на корисникот на лизинг се вршат според неговите можности; пониски административни и трансакциски трошоци - со употреба на едноставни стандардни договори.

Во Република Македонија се чини потребно *de lege ferenda* да се уреди оперативниот лизинг и јасно да се разграничи од финансискиот. Во оперативниот лизинг се инволвирани две страни, и тоа: давателот на лизингот и корисникот на лизингот. Отплатите што произлегуваат од договорот за лизинг не се доволни да ги покријат трошоците на изнајмената опрема, па затоа договорот за лизинг се склучува на пократко време, отколку што е очекуваниот век на траење на опремата, што значи

дека дадениот предмет под лизинг не се амортизира во целост во периодот на траење на лизинг аранжманот. Од друга страна, корисникот на услугите на лизингот со договорот за лизинг се осигурува од евентуални ризици, на пример во случај на намалување на обемот на работа тој може да го отповика лизингот и да ја врати опремата пред истекот на договорениот рок. Со ставање клаузула за отповикување во договорот за лизинг, корисникот на лизингот стекнува можност опремата да ја врати, ако нејзината технологија застарела или, пак, ако таа едноставно повеќе не му треба. Како даватели на лизинг, најчесто, се јавуваат фирми коишто произведуваат опрема, електронски, делови, различни машини, автомобили и др.

3.2. Договор за факторинг

Во современиот стоков промет секогаш постои одреден ризик за (не)наплата на побарувањата. Затоа доверителите биле, се и ќе бидат упатени на проверување на бонитетот на партнерите-купувачите и осигурување на самите побарувања кај некои осигурителни организации. Меѓутоа, со зголемувањето на интензитетот на стопанските односи се јавила и потреба побарувањата да се наплатуваат ажурно и пред рокот на нивната втасаност. На овој начин дошло до организирање на посебен облик на дејност во вид на откуп на побарувањата или организирање на специјализирани организации кои исклучиво ќе се занимаваат со откуп на побарувања и нивна наплата од должниците во свое име, а за сметка на отстапувачот, или во свое име и за своја сметка ако откупот на побарувањата е извршен со плаќање на отстапувачот - доверителот на откупеното побарување во целина, делумно или со одобрување на кредит по основ на побарувањата⁵⁴.

Ваквите работи се нарекуваат „факторинг“ работи, а договорот кој се склучува, а чиј предмет се напред наведените работи се нарекува „договор за факторинг“. Првобитните облици на факторинг се појавиле во САД при крајот на 19-от век и тоа во трговијата на текстилни производи со Европа (особено Англија). Во Европа, факторингот се развил особено во шеесетите години на минатиот век и тоа како облик на финансирање не само во национални рамки (претежно во СР Германија и Швајцарија), туку се повеќе и во меѓународната стоковна размена.

⁵⁴ Види повеќе :Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, Горан Коевски, Валентин Пепељугоски, Ненад Гавриловиќ, *Договори на автономната трговска практика Правен Факултет „Јустинијан Први“ Графотисок, Скопје, 2012 стр.107-115*

Со договорот за факторинг, всушност, едната страна - факторот (најчесто банка специјализирана за факторинг или филијала на некоја поголема банка презема, со надомест, некои побарувања кои другата страна - клиентот ги има кон трети лица, водејќи при тоа книговодство на побарувањата и вршејќи други дејности кои се во врска со наплата на преземените побарувања. Со овој договор се пренесуваат поединечни и групни, сегашни и идни побарувања. Значи кај договорот за факторинг учествуваат најмалку три субјекти и тоа: клиентот, должникот (се работи за должник од основниот однос на клиентот и должникот - најчесто договор за купопродажба или дело) и факторот. Секој од нив има одредено место во овие работи. Клиентот врши пренос на своето побарување н⁵⁵а факторот со цел од него да добие свеж капитал веднаш, пред втасаноста на побарувањето кое тој го има кон должникот. Факторот на клиентот му ја плаќа вредноста на неговото побарување кон третото лице - должникот од првобитниот однос (намалена за договорената провизија на факторот) и го наплаќа втасаното побарување во полн износ. Должникот пак е должен, согласно општите правила на цесијата да му го исплати долгот на факторот, секако откако ќе биде известен за отстапувањето (било од факторот, било од клиентот). На овој начин отстапувачот на побарувањата не се занимава со наплатата, туку се занимава со работите на производство и промет и си обезбедува финансиски средства за финансирање на процесот на производство и работа. Факторот е секоја организација која од своите клиенти, носители на побарувањата, ги откупува побарувањата кон должниците. Носителите, сега како отстапувачи, вршат пренос на своите побарувања врз основа на меѓусебен договор кој се склучува во писмена форма на одреден период со можност за продолжување.

Факторингот овозможува значајни заштеди за малите и средни фирми кои немаат доволно добро организирани служби за вршење на административно-техничките работи во врска со побарувањата. Со договорот за факторинг можно е факторот да ги врши за клиентот книговодството на побарувањата, маркетингот, испитувања на пазарот, испитување на бонитетот на должникот, сите потребни известувања и предупредувања на должникот. Последново особено затоа што факторот е по правило фирма која се специјализирала за наплата на побарувањата и оттаму поседува поголемо искуство и поголема стручност што секако го намалува ризикот од ненаплата на побарувањето.

Понатаму, факторингот е честопати незаменливо средство на финансирање на мали и средни фирми. Ваквите фирми честопати имаат

проблем со ликвидноста и затоа не се способни да продаваат стоки или даваат услуги на кредит. Факторинг фирмите го прават токму тоа, го плаќаат долгот на должниците (купувачите односно корисниците на услугите) на клиентот - тој веднаш добива средства, а на факторот ќе го пренесе побарувањето кон споменатиот должник. Затоа и факторингот има мошне практични аспекти, особено ако се има предвид дека со добиените средства од преносот на побарувањето клиентот ги исплаќа од своите добавувачи (а од нив ја добива стоката поевтино). Големо е значењето на факторингот и кај сезонското производство односно нудење на услуги. Факторингот придонесува за висок степен на мобилност на капиталот и лесна адаптивност на малите и средни фирми што значајно ја намалува веројатноста од пропаѓање на малите и средни бизниси.

Меѓународните извори за уредување на факторингот се: UNIDROIT Конвенцијата за меѓународен Факторинг од Отава 1988 (UNIDROIT Convention on International Factoring), стапила во сила 1995; правилата на меѓународната асоцијација за факторинг; и правилата на синцирот за меѓународен факторинг.

Република Македонија ја нема ниту потпишано, ниту ратификувано Конвенцијата за меѓународен факторинг од Отава. Останатите извори на меѓународното деловно право претставуваат автономна трговска практика и како таква не подлежи на ратификација, туку се обврзувачки единствено за субјектите кои се членови на напред наведените асоцијации.

Како и да е, останува фактот дека меѓународниот факторинг претежно е заснован на општите услови на факторинг фирмите. Таквите општи услови се составен дел на договорот за факторинг дополнувајќи ги посебните спогодби помеѓу факторот и клиентот. Посматрано од овој аспект може да се заклучи дека ваквата практика ги става во предност факторинг фирмите создавајќи нерамноправен однос во деловните односи со што директно се кршат општите начела на македонското и меѓународното договорно право. Сепак, повнимателната анализа покажува дека факторот редовно обрнува големо внимание на кредитната способност на неговиот клиент. Исто така, факторинг фирмите покажуваат тенденција да склучуваат трајни договори за факторинг при што се изразува *intuitu personae* карактерот на договорот. Оттаму често конкретните договори имаат одредби кои отстапуваат од оние на општите услови на факторот. Тој факт повторно во прв план ги враќа слободата на договарањето и рамноправноста на страните.⁵⁶

56

Во Република Македонија нема посебен закон за факторинг, но тоа не значи дека нема правна рамка која го регулира факторингот. Факторингот таксативно се споменува во Законот за банките,⁵⁷ Законот за спречување на перење пари и други приноси од казниви дела и финансирање на тероризам,⁵⁸ Законот за девизното работење⁵⁹ и Законот за финансиските друштва.⁶⁰

Законот за банките, факторингот го спомнува во членот 2 точка 34. Имено, законодавецот под небанкарска финансиска институција подразбира правно лице кое не е банка, чија основна дејност се вршење на една или повеќе финансиски активности, меѓу кои е и факторингот. Исто така, во чл. 7 ст. 1 точка 2 и 3 од законот се предвидува дека банка може да ги врши и активностите кредитирање во земјата, вклучувајќи и факторинг и финансирање на комерцијални трансакции, како и кредитирање во странство, вклучувајќи и факторинг и финансирање на комерцијални трансакции. Законот за девизното работење во членот 2 став 22 како комерцијален кредит ги подразбира и факторингот. Законот за спречување на перење пари и други приноси од казниви дела и финансирање на тероризам, во чл. 2 ст. 5 алинеја 9, факторингот го споменува само кога ги набројува дејностите на финансиските институции.

За посебно нагласување е Законот за финансиски друштва кој, во чл. 3 точка 2 го дефинира факторингот како финансиска активност во која, врз основа на договор склучен во писмена форма, финансиското друштво (фактор) ги купува недостасаните побарувања на друго домашно или странско правно лице (доверител), со или без право на регрес. Притоа, во чл. 2 ст. 3 од законот се предвидува дека на договорите за факторинг се применуваат одредбите од Законот за облигационите односи, доколку со овој закон поинаку не е уредено. Инаку, согласно чл. 4 ст. 1 точка 3 од законот, факторингот се уредува како една од финансиските активности што може да ги врши финансиското друштво. Покрај ова, финансиското друштво може да врши и советување поврзано со факторингот како финансиска активност (чл. 4 ст. 2 точка 1 од законот).

Покрај во горе наведените закони, одредби за регулирање на факторингот според кои факторингот односно дејствијата - функциите на факторингот можат да се извршуваат се Законот за облигационите односи,⁶¹ Законот за трговските друштва,⁶² Законот за Народната Банка на

⁵⁷ Службен весник на РМ, бр. 67/07, 88/08, 88/08, 42/09, 90/09 и 67/10.

⁵⁸ Службен весник на РМ., бр. 04/08, 57/10 и 35/11.

⁵⁹ Службен весник на РМ, бр. 34/01, 49/01, 103/01, 32/03, 51/03, 81/08, 24/11 и 135/11.

⁶⁰ Службен весник на РМ, бр. 158/10 и 53/11.

⁶¹ Службен весник на РМ, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09.

Република Македонија,⁶³ Законот за преземање на акционерските друштва⁶⁴ и Законот за стечај.⁶⁵

Кога се имаат предвид споредбено правните искуства на земјите од опкружувањето со слична правна историја, договорот за факторинг е уреден во закон во Република Хрватска, Република Србија и Република Албанија. Во Хрватска во 2014 година е донесен посебен закон со кои се уредува оваа материја Закон за факторинг.⁶⁶ Со овој закон не се уредува единствено договорот за факторинг и правата и обврските на субјектите во работите на факторингот, туку и условите за основање, работење и престанок на работата на факторинг друштвата, начините и условите за прекугранично вршење на дејноста, известување, надзор над факторинг друштвата и управување со ризици. Исто така, Хрватската агенција за надзор на финансиски услуги во 2015 година донесе посебен Правилник за содржината на договорите за факторинг.⁶⁷ Во Србија посебните прописи за факторинг се донесени една година порано.⁶⁸ Со српскиот закон се уредуваат поимот и предметот на факторинг, учесниците во факторинг, условите и начинот за вршење на факторингот, видовите на факторинг, правата и обврските на учесниците во факторингот, договорот за факторинг, обратен факторинг и надзорот на вршењето на факторинг. Посебен закон за факторинг постои и во Албанија (Закон бр. 9630 од 10.10.2006 године).

Ако се имаат споредбените искуства и новите веќе спомнати закони за факторинг во Република Хрватска и во Република Србија се чини сепак дека поради заживување на оваа дејност а и создавање на посигурна правна рамка постои потреба и во Република Македонија да се донесе ваков закон.

⁶² Службен весник на РМ, бр. 28/04, 84/05, 71/06, 25/07, 87/08, 17/09, 23/09, 42/10, 48/10, 08/11, 21/11 и 24/11.

⁶³ Службен весник на РМ, бр. 158/10.

⁶⁴ Службен весник на РМ, бр. 04/02, 37/02, 36/07, 67/10 и 35/11.

⁶⁵ Службен весник на РМ, бр. 34/06, 126/06, 84/07, 03/08, 122/09 и 47/11.

⁶⁶ *Zakon o faktoringu (Narodne novine Republike Hrvatske, br. 94/14).*

⁶⁷ *Pravilnik o sadržaju ugovora o faktoringu (Narodne novine Republike Hrvatske, br. 16/15).*

⁶⁸ *Zakon o faktoringu (Службени гласник Републике Србије, бр. 62/13).*

3.2 Договор за форфетинг

Мислењето на авторите за потеклото на форфетингот⁶⁹ се разликува: дел од авторите сметаат дека настанал во 80-тите години на XX век во САД, а потоа се проширил на европското подрачје други сметаат дека форфетингот е производ на модерната европската банкарската пракса и дека настанал во Швајцарија, а потоа се проширил во меѓународните трансакции во САД, Јапонија, и Европа . Голем број од комерцијалните банки во Цирих, што имале многу богато искуство во финансирањето на меѓународната трговија, започнале да го користат овој метод, за да го финансираат купувањето жито во Западна Европа и Соединетите Американски Држави . За најважен пазар на форфетинг работи се смета Лондон. Работите во врска со користење на механизмот на форфетинг се јавуваат во неодамнешното минато, во услови кога конкуренцијата на пазарот и механизмите за поттикнување на продажбите што ги обезбедуваат владите и државните организации не можеле да задоволуваат или биле недоволни да ги побудат интересите на производителите и извозниците. Големите понуди на производителите –извозници на инвестициона опрема на меѓународниот пазар ги ставаат купувачите увозници во положба да бираат услови за најповолна понуда кои се атрактивни не само по тоа што нудат гаранции на квалитет динамика на роковите на испорака , туку и во однос на финансиските услови на плаќање. Купувачите увозници се повеќе се одлучуваат за заклучување на работи за увоз на инвестициона опрема со оние производители – извозници кои се во можност да обезбедат најдобри услови за плаќање. Во 1999 г. било основано здружението што се занимавало со форфетингот- „International forfeiting asociation“, коешто има 140 членови од цел свет. Форфетингот сè уште се наѓа на почетокот од неговиот развој, но постои огромен потенцијал за негов натамошен развој.

Дејноста на форфетинг е слична на дејноста на факторинг. Разликите се состојат во тоа што форфетингот се работи за побарувања во странство а факторингот најчесто за домашни и пократкорочни побарувања.Компанијата која извезла роба/производи го продава своето побарувања кон купувачот во странство на соодветна финансиска институција која се занимава со форфетинг, а тоа е најчесто деловна банка регистрирана за работи на форфетинг.Станува збор за долгорочни

⁶⁹ Зборот форфетинг потекнува од францускиот збор *”a forfait”*, односно германскиот збор *”forfaitirung”*, при што двете значат дека „производот“ се купува во целина, со однапред утврдена цена

побарувања кои се недоспеани, каде што целиот ризик за наплата на побарувањето преминува на купувачот на тоа побарување.

Форфетинг фирмата, најчесто банкарска организација, му исплатува на коминтентот определена сума намалена за провизијата и есконтната камата, а таа подоцна го наплаќа своето побарување од корисникот на опремата или градежниот објект. На ваков начин продавачот на опремата или изведувачот на градежните работи, всушност, побарувањата и го продаваат на банката и на тој начин брзо доаѓаат до готови средства во помал износ, но со можност да започнаваат нови деловни аранжмани, а банката подоцна врши наплата на побарувањето.

Во деловната практика, најчесто се врши форфетирање на увозот, односно извозот на следниве производи и услуги: производи (нафта, јаглен, ориз итн. Кај коишто рокот на форфетирање е од 90 денови до 18 месеци); услуги (технички услуги, одржување, рок на форфетирање од 190 денови до 3 години); технологија (софтвер, хардверот, со рок од 180 денови до 5 години); капитална опрема (машини, трактори, со рок на форфетирање од 2 до 7 години); постројки (електрични постројки, со рок од 3 до 7 години) и градежништво /проекти (болници, фабрики, аеродроми, со рок на форфетирањето од 3 до 7 години).

Договорот за форфетинг/форфетирање се смета за исклучително сложен трговски договор наместо за банкарски договор. Тоа е договор кој од една страна го склучуваат од една страна форфетерот –банка или друга финансиска организација а од друга страна нејзиниот комитент извозник. Со договорот коминтентот го пренесува своето недоспеано побарување кое го има спрема трето лице цесус должник на форфетерот во целина, а за возврат добива парични средства во номиналната вредност на побарувањето. Оваа номинална вредност секако е намалена за недоспеаните камати, трошоците на форфетерото за преносот и банкарската провизија, со што форфетерот нема право на регрес од коминтетнтот доколку не го наплати откупеното побарување. Побарувањето кое се пренесува цедира произлегува од договор со трајна престација кај кого рокот на доспеаност е 6 месеци или повеќе години. Се цедира само едно побарување, не повеќе, кое може да биде изразено во хартија од вредност меница или во пренослив документарен акредитив.

Форфетинг (анг. forfait discount, forfaiting) претставува договорен однос што се темели на особен вид на есконтно дело, кај кое едната страна форфетер банката или друга специјализирана финансиска организација за одредена цена презема недоспеани побарувања на својот клиент, кои ги има спрема трети лица со одрекување од правото на регрес кон клиентот во случаите кога откупеното побарување останува ненаплатено од страна на

третото лице , додека клиентот во замена, за возврат за пренесеното недоспеано побарување добива парични средства намалени за недоспеаните камати и дисконтот провизијата на банката и трошоците настанати при пренос на побарувањата. Специјализираната организација или банка која ги откупува побарувањата е форфетер и со превземање на побарувањата т.е. документите, го превзема ризикот на наплата на побарувањето. Во случај ова побарување да остане ненаплатено од страна на третото лице, форфетерот нема право на регрес односно со регресно барање да му се обрати на претходниот сопственик на побарувањето.

Ризици кои се јавуваат кај форфетерирањето можат да бидат исти како и при другите банкарски работи : политички ризик- тој настанува со воведување вонредни мерки на државата или политички инциденти, на пример, војни или цивилни немири; ризик на трансфер, што произлегува од неможноста или одбивањето државата или другите официјални институции да извршат плаќање во договорената валута или пак, прогласуваат мораториум; валутен ризик - ова е еден од најважните ризици што се јавува со променливиот бидејќи може да има ефект врз промената на вредноста на договорот и тоа за позначителен износ особено кога се конвертира во домашната валута на извозникот, така што и може да доведе до загуби за сопственикот на побарувањето; комерцијален ризик, што значи неспособност или неподготвеност на должникот, или гарантот да платат.

Договорот за форфетинг не е регулиран во споредбеното право, најнапред затоа што претставува резултат на банкарската и деловна практика. На него се применуваат правилата на автономното меѓународно трговско право, општите услови на работење, типски и формуларни договори како и соодветните норми на трговскот и облигационо право на земјата чие право би било меродавно за примена

Во текот на одвивање на работите на форфетинг, доаѓа до голем број на банкарски правни и финансиски односи со тоа што секој од овие односи има дејство само помеѓу лицата помеѓу кои односот настанал. Компанијата извозник склучува со банката договор за продажба на побарувањата од купувачот во странство, со цел веднаш по извршената испорака на робата да добие готовина неопходна за вршење на деловна активност. Компанијата извозник склучува со банката договор за продажба на побарувањата од купувачот во странство, со цел одма по извршената испорака на робата да добие готовина неопходна за вршење на деловна активност. Еден примерок на фактурата, во која задолжително се наведува дека плаќањето се врши на сметка на банката заедно со копиите на останатите документи кои ја пратат испораката и се доставаат на банката.

Преносот на побарувања се врши со договорна цесија, пренос на меница, пренос на акредитив пред да доспее побарувањето или со задолжница.

Во Република Македонија договорната цесија е уредена во ЗОО на Република Македонија⁷⁰. За меницата постои посебен Закон⁷¹. Акредитивот е исто така уреден во ЗОО⁷². Во 2012 година во Македонија беше донесе Закон за задолжница⁷³.

Банката за испорачената роба, кај договорот за форфетинг, ќе изврши уплата на сметка на извозникот, превземајќи дел од ризикот за наплата на побарувањата. На извозникот на неговата сметка банката ќе му плати износ што се добива кога од фактурираната вредност ќе се одземе: камата пресметана за период во кој банката го кредитира извозникот; договорните резерви за евентуални пропусти или враќање на робата и комисионата провизија која и припаѓа на банката за услуги на форфетинг.

Главна корист за продавачот е што едно побарување што доспева после неколку месеци или година дена, го наплатува денес и на тој начин ја зголемува ликвидноста, ја намалува потребата од обртни средства и ја зголемува можноста за поголемо производство и реализација. Со форфетингот од балансната позиција се отстрануваат побарувањата кон увозникот банкарските заеми и вонбалансната пасива затоа што извозникот со помош на оваа техника продажбата на кредит ја преобликува во готовинска продажба

Во изострената конкуренција на меѓународниот пазар, компании кои извезуваат стоки и потоа лесно можат да ги форфетираат на банките побарувањата за извезените стоки, се поконкурентни, во споредба со оние компании кои своите побарувања не се во можност да ги форфетираат.

Погодности за извозникот при форфетирањето се што : наплатата на побарувањето е веднаш штом на задоволувачки начин ќе се изврши испораката; се зголемува потенцијалот за задолжување; се отстранува можните загуби поради намалена ликвидност; се избегнува ризикот од растот на каматните стапки во иднина; се избегнува валутен ризик во случај кога продавачот извозникот продава во друга валута во однос на сопствената валута на тој начин што форфетинг организацијата ги отстранува сите ризици што произлегуваат од промена на девизниот курс; непостоењето на ризик од ненаплата на долговното побарување, на начин

⁷⁰ Види отстапување на побарување со договор чл.424-433

⁷¹ Службен Весник на Република Македонија 03/02 и 67/10

⁷² Види чл. 1111 -1121

⁷³ Службен Весник на Република Македонија 59/12, 12/14 и 201/14

што без оглед на должината на траење на кредит производителот извозник е лишен од ризик на лош должник во моментот кога форфетинг трансакцијата е завршена;се избегнува задолжително полагање на сопствено учество како и потреба да се поднесат трошоци на скапи премии на осигурување на извоз од комерцијални и политички ризици; документацијата е поедноставна и постапката за добивање на потребна документација е побрза на пример во однос на меницата која може да се користи како кредитен инструмент во форфетинг механизмот и која му дава право на имателот на правото на наплата на побарувањето во рокот;не се бара кредитно осигурување;цената на финансирање е фиксна; нема потреба производно извозната организација да организира сопствена служба за наплата на побарувањата и водење на судски спорови

Погодности за увозникот се што : со користење на форфетинг механизмот се пружа можност за купување и увоз на најсовремената опрема и технологија на кредит за кои до моментот на заклучување на купопродажниот договор и испораката на инвестиционата опрема не мора да располага со доволно финансиски средства, односно и ако располагаат со финансиски средства да можат да ги ангажираат за цели кои ќе им донесат поголема добивка; форфетингот му овозможува на купувачот – увозникот враќање на кредит по фиксна утврдена каматна стапка; продажбата на опрема и производи кои се испорачуваат од повеќе извори може да се заклучи по основа на само еден договор и на тој начин купувачот да се ослободи од ограничувањата кои ги наметнуваат разни владини кредитно осигурителни агенции и организации;

Оваа банкарска работа е многу раширена во развиените пазарни економии.Во тие земји постои и секундарен пазар на хартии од вредност , каде што банките –форфетери ,ги препродаваат откупените меници. Најпознат секундарен пазар за форфетинг како што беше спомнато е во Лондон.

Иако дел од банките во Република Македонија го практикуваат форфертирањето под различни имиња се чини дека де lege ferenda е потребно да се предвиди правно вообликува форфертирањето во рамките на банкарското законодавство. Во исто време се чини потребно банките и финансиските институции да се запознаат со предностите на овој вид на договор и да направат „продукт“ кои преку соодветен маркетинг и консултански договори ќе им го објаснат на своите клиенти.

3.3 Договорот за франшиза⁷⁴

Франшизингот⁷⁵ како начин на водење на бизнис и договорот за франшиза⁷⁶ како предуслов за отпочнување на овој вид на дејност, се особено интересни во услови на економија со мали капитали, висока стапка на невработеност, доминација на мали и средни претпријатија, економии што немаат доволно потенцијал за вложувања во истражување и развој, за развивање на одделни дизајнерски и маркетинг одделенија.

Во повеќето европски земји договорот за франшиза е неименуван договор на автономно трговско право, и тој не се уредува со посебни правила туку на него се применуваат општите начела на облигационото право. Како извори за уредување се користат општите услови на франшизинг компаниите, нивните типски и формуларни договори, диспозитивните норми на граѓанското и трговското право, општите

⁷⁴ За правната рамка на овој договор, литература поврзана со франшизингот и договорот за франшиза најдетални податоци видете кај Ненад Гавриловиќ Споредбеноправни аспекти на договорот за, докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2011

⁷⁵ Зборот франшиза - “franchise” потекнува од норманско-францускиот збор “franchise” која пак е изведен од зборот “frank” и значи слободен човек, човек слободен нешто да прави. Според The Random House Dictionary of English Language, Random House, New York, 1973, зборот franc потекнува од зборот “Frank” со кој се означувале припадниците на германските племиња, а особено Салијските Франци кои ја освоиле Галија околу 500 година. Во Галија која била под Франците единствено тие како освојувачи имале потполна слобода, како и оние кои што биле под нивна заштита. Во англискиот јазик пак зборот “frank” означува ослободување од обврски, од ограничување, и се користи дури и за искреност. Во средниот век со зборот франшиза се означувало кралска привилегија или право. Во тие денови локалните владетели или господари издавале дозволи за стопанисување со пазарите и панаѓуриите, раководење со локалниот превоз или за лов на нивната земја. Ова право се манифестирало во два вида права на монархот: ex iure imperii со кое може сам да се користи пред да го пренесе на друг субјект и правото на суверенот што можело да се користи дури откако ќе биде пренесено (панаѓури и саеми). Титуларот на франшизата имал обврска да ги спречи третите лица во вршење на таа дејност. Овој концепт се проширил на доделување франшиза за секаков вид на комерцијални активности како градење на патишта, варење на пиво и др. Од овие кралски франшизи потекнуваат „јавно правните франшизи“ (public sector franchises) во англосаксонските земји што треба да се разликуваат од приватноправните франшизи. Тие се издначуваат со поимот на концесија.

⁷⁶ Историски појавата на франшизингот и договорите за франшиза се бараат многу далеку, векови пред нашата ера, кога во Кина и Јапонија се забележани некои зачетоци на модифициран деловен бизнис, пренесување на искуството од страна на работодавачот и можност со стекнатите знаења да се отвори сопствен бизнис. Во тој период, 200 години пред нашата ера, имаме силна економска нестабилност, голем степен на невработеност, луѓе со тешко стекнат мал капитал што сакале да го вложат во сигурен бизнис. Тоа било најлесно под окото и закрилата на патронот, со свој почетен капитал и одвојување на дел од заработката за патронот што го пренел знаењето, па бизнисот успеал и тоа биле зачетоците на франшизата. Mai Toi (закуп на маса) бил договор за водење на гостилници. Во Јапонија пак постоел Norenkaï систем, по кој работникот што бил вработен можел да отвори независна деловна единица ако му плати на поранешниот работодавец.

трговски обичаи како и судската и арбитражна практика. Поради сето ова договорот за франшизинг е многу комплексен и сложен.

Посебни правила за овој договор можат да се сретнат во САД, Канада, Јапонија, а на меѓународен план во областа на уредување на франшизингот двата најзначајни акти на новото автономно трговско право ги изработиле правните експерти во рамките на UNIDROIT, а тоа се Водичот за меѓународни мастер франшизни аранжмани - Guide to International Master Franchise Arrangements од 1998 год. со ревизија во 2007 год. и Модел законот за обврската за преддоговорно известување кај договорот за франшиза - Model Franchise Disclosure Law од 2002. год. Покрај овие како помош на учесниците во деловни односи Меѓународната трговска комора од Париз (ICC) донела 2000 год. Типски меѓународен договор за франшизинг како сет еднообразни правила со кои треба да се компензира недостатокот на национални облигационо-правни диспозитивни правни норми со кои се регулираат обврските од меѓународните договори за франшиза. Во овие рамки мора да се спомене Европскиот етички кодекс за франшизинг, што се јавува како основен извор за уредување на правата и обврските на договорните страни во договорите за франшизинг што се склучуваат на територија на Европа или чиј страни се компании регистрирани во земји на територија на Европа.

Во споредбеното право на земјите на опкружувањето правила за франшизингот се содржани во Граѓанскиот законик на Албанија. И во Република Србија се планира договорот за франшиза да се уреди во граѓанската кодификација. Во Република Хрватска за прв пат договорот за франшизинг е вграден во правниот систем со поранешниот Закон за трговија⁷⁷. Меѓутоа според оценките на теоретичарите тој беше непотполно уреден, и деловната практика е таа која ги востановува поединечните елементи на договорот за франшизинг⁷⁸. Во членот 21 од Законот за трговија на Република Хрватска се дефинираше што се отстапува со договорот за франшизинг, меѓутоа не се дефинираа состојките на договорот за франшизинг, ниту имаше обид да се дефинира франшизинг дејноста. Членот 21 гласеше: Со договорот за франшизинг давателот на франшизата - производителот, трговецот на големо и компанијата која развила успешен облик на услужна дејност отстапува за финансиски надомест на примателот на франшиза трговецот на мало или компанијата за услужна дејност право на употреба на франшизата поради продажба на одредени видови на стока и или услуги.

⁷⁷ Zakon o trgovini, pročišćeni tekst, Narodne Novine, br. 49/03.

⁷⁸ Види повеќе: Aleksandar Erceg, Pravna osnova franshize, Centar za franšizu Centra za poduzetništvo, Osijek.

Во правниот систем на Република Хрватска правни норми за договорот за франшиза/франшизинг беа содржани и во Законот за заштита на пазарната конкуренција⁷⁹, со кој се предвидуваше обврска за поднесување на Агенцијата за заштита на пазарната конкуренција на договорот за франшиза во рок од 30 дена од денот кога договорот е склучен. Оваа обврска престанува да се применува со стапување во сила на Законот за пазарна конкуренција на Република Хрватска од 2003 година којшто не ја содржи наведената обврска, односно со новиот закон од 2009 година. Според решението од последниов договорот за франшиза спаѓа во оние договори, што содржат определени ограничувања, но тие спогодби не се сметаат за забранети (член 10 од Законот за заштита на пазарна конкуренција)⁸⁰. Меѓутоа согласно став 4 од членот 11 на овој Закон, Агенцијата може да покрене постапка за оценување на одделен договор, па така и за договорите за франшиза, ако ефектите на тој договор, самостојно или кумулативно со слични договори не ги исполнуваат на меродавниот пазар условите за изземање. Поради фактот што франшизниот модел на работење ги користи и економските функции на заштитната трговска марка (жигот) - гаранција, промоција, конкурентност, реклама, франшизното работење подлежи и на примена на Законот за жиг (трговска марка)⁸¹.

Во Република Македонија франшизингот како дејност и договорот за франшиза не се уредени со посебен закон. Франшизингот се споменува во Уредбата за изземање на вертикалните договори за исклучиво право на дистрибуција, селективно право на дистрибуција и исклучиво право на купување и франшизинг⁸² на Владата на Република Македонија.

Договорите за франшиза во Уредбата се опишани како вертикални договори со кои едно претпријатие, давател на франшиза, му доделува на друго претпријатие, примател на франшизата, во замена на директен или индиректен паричен надомест, право на користење на франшиза, односно пакет на права од интелектуална сопственост со цел маркетинг на специфични видови стоки и/или услуги и за препродажба на стоки или обезбедување услуги за крајните потрошувачи (член 3 (2) д. од Уредбата).

Една од главните идеи на концептот на франшизинг е „,класирањето“ на веројатно „испробан и тестиран“ производ или услуга“. Вообичаено, франшизингот се дефинира систем на дистрибуирање добра или услуги што има три дистинктивни карактеристики: (1) едната страна

⁷⁹ Член 12 од овој закон, Narodne Novine, бр. 48/95; 52/97; 89/98.

⁸⁰ Narodne Novine, бр. 79/09.

⁸¹ Narodne Novine, бр. 173/03.

⁸² Законската основа со која се регулира групното изземање на определени вертикални договори во Република Македонија е Законот за заштита на конкуренцијата Сл. Весник на РМ бр.4/2005, 70/2006 и 22/2007.

(франшизорот) доделува на другата страна (франшизатот) право да дистрибуира или продава определени добра или услуги; (2) франшизатот се согласува да ја врши деловната активност согласно со маркетинг планот суштествено препишан од франшизорот; и (3) франшизатот ја врши својата деловна активност суштествено под трговската марка или трговското име што се во сопственост на франшизорот. Во теоријата, на франшизингот се гледа како на хибридна организациона форма. Ова од причина што франшизингот му овозможува на франшизингот да задржи определено ниво на контрола врз начинот на кој франшизатите ја вршат деловната активност (од една страна), додека договорниот однос во кој се стапува претставува контрахирање со независни деловни субјекти (ваквото разгледување се врши од аспект на теоријата на агентура за која ќе се говори подолу во текстот). На франшизингот треба да гледа како на систем што се состои од повеќе нивоа⁸³.

Статистиката покажува дека постои експанзија на оваа дејност во светот: се смета дека само во САД повеќе од 550.000 деловни единици работат по систем на франшиза, дека преку тој системот на франшиза се остварува годишна продажба вредна повеќе од 1.5 трилиони долари; во Австралија бројот на франшизните деловни единици е 26.000, со годишен промет од 43 милијарди долари; во Европа во текот на 2003 година работеле околу 3.700 даватели на франшиза на преку 145.000 локации со остварен промет од 75 милијарди евра; од земјите во транзиција на врвот е Унгарија со 400 франшизни синџири, од кои 50% се домашни, потоа следат Полска и Словенија со околу 120 франшизи, во Хрватска има над 120 даватели на франшиза од кои 30 се домашни. франшизингот во последните децении се проширил на повеќе стопански области и сега овој начин на работење е присутен не само во автомобилската индустрија и сервисирањето, производството и продажбата на храна (пекари, слаткарници, пицерији), во угостителството (ресторани за брза храна), во хотелиерството, малопродажното и големопродажно тргување, туку и во книговодството, огласувањето, стоматолошките и медицински услуги, осигурувањето, фотографирањето, фотокопирањето, пакувањето, транспортните услуги, перењето, хемиското чистење, чистењето, аптекарство, трговија со недвижности и др.⁸⁴

⁸³ Јадранка Дабовиќ-Анастасовска, Горан Коевски, Валентин Пепељугоски, Ненад Гавриловиќ, *Договори на автономната трговска практика Правен Факултет „Јустинијан Први“ Графотисок, Скопје, 2012 стр.54*

⁸⁴ Статистиката проценува дека секој шест и пол минути во светот се отвора нова франшиза, додека во САД тоа се случува на осум минути со работа започнува нова франшизна локација. “McDonald's”, “Subway”, “Ford Motor Company” и “Coca-Cola” освен што се

Франшизингот често се комбинира со лизингот, кога оној што врши пренос на знаењето и искуството, трговските марки и слично на примателот му дава на користење /продава и определена опрема делеовен простор за да ја врши таа дејност.

Што се однесува до интересите на франшизатот, најбитните очекувања на франшизатите се повратот на инвестицијата, добивањето тренинг и останувањето само свој газда. Еден од суштествените интереси на франшизатот е да биде достатно информиран за елементите на системот на франшиза во текот на предоговорната фаза. При одлучувањето за стапување во франшизен однос, потенцијалниот франшизат не треба (само(!)) да одлучи дали воопшто да отпочне со определена деловна активност (како секое лице кое сака да почне да се бави со определен бизнис), туку треба да процени дали земањето франшиза е во негов личен интерес и дали може да се носи со таквиот предизвик. Преку франшизингот, франшизатот станува сам свој газда, но е ограничен од содржината на франшизинг пакетот во конкретното ефектуирање на неговата деловна активност. Тој е самовработен (eng. *self-employed*), но обемот на неговите дискрециони овластувања поврзани со начинот на вршење на деловната активност е ограничен, имајќи ја предвид содржината на франшизинг пакетот.

Идејата на давањето предоговорни информации е да се спречат нечесните практики применувани од страна на франшизорите. Така, на пр, според Модел законот на UNIDROIT, франшизорот мора да му достави на потенцијалниот франшизат документ за обелоденување и тоа најмалку четиринаесет дена, било пред денот на (A) потпишувањето, од страна на потенцијалниот франшизат, на било која спогодба во врска со франшизата, со исклучок на спогодбите во врска со доверливоста на информации што се дадени или ќе бидат дадени од страна на франшизорот; било пред денот на (B) плаќање на франшизорот или со него поврзаното лице, од страна на потенцијалниот франшизат, на било која сума во врска со стекнувањето франшизата што е неповратно или чие враќање се врши под такви услови што сумата ја прават неповратна, со исклучок на обезбедувањето (гаранција или депозит) дадено при склучувањето спогодба за доверливост. Кон документот за обелоденување мора да биде приложен и предложениот договор за франшиза. Најчеста правна последица од неисполнувањето на

успешни светски компании ги поврзува уште една нишка - тие сите се франшизи. Своего име и начин на работа овие фирми им го изнајмиле на приватни претприемачи под услов да работат по строго определени правила. Заради таквиот начин на работење рестораните за брза храна "McDonald's" можат да се најдат насекаде во светот.

обврската за обелоденување на потребните податоци е можноста франшизатот да бара поништување на договорот за франшиза.⁸⁵

Еден од најчестите елементи на франшизинг пакетот се правата од интелектуална сопственост. Повеќе од јасно е дека, кога франшизата содржи права од интелектуална сопственост, трговските марки се најбитниот дел од франшизата. Инаку, регистрацијата на трговската марка, како право од индустриска сопственост, е *conditio sine qua non* за нејзиното вклучување во франшизинг. Соодветна улога во франшизинг пакетот може да има и индустрискиот дизајн. Инаку, индустрискиот дизајн, иако практично почесто може да биде дел од франшизинг пакетот отколку патентот, ретко се споменува изречно во законодавството. Своја улога во франшизинг пакетот може да има и авторското право. Авторското право има најзначајна улога при користењето на прирачниците на франшизорот и на неговите промотивни материјали.

Франшизантот и франшизерот меѓусебно се правно и финансиски независни претприемачи. Франшизатот ги вложува своите пари и труд во „операцијата“ и е независен претприемач во статусно-правна смисла на зборот.

Откако франшизатот ќе ја отпочне својата операција, франшизерот мора и понатаму да се грижи за него. Заради зачувување на деловниот углед на франшизинг мрежата суштинско барање е да се обезбеди придржување на сите усвоени стандардни на системот. Понатака, франшизерот мора да се грижи за успешното работење на франшизатот и поради приходите што се остваруваат како процент од приходот на франшизатот, како и за угледот на системот и наоѓање на нови франшизати, кои ќе создаваат приходи и ќе придонесуваат за угледот на системот. Исто така, неопходно е постојано да се унапредува системот за да се биде барем еден чекор пред конкуренцијата. Овие аспекти бараат: трајна контрола над работата на франшизатот; трајна помош на франшизатот; трајна размена на информации помеѓу членовите на мрежата; можност за измена (прилагодување, осовременување) на системот „во од“ врз основа на овластување што франшизерот договорно го задржува.

Користа која се добива со членство во мрежата секако мора да се плаќа и тоа најчесто како цена за влез во системот (почетен надомест) и

⁸⁵ Ненад Гавриловиќ Споредбеноправни аспекти на договорот за, докторска дисертација, Правен факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2011, стр. 144-172.

траен (периодичен) надомест којшто често се пресметува како бруто приходот кој франшизатот ќе го оствари.⁸⁶

Зошто ние сметаме дека договорот за франшиза претставува начин на алтернативно финансирање на мали и средни компании? Во случајот кога станува збор за договорот за франшиза, а такви можат да бидат и други договори од автономната трговска практика договорот за лиценца, консалтинг инженеринг и слично не станува збор за алтернативно финансирање со условно речено свеж паричен капитал туку со тргување со нематеријални добра кои се јавуваат како силен поттик за успешните бизниси. При изградбата на успешен сопствен деловен потфат, трговецот се здобива со непроценливо искуство и големо знаење. Ваквото знаење може да се однесува на било кој од аспектите на деловниот потфат, од водењето на деловните книги, преку декорирањето на деловните простории или техниката и временската рамка на набавка на потребните суровини па сè до специфичниот и препознатлив љубезен однос со муштериите. Деловниот потфат, со време, добива и свои посебни симболи. Тоа може да биде називот на трговскиот субјект, некој друг трговски знак, па дури и заштитениот знак во облик на трговска марка. Ваквите знаци почнуваат да предизвикуваат асоцијативност кај потрошувачите, па тие се повеќе го врзуваат знакот за производот или услугата што трговецот ги нуди. На ваков начин деловниот потфат на трговецот станува дистинктивен. Притоа, дистинктивноста се препознава не само во очите на муштериите туку и во очите на конкуренцијата и сродните дејности. Лицето што има желба да ја врши дејноста со која се занимава носителот на еден успешен деловен потфат има две можности: или самиот да го изоди патот на носителот на успешниот бизнис и самиот да развие сопствен модел, или да го „купи“ деловниот потфат од него. При вршењето на проста cost-benefit анализа, „свежиот“ бизнисмен (најчесто, а секако не секогаш) ќе се одлучи за втората опција. Логиката на „свежиот“ трговец е јасна: зошто да вложува пари во проекти што можат да се покажат како неуспешни, кога парите може да ги искористи за „купување“ модел што веќе се покажал како успешен. Франшизингот е резултат на конвергенција на интересите на носителот на успешен деловен потфат и трговецот кој има желба да ја ползува методологијата на функционирање на деловниот потфат на успешниот трговец. Кога носителот на деловниот потфат се појавува на пазарот и како понудувач на неговиот метод на вршење деловна активност, а проспективниот трговец како заинтересирано лице за добивање франшиза што ќе му овозможи овој метод да го имплементира во неговиот деловен потфат.

⁸⁶ Види повеќе: Milan S Parivodić, Pravo međunarodnog franšizinga, Službeni Glasnik, Beograd, 2003, str. 30-33 и др.

II . Заклучни согледувања

Можеме да заклучиме дека современите услови на стопанисување во новата економија, која уште се нарекува и економија на знаење и бара паметно одржливо и инклузивно трошење на ресурсите, при состојбата на подолго траење на економската криза во глобални рамки, при постоење на проблеми за наплатливост и обезбедување на сопствените побарувања на компаниите, претставуваат поволна клима за доминација на мали и средни компании и развој на алтернативните начини за финансирање на бизнисите.

Финансирањето на компаниите најчесто е поврзано со самофинансирање сопствени вложувања или пак добивање на финансии со кредитирања поврзани со банкарските и финансиски институции и друштва. Иновациите во банкарските услуги, е-банкарството, мобилното банкарство; новините во потрошувачкото право и поголемата заштита на потрошувачите при нудење на одредени банкарски услуги; доведоа до создавањето на нови банкарски „продукти“ или преземање на „определени нови практики“ од компаративно поразвиените земји во рамките на банкарски и финансиски сектори, што не се типично банкарски услуги а ова наметнува потреба од создавање на нова правна рамка и во банкарскиот сектор. Покрај класичните банкарски дејности, како што се работите во врска со платниот промет, депозитните и кредитните работи се појавуваат нови форми на финансиски не типични банкарски дејности, кои се одвиваат преку склучување на нови видови на договори, што пак на директен или индиректен начин ја збогатуваат современата банкарска пракса. Меѓу новите видови на дејности се : факторингот, форфетингот, финансискиот лизинг, франшизингот, консалтингот и др. За да се вршат овие дејности се склучуваат договори преку кои што се вршат овие дејности тоа се : договор за факторинг, договор за форфетинг, договор за финансиски лизинг и договор за франшиза⁸⁷.

Кога станува збор за договорите лизинг, факторинг, форфеитинг и франшиза јасно е дека како неименувани или договори на автономната трговска парактика тие се уредени со трговските обичаи, трговската

⁸⁷ Тука би споменале дека дел од банките својата успешна приказна ја спроведуваат преку франшизинг системи и договори за франшиза. Во 1990 година во САД FIRST INTEREST BANK од Лос Анџелес дава 28 франшизи со 90 различни седишта во 8 Федерални држави. Таа има 40 милијарди долари приход. Банките имаат право да настапуваат под името FIRST INTEREST BANK, користат реклами, обуки на менаџментот и деловни совети пристап до банкомати а ја задржуваат сопственичката структура Секако јасно е дека банките и на други начини ја потпомагаат франшизинг дејноста со тоа што даваат поповолни кредитни линии за бизниси кои веќе се покажале како успешни.

практика, општите услови на работење на банките и финансиските организации, формуларните (типски анхезиони) договори, правните и деловни стандарди, меѓународните унифицирани правила. Меѓутоа споредбено правната анализа укажува дека во одделни национални законодавства дел од овие договори станале именувани и добиле своја законска рамка. Наш заклучок е дека правното уредување на овие договори често преку уредувањето на дејноста доведува до популаризација на овие дејности и до почесто користење во практиката на самите договори.

Исправени пред дилемата за инкорпорирање на неименуваните договори на автономната трговска практика во ГЗРМ, сметаме дека доколку се издвојат договорните одредби од одредбите за уредување на определени дејности можеби тоа ќе доведе до поголема деверзификација на законодавството отколку до унификација⁸⁸. Секако, доколку практичарите сметаат дека ова ќе им помогне во почесто користење на договорите и помал број на спорови законодавецот и правната теорија остануваат отворени и за различни решенија.

Следењето на меѓународните стандарди и споредбено правните искуства можат да помогнат во изнаоѓање на нови решенија и вообличување на правната рамка на договорите кои служат за алтернативно финансирање. Меѓутоа популаризацијата и развивањето на овие дејности и договорите кои служат за вршење на дејностите во практиката, треба да се афирмираат и преку постојана едукација⁸⁹ на раководните структури на компаниите менаџерите и вработените за можностите што се нудат, како и со создавање на алатки во вид печатени и електронски брошури, водичи за преговарање за вакви договори, водичи за позитивните, негативните страни на ваквиот вид на финансирање, модели на договори, судска практика и сл.

⁸⁸ Дабовиќ Анастасовска Јадранка, Коевски Горан, Гавриловиќ Ненад,, Именоване и неименованe уговорне облигације у пројекту граѓанске кодификације Републике Македоније“, „Право и привреда“ бр. 1-3, односно бр.4-6 и бр. 7-9/2015. године.Београд

⁸⁹ Како позитивен пример би ги истакнале обуките на АБИТ- Академијата за банкарство и информатички технологии, која организира работилници и семинари на оваа тема за банкарскиот и финансиски сектор во Република Македонија

КОНЗОРЦИУМ -ПОИМ, ПРАВНА ПРИРОДА, ВИДОВИ, ПРЕДНОСТИ И СЛАБОСТИ –

УДК: 334.752.012.32/33

Original research paper

Вовед

Во Законот за концесии и јавно приватно партнерство², помеѓу другото, се уредуваат доделувањето на концесија на добра од општ интерес и договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство³, односно се промовира и се овозможува приватната иницијатива во финансирањето на јавните услуги.⁴

Според дефинициите дадени во членот 4, став (2) од ЗКЈПП, под „приватен партнер“ се подразбираат домашно или странско правно или физичко лице или *конзорциум* со кого јавниот партнер склучува договор за воспоставување на јавно приватно партнерство, или кој за таа цел основа друштво за посебна намена“.⁵ Како концесионер може да се јават „(...) домашно или странско правно или физичко лице или *конзорциум* со кого се склучува договор за концесија на добра од општ интерес или кој за таа цел основа друштво за посебна намена“.⁶ Со оглед дека во дефинициите на двапати се споменува терминот „конзорциум“ законодавецот го дефинира и овој поим како „(...) група на економски оператори кои заеднички поднесуваат понуда или барање за учество, без притоа да претставуваат посебна правна форма“.⁷

Очигледно е дека македонскиот законодавец во овој член е експлицитен во поглед на организационо-правната структура на

¹Редовен професор на Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, Република Македонија

² Види: Закон за концесии и јавно приватно партнерство (“Службен весник на Република Македонија” број 6/12, 144/14, 33/15 и 104/15 – во понатамошниот текст: „ЗКЈПП“).

³ Види: член 1 од ЗКЈПП.

⁴ Види: член 2 од ЗКЈПП.

⁵ Види: член 4, став (2), точка 7 од ЗКЈПП.

⁶ Види: член 4, став (2), точка 8 од ЗКЈПП.

⁷ Види: член 4, став (2), точка 15 од ЗКЈПП.

конзорциумот. Се работи за исклучиво договорна форма, а не за еден од видовите на трговски друштва предвидени со Законот за трговските друштва.⁸

Но, ако се погледне член 12 од ЗКПП во кој се уредува тнр. „друштво за посебна намена (ДПН)“ ова друштво може да учествува единствено во реализација на јавно приватно партнерство или концесија заради која е основано. Според регулата содржана во ставот (3) од овој член, „(...) јавниот партнер или концедентот со одлуката за започнување на постапката и во тендерската документација може да определи правното лице или *конзорциумот* кој е избран за најповолен понудувач да основа правно лице со седиште во Република Македонија, кое како приватен партнер или како концесионер ќе го склучи договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство, или договорот за концесија на добра од општ интерес“. Во овој случај, „(...) во тендерската документација ќе се определи формата на правното лице (приватен партнер или концесионер), висината на капиталот, обврските на најповолниот понудувач во врска со неговото основање, како и другите односи меѓу најповолниот понудувач, правното лице - приватен партнер или концесионер и јавниот партнер или концедент.“⁹ Според ова, законодавецот ја дозволил можноста да се основа правно лице со седиште во Република Македонија и од страна на конзорциумот, но исклучиво како меѓу-форма, со цел да се склучи договор за воспоставување на јавно приватно партнерство или договор за концесија на добра од општ интерес.

Поради сето погоре, во овој труд би сакале подетално да го елаборираме концептот на конзорциумот како начин на здружување на деловни субјекти, неговите појавни облици и нивните респективни карактеристики, како и кои правни форми се расположиви за работење на конзорциум согласно македонското позитивно право.

Конзорциумот во теоријата и споредбената практика

1. Поим на конзорциумот

Конзорциум е здружение на повеќе трговски и/или други субјекти (трговски друштва, банки и други) кои меѓусебно го уредуваат справувањето со ризик и поделбата на добивката, но и покрај здружувањето, целосно го задржуваат својот независен правен субјективитет.

⁸ Види: Закон за трговските друштва, “Службен весник на Република Македонија” број 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/10, 48/10, 24/11, 166/12, 70/13, 119/13, 120/13, 187/13, 38/14, 41/14 и 138/14 – во понатамошниот текст: „ЗТД“.

⁹ Види: член 12, став (4) од ЗКПП.

Поради полесно разбирање на работите, треба да се прави разлика помеѓу конзорциумски потфат и договор за конзорциум. Додека конзорциумскиот потфат е екстерната деловна работа (на пример, договор за концесија или воспоставување на друг вид на јавно приватно партнерство) за која конкурира конзорциумот, договорот за конзорциум, од друга страна, е правниот инструмент за создавање на конзорциумот кој ги уредува интерните односи помеѓу неговите членки.

Конзорциумските работи, по правило, се доделуваат на јавен повик или лицитации, поради неможноста или големиот ризик за членките на конзорциумот самостојно да ги вршат сите работи предвидени со повикот или лицитацијата.

2. Договор за конзорциум

Со договорот за конзорциум, по правило не се создава нов субјект, туку се работи за договорна деловна групација создадена за остварување на големи инвестициски потфати – изградба на автопатишта, хидроцентрали, нафтоводи и други изведувачки работи, но може да се јави и како конзорциум на банки за давање на заеми¹⁰ или, пак, за учество во истражувачко-иновативни проекти во рамките на Европската Унија.¹¹ Токму поради тоа, конзорциумот се јавува како *ad hoc* организирање за конкретен конзорциумски потфат.¹²

Под поимот на договор за конзорциум вообичаено се подразбира вид на временски ограничен договорен однос на правно и деловно независни и самостојни, најчесто трговски но не и неопходно субјекти, кој се воспоставува заради заедничко извршување на еден проект или работа и, секако, во заеднички интерес. Се работи за вид на кооперативен интеграциски процес на здружување на субјекти кој првенствено се фундира на договорна основа, иако во практиката може да се јави и во облик на правно лице.

Со договорот за конзорциум се уредуваат правата и обврските на секоја членка во извршувањето на конзорциумскиот потфат, а особено

¹⁰ Види: Barbić Dr. Jakša, „Pravo društva, Knjiga treća, Društva osoba“, Organizator, Zagreb, 2002, стр. 184-243.

¹¹ Види, на пример: <http://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/area/smes> за конзорциуми во рамки на Програмата на Унијата „Хоризонт 2020“.

¹² За конзорциумот како форма на поврзување на самостојни трговци, види повеќе: Barbić Dr. Jakša, Ibid, Vasiljević d-r Mirko, „Poslovno pravo (osmo izdanje)“, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, стр. 369-370, Čović d-r Šefkija, „Poslovno pravo (Company Law)“ Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2003, стр. 365-366 и Keresteš doc. dr. sc. Tomaž, Konzorcijski ugovor u privrednoj praksi, Zbornik radova, Jedanaesto međunarodno savjetovanje, Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, Neum, 21., 22. i 23. Lipnja 2013. godine, Mostar 2013, str. 21-32.

одговорноста на индивидуалните членки на конзорциумот при извршувањето на потфатот кон нарачателот (квалитетот, солидарноста и роковите за извршување на работите по фази и друго).

3. Нормативно уредување на договорот за конзорциум

Што се однесува до нормативното уредување на договорот за конзорциум, во споредбеното право се среќаваат три пристапи:

- Договорот се уредува со закон, односно договорот за конзорциум се смета за именуван договор. Главен пример за овој пристап е италијанскиот *Codice Civile* (членови 2602-2620) каде посебно се уредува конзорциумот (*conzorzi*) како посебен вид на соработка (*contrato normativo*). Покрај како договорен облик на соработка, во италијанското право конзорциумот може да се јави и како посебно правно лице кое се нарекува *consorzio società*, кога правните односи помеѓу членовите се уредуваат согласно правилата на правото на трговски друштва.

- Во одредени национални правни системи (каков што е и македонскиот) само „патемно“ се споменува конзорциумот, без давање на соодветен нормативен облик на организационата структура на конзорциумот и, конечно,

- Договорот воопшто не се споменува во националната позитивно-правна рамка, односно се смета за договор на автономната трговска практика и се остава на уредување преку општите правила на граѓанското договорно право и првенствено преку автономноста на волји на договорните страни.

4. Елементи на договорот за конзорциум

Што се однесува до елементите на договорот, доколку се прифати ставот дека се работи за договор на автономната трговска практика, не може да се прави разлика помеѓу елементи битни по закон (објективни) и битни по волја на договорните страни (субјективни) кои елементи ги среќаваме кај номинираните договори. Сепак, при анализата на постојните автономни договори за конзорциум од практиката би можело да се заклучи дека како негови главни елементи (целосно субјективни по волја на договорните страни) би се сметале постигнувањето на одредена цел и начинот на соработка помеѓу членовите во постигнувањето на таа цел.¹³

¹³ Види: Keresteš, Op. cit. стр. 25.

5. Внатрешни односи помеѓу членовите

Внатрешните односи помеѓу членките на конзорциумот по својата природа се *inter alios acta* во однос кон нарачателот. Членките на конзорциумот, најчесто, се неограничено и солидарно одговорни кон нарачателот на потфатот. Ваквата солидарна одговорност претпоставува дека секоја членка на конзорциумот не одговара само за својот дел од преземените работи, туку и за работата на останатите членки. Неограничената и солидарна одговорност на членките е всушност најдобрата гаранција кон нарачателот за успешно и квалитетно извршување на конзорциумскиот потфат.

Поделбата на обврските и работите внатре во конзорциумот најчесто се врши по критериумот на сразмерност на вредноста на учеството на секоја членка на конзорциумот во целата работа.

За да се избегне пролиферацијата на мноштво склучени договори помеѓу нарачателот на одредена инвестициска работа од една, и секоја членка на конзорциумот поединечно, од друга страна, со договорот за создавање на конзорциум, најчесто на една членка и се дава водечка (лидерска) улога на полномошник - пилот друштво, така што ова друштво ги застапува интересите на конзорциумот пред нарачателот и во име и за сметка на останатите членки на конзорциумот ги застапува во извршувањето на договорниот потфат. Токму поради таквата улога на координатор на друштвото – пилот во односите помеѓу членовите на конзорциумот, тоа има право на посебен надомест.

6. Терминолошки дилеми поврзани со конзорциумот

Во практиката се среќаваат различни називи за конзорционото поврзување на пригодните друштва: *Gelegenheitsgesellschaft*, *Konsortium*, *Pool*, *Syndikat*, *Zweckverband*, *Arbeitsgemeinschaft*, *Meta-Geschaft* или *Kartell*. Во банкарското работење се јавува банкарски конзорциум (*Bankenkonsortien*). Исто така, во теоријата, по својата правна природа, конзорциумот се споредува со англосаксонската конструкција позната како „заеднички потфат“ - *joint venture*.¹⁴ *Joint venture*-от може да се јави како договорен облик (*contractual joint venture*) или како посебен правен, корпоративен субјект (*corporate, equity joint venture*) и се однесува за релативно краткотрајна соработка за постигнување на еднократна цел.

¹⁴ Види: Keresteš, Op. cit. стр. 27-28.

7. Конзорциумот како посебно правно лице

Веќе споменавме дека во споредбените искуства (италијанското право) конзорциумот може да работи и преку создавање на посебно правно лице (*conzorci società*).

Веднаш се наметнува дилемата дали кога самиот конзорциум се јавува во облик на посебно правно лице, на тоа лице може да му се даде карактер на првенствено договорен однос? Одговорот е позитивен, односно кога конзорциумот истапува како посебно правно лице, тој субјект е всушност персонификација на самиот конзорциум како посебна договорна форма.¹⁵ Членовите на конзорциумот ги вршат своите членски права во тоа правно лице, но ја задржуваат својата правна независност. Би рекле дека ова правна форма повеќе наликува на друштво договор, отколку на друштво на капитал.

8. Правна природа на конзорциумскиот однос

Што се однесува до правната природа на конзорциумскиот однос, таа различно се сфаќа во споредбено-правните системи. Имено, во германското, австриското и швајцарското право не е спорно дека доколку конзорциумот не се формира како посебно правно лице, тогаш се работи за друштво на граѓанското право (*societas*), кое се нарекува уште и „пригодно друштво“ (*Gelegenheitsgesellschaft*). Пригодно друштво е посебен облик на друштво на граѓанското право кое претставува здружување на две или повеќе лица заради извршување на еднократна работа и е од времен карактер.

Пригодното друштво представува граѓанско друштво и се разликува од јавното трговско друштво (*Offene Handelsgesellschaft*, OHG – *general partnership*) по тоа што пригодното друштво нема посебен правен субјективитет и ја нуди потребната флексибилност (задржување на правната и економската самостојност на здружените лица) што се смета за една од предностите на организирањето на конзорциумот во овој облик.

Не представувајќи посебен облик на трговско друштво, пригодното друштво ја нуди и предноста што членовите не се прилагодуваат на посебните правила на избраната форма на трговско друштво.

Пригодното друштво може да се јави како внатрешно (тивок) или надворешно (јавно).

¹⁵ Види: Keresteš, Op. cit. стр. 21.

Кај надворешното – јавно друштво, конзорциумот се јавува како посебно друштво кое истапува во име и за сметка на сите членови на конзорциумот, додека кај внатрешниот – тивок конзорциум, секој член на друштвото истапува во свое име и за своја сметка и самиот конзорциум нема некоја посебна внатрешна структура на уредување на односите помеѓу неговите членови.¹⁶

9. Карактеристики на конзорциумската структура

- Ограничено времетраење на конзорциумот за вршење на одредена работа, иако може да се јави и како облик на подолгорочна соработка („траен конзорциум“ - Dauerkonsortium), на пример, конзорциумот во одреден временски период повеќе пати врши иста или слична работа за ист или повеќе нарачателите. Како добра илустрација за ваков подолготраен конзорциум се смета банкарскиот конзорциум, кога повеќе банки во одреден период кредитираат ист или различни клиенти. Тие може за секоја работа да склучат посебен договор за конзорциум, но тоа се смета за прилично непрактично;

- Неинтегрираност, односно задржување на правната самостојност на членовите на конзорциумот, со тоа што тие кон третите лица одговараат солидарно, но за внатрешните односи важи она што е договорено помеѓу страните;

- Одвојување на ризикот (risk splitting) – секој член на конзорциумот го врши својот дел од преземената работа самостојно и одвоено. Секој член на конзорциумот ги врши работите во свое име и на сопствена одговорност. Тоа би значело дека членовите на конзорциумот не учествуваат заеднички во загубите. Тој ризик е однапред јасно поделен помеѓу нив. Ова би значело дека членовите на конзорциумот не создаваат конзорциум заради меѓусебна поделба на ризикот, туку, напротив, да го избегнат делот од таквиот ризик;

- Имотните односи кај конзорциумот се уредени на начин што конзорциумот најчесто нема никаков посебен имот во смисла на имот на друштво кое се јавува кај трговските друштва. Членовите на конзорциумот најчесто се откажуваат од заеднички имот и диспозитивно договараат сосопственост или исклучива сопственост врз одредени објекти или ствари кои му се даваат на конзорциумот само на употреба.

¹⁶ Види: Keresteš, Op. cit. стр. 22-25.

10. Поделба на конзорциумите

Конзорциумот може да се појави како конзорциум од отворен или затворен тип. Затворен конзорциум е кога не се дозволува влез на нови членки и обратно. Отворен конзорциум е кога со договорот за неговото формирање се дозволува влез на нови членки. Конзорциумот може да се јави како доброволен и задолжителен. За задолжителен конзорциум се зборува кога со закон или друг акт (како услов за учество на тендерска постапка) се бара формирање на конзорциум.

Во практиката може да се сретне поделба на конзорциумите и според целта на нивното создавање. Така се среќаваат: емисиски конзорциум (вид на банкарски конзорциум наменет за помош при иницијална јавна понуда - емисија на хартии од вредност); кредитен конзорциум (вид на банкарски конзорциум кој се јавува поради одобрување на кредити со висок износ и со голем ризик, со цел да се дисперзира ризикот); санациски конзорциум (санација на должник во предстечајна постапка, преку одобрување на мораториум на побарувања, најчесто од банки); заштитен конзорциум при инсолвентност (конзорциум формиран од обезбедени стечајни доверители кои своите побарувања фидуцијарно ги пренесуваат на лидерот на конзорциумот со цел за што подобра наплата на различните побарувања); конзорциум за гласање и учество (поради полесно реализирање на гласачките права во одредено друштво и влијание на деловната политика и контролата врз друштвото); проектен конзорциум (конзорциум формиран заради реализација на одреден проект од поголем обем преку заеднички настап при давање на понуда за заедничка реализација на одреден проект); патентен конзорциум (конзорциум со кој се поврзуваат сопственици на сродни или конкурентски патенти со цел да ја исклучат меѓусебната конкуренција, да го поделат пазарот или заеднички да наметнуваат дозволени рестриктивни клаузули при лиценцирање на правата од индустриска сопственост) и други.

11. Предности и слабости од развивање на конзорциум

Формирањето на конзорциум е можеби најдобриот начин за комбинирање на потребно знаење, искуство, вештина и потребни средства со цел да се склучат и исполнат потфати со поголем и посложен предмет.¹⁷

¹⁷ За создавањето на конзорциумот и моделите во кои тој може да се појави во практиката, види повеќе: Developing Consortia, Forming a consortium for the delivery of public services,

Одредени правни субјекти кога ќе констатираат дека одреден објавен потфат од јавен карактер е „преголем залак“ за да се конкурираат индивидуално, заедничкиот интерес ќе ги натера идните членки (партнери во конзорциумот) да го спојат и комбинираат своето искуство.

11.а) Главни предности на конзорциумот

Предностите на конзорциумското групирање се бројни:

- Конзорциумот ќе им овозможи на членките на групата да споделат релевантни знаења, искуства и стручност. Исто така, членувањето во конзорциум може да придонесе кон зголемувањето на чувството на членките дека можат да извршуваат договорни обврски од голем обем, без непотребно да се користат исклучиво средствата со кои располага една од членките на конзорциумот;
- Учесството во конзорциум придонесува кон значајно намалување на трошоците поврзани со учество во тендерска постапка;
- Ризикот поврзан со склучување на одреден договор кој гласи на поголеми износи се дисперзира/одвојува помеѓу членките на конзорциумот;
- Учество на тендер во форма на конзорциум ги зголемува шансите за победа во тендерскиот процес;
- Понекогаш конзорциумот може да ужива одредени поволности од аспект на правото на конкуренција;¹⁸ и други.

11.б) Главни недостатоци од развивање конзорциум

Секако дека конзорциумското организирање има и свои недостатоци:

- Потребно е прилично долго време и подготовка за да се развие конзорциум и онаму кадешто членувањето е наметнато, конзорциумот нема да биде ефективен и ефикасен. Понекогаш краткиот

Social Economy Scotland (2007) достапно на <http://scottishsocialenterprise.org.uk/policy/26> со состојба на ден 08 март 2011 година.

¹⁸ Така, на пример, на 28 септември 2009 година Европската Комисија ја усвои Регулативата бр. 906/2009 (Regulation (EC) No 906/2009, OJ L 256, 29.9.2009,) за примена на член 81(3) на Договорот на одредени договори, одлуки и усогласено однесување помеѓу компании на линиска пловидба (конзорциуми) – тнр. „Конзорциумска регулатива.“ Регулативата влезе во сила на 26 април 2010 година, а ќе се применува до 25 април 2015 година. Види повеќе: http://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2010_1_4.pdf

период за конкурирање на одреден тендер, ќе ги натера членките неподготвени да влезат во конзорциумот и недоразјаснетите и договорно недоуредените работи да се појават како спорни прашања (кои може да доведат до спор) откако ќе се победи на тендерот и ќе се потпише конзорциумскиот потфат;

- Конзорциумот често поставува прилично големи барања од менаџментот, но и негово поголемо наградување за време на исполнувањето на конзорциумскиот потфат, за да се обезбеди дека конзистентноста и квалитетот се одржуваат за целото времетраење на договорот во рамките на целата негова структура и организациона поставеност;

- Доколку некоја членка на конзорциум не ги исполнува своите договорни обврски како внатре кон своите партнери, така и надвор кон третите лица, тогаш сите останати членки на конзорциумот може да бидат обележени како страни кои не ги исполнуваат своите договорни обврски за сите идни тендерски процеси од една, но и да бидат изложени кон финансиски и други обврски и одговорност во тековниот договор, од друга страна. Конечно, водечкиот партнер може да биде ставен во состојба да биде 100% одговорен за сите обврски кон трети лица, а потоа да покрене судски постапки за надомест на штета по основ на солидарност од останатите членки на конзорциумот;

- Доколку членка на конзорциум се наоѓа подолу во ланецот на испорака или исполнување на договорните обврски, може да се соочи со проблеми на готовински текови, особено ако водечкиот партнер должи со своите обврски за плаќање;

- Може да дојде до недоразбирања доколку постојат големи разлики помеѓу членовите во погледите и сфаќањето на целите на конзорциумот;

- Доколку некоја членка не е или не е соодветно вклучена во одлучувањето во конзорциумот, без оглед на формата на организирање на конзорциумот, последиците од таквите одлуки ќе се почувствуваат и во тековното работење на таа членка; и други.

12. Престанок на конзорциумскиот однос

Престанокот на конзорциумот се поврзува со извршување на договорениот потфат односно со истекот на рокот или со остварувањето на целта на конзорциумската работа. Секако, како првенствено договорен однос, тој може да престане и со раскинување на договорот кон

нарачателот или со отказот на договорот за конзорциум од неговите членки или спогодбено помеѓу членките на конзорциумот.

На прашањето како се решаваат споровите кај договорите за конзорциум, треба да се прави разлика помеѓу спорови кои настануваат помеѓу самите членови на конзорциумот од една, и споровите кои настануваат помеѓу конзорциумот како приватен партнер/концесионер и јавниот партнер/концедентот.

Кога се работи за односите интерно, помеѓу членките на конзорциумот, секако, дека споровите ќе да се решаваат по судски пат. Она што заслужува посебно внимание е дали споровите внатре помеѓу членките на конзорциумот може да се решаваат и по пат на арбитража. Одговорот е, секако, позитивен. Може да се предвиди арбитража како надлежен форум без оглед дали конзорциумот се јавува во договорен или во корпоративен облик (во форма на трговско друштво¹⁹).

Што се однесува до самиот концесиски договор или договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство, овие договори имаат мешовита, јавно-приватна природа, односно се работи за тнр. управни договори²⁰. Кога како концесионер или приватен партнер ќе се јави странски субјект, се чини дека најпогодно ќе биде вметнувањето на арбитражна клаузула во концесискиот договор, со што ќе добијат можност едно недржавно (приватно) тело, во чие конститутирање и тие самите ќе учествуваат, да решава за нивните спорови со појакиот субјект во односот (државата или единиците на локална самоуправа).²¹

13. Поради сето изнесено погоре, постојат голем број на прашања кои треба да се одговорат пред да се формира конзорциум, односно пред да се склучи договорот за конзорциум:

- Кое ќе биде индивидуалната корист на одредено правно лице доколку се вклучи како членка во конзорциум?
- Кој степен на поврзаност е потребна како од аспект на интересите на членката, така и од аспект на целта на конзорциумот?
- Кое е главното јадро на вредности и интереси за секоја членка и како тоа јадро е компатибилно со интересите на другите членки и на конзорциумот како целина?

¹⁹ Види: член 41, став (2) од ЗТД.

²⁰ Види: Давитковски Б., Павловска-Данева А., Управни договори, 2009, стр.196-197

²¹ Види: Гавроска П., Дескоски Т. “Меѓународно приватно право”, 2011, стр.191

- Која е работната и деловна етика на членките и дали се тие компатибилни?
- Кои вештини и искуство ѝ недостасуваат на членката, односно кои вештини, искуство и други користи би сакала да ги добие преку членувањето во конзорциумот?
- Како поделбата на ризикот и искуството ѝ помагаат на членката поефикасно да го исполни договорот?
- Кои се вештините и стручноста која треба да ја поседува конзорциумот за да може да го исполни тендерскиот договор (конзорциумскиот потфат)?
- Кои одлуки треба да се донесуваат од конзорциумот како целина, наместо од секоја членка на конзорциумот поединечно и како делегирањето во одлучувањето би влијаело врз справувањето со ризик на ниво на членка?
- Кои одлуки треба да се задржат исклучиво на ниво на членка?
- Каква менаџерска структура му е потребна конзорциумот?
- Колку ќе биде времетраењето на конзорциумот?
- Како ќе влијае членството во конзорциумот врз останатите договорни и други обврски на членката?
- Кои дополнителни, потенцијални деловни можности ќе се отворат како резултат на евентуалното членството во конзорциумот?
- Кои се финансиските импликации поврзани со договорот?
- Како ќе се поделат обврските и одговорноста помеѓу членките?
- Кој систем на комуникација е потребна помеѓу членките за полесно да се управува со процесот на исполнување на тендерскиот договор?
- Кои се основните стандарди кои мора да се почитуваат за времетраењето на тендерскиот договор?
- Кој ќе ги поседува правата од интелектуална сопственост кои евентуално би се развиле од конзорциумот за времетраењето на тендерскиот договор?
- Кои се ризиците од (не)исполнување на договорот преку конзорциум?
- Кои се последиците за членката од неисполнувањето на одредени обврски од членка на конзорциумот или на конзорциумот како целина?
- Кој и како ќе ги решава спорите помеѓу членките на конзорциумот?
- Дали на конзорциумот ќе му требаат под-изведувачи, кои ќе бидат тие, дали е лесно да се пронајдат и дали подизведувачите ќе бидат вклучени на некое ниво на одлучување?
- Која е излезната стратегија (the exit strategy) кога конзорциумот ќе дојде до крај или кога ќе настанат одредени спорови?

14. Кој модел на конзорциум да се избере при создавање на конзорциум?

Веќе споменавме дека при создавање на конзорциум, на заинтересираните страни на располагање им стојат неколку можности. Имено, конзорциумот може да се организира како посебно правно лице кое ќе го води конзорциумот или, пак, може сè да се остави да биде уредено на ниво само на договорни односи помеѓу членките на конзорциумот?

Доколку се формира посебно правно лице, се поставува прашањето во која форма да биде тоа, дали во форма на некои од друштвата на лица или ќе се организира во некоја од формите на друштво на капитал?

Изборот на моделот на конзорциум зависи од повеќе прашања:

- Колкаво е времетраењето на конзорциумскиот, тендерски договор?
- Дали постои потреба од поголема или помала флексибилност во односите помеѓу членките на конзорциумот од една и помеѓу конзорциумот и неговото пазарно опкружување и слично? Вообичаено, доколку конзорциумот се базира само на договор, постои поголема флексибилност. И обратно. Доколку е регистрирано правно лице, тогаш флексибилноста во односите помеѓу членките и на правното лице во односите со трети лица е помала.

Веќе споменавме дека во споредбената практика постојат три основни модели на конзорциум: (а) „чиста“ договорна форма – исклучиво договорот е правниот инструмент за уредување на меѓусебните права, обврски и одговорност („договорен конзорциум“); (б) договорна форма – но, со (договорно) формирање на заедничка група за управување со потфатот („договорен конзорциум со засебно управување и раководење“) и (в) формирање на посебно правно лице, преку кое ќе се води конзорциумот („институционален конзорциум“).

14.а) Главни карактеристики на „чистиот“ договорен модела на конзорциум

Членките влегуваат во прилично детално уреден конзорциумски договор со кој се уредуваат скоро сите прашања, вклучително и учеството во добивката и загубата.²²

²² Во договорот се уредува: времетраењето, правата и обврските на секоја членка, обемот на договорот, како ќе се делат трошоците, ограничување на слободата на договорните страни со што би се превенирало да се доведе во прашање успешното извршување на договорот што го потпишал конзорциумот; можноста за истовремено учествување и во други потфати

Со овој модел се избегнуваат административните формалности за создавање на посебен правен ентитет и со тоа се дава поголема слобода за одлучување на членките во рамки на општата рамка на конзорциумскиот договор.

Со конзорциумскиот договор се определува кои обврски ќе се делат помеѓу членките. Доколку не постои посебно правно лице, потребно е една членка да биде определена како лидер во преговарањето и договорањето со трети лица во име и за сметка на конзорциумот и да биде прва на „удар“ за надомест на штета во случај на неисполнување на договорните обврски од конзорциумскиот потфат. Сосема е исправно да се очекува дека доколку една членка е изложена на поголем ризик, таа да бара и поголемо учество во одлучувањето и покрај неограничената одговорност на членовите.

Со оглед дека добивката на договорниот конзорциум, по правило, ќе се дели за секоја од членките поединечно, секоја членка ќе траба на својата добивка да пресметува засебен данок од добивка и самостојно ќе ги сноси трошоците за тоа. Во зависност од тоа кои се членките, во која форма се организирани и слично, ќе зависи и дали секоја членка поединечно ќе ужува одредени даночни олеснувања, и слично.

Предностите на овој модел:

- Полесно е да се создаде;
- Поголема слобода на одлучување на ниво на секоја членка;
- Нема потреба да се почитуваат законските барања кои ги наметнува правото за трговски друштва и други.

Слабостите на овој модел би се поврзале со:

- Тешко се создава вистински партнерски однос на ниво на одлучување и управување;
- Може да се покаже како многу крут систем за донесување на клучни одлуки, со оглед дека не постои заеднички форум за донесување на одлуки и други.

и со која и колкава одговорност; со колку и колкави средства ќе учествува членката во заедничките средства на конзорциумот; модусите за предвремен излез од конзорциумот; изјава дали членките сакаат или не сакаат нивниот договор да се институционализира во јавно трговско друштво или не, и други прашања. За различни модели на договори за конзорциум види повеќе: http://isprlindia.com/CONSORTIUM_AGREEMENT_FORMAT.pdf или http://www.cforc.org/legalframeworks/DRAFT_CONSORTIUM_AGREEMENT.pdf

14.б) Основни карактеристики на вториот модел

Договорниот конзорциум со засебно управување и раководење е многу слична форма со претходната (договорната), но главната разлика е во тоа што ќе има заедничка управа, која ќе ја сочинуваат претставници од секоја членка, но, во зависност од случајот, би можела да има и претставници од поширокото општествено опкружување (на пример претставник од јавниот партнер доколку се работи за јавно-приватно партнерство). Заедничката управа постојано пред себе ќе го има заедничкиот интерес, заедничката мисија и цел на конзорциумот, што препотставува поголем степен на интегрираност на членките на конзорциумот во споредба со претходниот модел. Значи, иако не постои посебно правно лице, сепак постои висок степен на соработка и делегирање на надлежности на управување и одлучување на заедничката управа.

14.в) Основни карактеристики на третиот модел – посебно правно лице

Овој модел се препорачува кога (а) се работи за изведување на конзорциумски потфат од поголем обем, (б) се работи за подолгорочен договор; и (в) постои потреба и заинтересираност на поголем број лица да бидат дел од конзорциумот.

Основни предности на овој модел

- Посебното правно лице се јавува како единствена страна на тендерскиот договор, односно конзорциумскиот потфат;
- Посебното право лице може да биде и во форма на капиталско друштво и да ги ужива користите од ограничената одговорност на членовите (акционерите и содружниците) на друштвото. Но, во овој случај од членките на друштвото би можело да се бара да дадат дополнителни гаранции (банкарски и други) за обврските кон јавниот партнер;
- Овој модел го олеснува воведувањето на поголеми правни обврски во поглед на идно дополнително финансирање, вложување на дополнителни средства (докапитализација) и слично;

- Поголема флексибилност во поглед на структурата на основната главнина, акционерскиот капитал, позајмениот капитал и слично;
- Поголема интегрираност на интересите на членките и поголема интегрираност при усвојување на одлуките. Структурата на органите на управување и раководење ќе ги рефлектираат интересите како на членките на конзорциумот, но и на конзорциумот како посебно правно лице. Со тоа би се постигнала поголема одговорност, но и подобро управување од една, а би се намалиле и опасностите од менување на целите и приоритетите кои се поверојатни да се случуваат по извесен период кога се работи за договорен конзорциум, од друга страна;
- Посебното правно лице нуди подобар механизам за поделба и управување со ризик;
- Сиот имот и обврски кое се поврзуваат со моделот на договорен конзорциум, наместо со подизведувачи ќе бидат собрани (вложени) во единствен механизам изразен преку посебно правно лице, односно се што ќе се вложи ќе биде дел од имотот на посебното правно лице.
- Постоенето на посебно правно лице го прави излегувањето на некој член (содружник или акционер) многу потешко, отколку ако се работи за обичен конзорциумски договор.

Слабости на овој модел

Слабостите на овој модел би можеле да се сумираат во трошоците поврзани со административното основање и регистрација на друштвото, барања за задолжителна внатрешна и за независна надворешна ревизија за работењето на правното лице потписник на конзорциумскиот потфат и за исполнувањето на самиот потфат, обврски за известување во поглед на промена на сопственичката и управувачката структура, изготвување и доставување на годишни сметки и сите други императивни законски барања кои ги наметнува правото на друштва на државата домаќин на потфатот, и други.

15. Можни појавни правни форми на конзорциум во македонското позитивното право

Како што веќе укажавме *supra* во текстот, конзорциумот повеќе се смета за *sui generis* творба на автономното договорно трговско право. Сепак, конзорциумот има допирни точки со некои познати правни институти на статусното и договорното трговско право.

Оттука, овој дел од трудот само ќе упатиме на законските решенија во врска со расположивите правни форми во македонското позитивно право кои го уредуваат договорното и институционалното партнерство, кои се базираат на профитна основа.²³

Под изразот „партнерство“ во правната теорија на правото на друштва се најчесто се подразбира ортаклакот како договорно партнерство (Partnership, einfache Gesellschaft, Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, société civile) и јавното трговско друштво како институционално партнерство (General Partnership, Offene Handelsgesellschaft, Kollektivgesellschaft, société en nom collectif).

Договорното партнерство, во Република Македонија е уредено со членовите 667-703 од Законот за облигационите односи во главата XVI насловена како „Договор за ортаклак (договор за заедница)“,²⁴ додека институционалното партнерство е уредено со членовите 110-147 од Законот за трговските друштва во делот што го уредува јавното трговско друштво.

Сепак, укажавме дека согласно член 12 од ЗКПП во кој се уредува твр. „друштво за посебна намена (ДПН)“ ова друштво може да учествува единствено во реализација на јавно приватно партнерство или концесија заради која е основано. Според одредбата содржана во ставот (3) од овој член, „(...) јавниот партнер или концедентот (...) може да определи (...) конзорциумот кој е избран за најповолен понудувач да основа правно лице со седиште во Република Македонија, кое како приватен партнер или како концесионер ќе го склучи договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство, или договорот за концесија на добра од општ интерес“. ЗКПП не бара ова друштво да биде основано и организирано во некоја посебна форма согласно ЗТД. Оттука, ова друштво би можело да се основа и во форма на друштво на капитал – друштво со ограничена одговорност или акционерско друштво. Напротив, овој случај, во тендерската

²³ Намерно ја потенцираме профитната основа на ортаклакот, затоа што договор за заедница, односно конзорциум би можел да се јави и на непрофитна основа.

²⁴ Види: Закон за облигационите односи (Службен Весник на Република Македонија бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09 – во понатамошниот текст: „ЗОО“).

документација ќе се определи формата на правното лице, висината на капиталот, обврските на најповолниот понудувач во врска со неговото основање, како и другите односи меѓу најповолниот понудувач, правното лице - приватен партнер или концесионер и јавниот партнер или концедент.

Goran Koevski Ph.D.
Full Professor at the Faculty of Law 'Iustinianus Primus'
University 'Ss. Cyril and Methodius'
Skopje, Republic of Macedonia

CONSORTIUM
DEFINITION, LEGAL NATURE, TYPES, ADVANTAGES, LIMITATIONS
-SUMMARY -

In his Article titled as "Consortium - Definition, Legal Nature, Types, Advantages, Limitations", the Author, Prof. Goran Koevski, recognizes the necessity for developing a variety of different available legal forms for contracting concession and other categories of public-private contractual relationships.

The consortium is one of the existing forms. Since the consortium and the consortium agreement are not well known notions in the Macedonian legal practice, the Author gives comparative analyses of the main features of the consortium and the forms it can be legally embodied in practice.

Although the consortium agreement is rather creation of the autonomous business law practice, Dr. Koevski tries to make some legal links with the existing legal concepts in Macedonian company law and law on obligations.

Finally, he offers some solutions how the legislation in force in Macedonia can be connected with the world-wide accepted practices regarding consortium agreements.

Key words: consortium, consortium agreement, concessions, partnership, general partnership, limited partnership, public-private partnership

Проф. д-р Никола Тупанчевски¹
М-р Мартина Мартинова

ОПШТИОТ ЗАКОНСКИ МАКСИМУМ НА КАЗНАТА ЗАТВОР СПОРЕД КЗ НА РМ – VOTUM SEPARATUM

УДК: 343.812(497.7)
Original research paper

Се чини дека и последните измени на КЗМ што се однесуваа на пропишувањето (читај: но и изрекувањето!) на општиот законски максимум на казната затвор, не докрај го решија прашањето поврзано со временското лишување од слобода. Имено, законодавецот во чл.35, стипуларјки ја максималната казна затвор, оперира со синтагмата „за кривичните дела за кои е пропишана и казна доживотен затвор, може да се изрече казна долготраен затвор од 40 години“. Старото законско решение во однос на максималната казна затвор беше „за кривичните дела за кои е пропишана и казна доживотен затвор, може да се изрече казна затвор од 20 години“. Дали тоа значи дека судот при изрекувањето на времената казна лишување од слобода ќе изрекува казна од 40 години затвор како фиксна казна (во нејзиниот апсолутен износ!) или ќе има можност да ја индивидуализира во зависност од квалитетот на неправото (олеснителни или отежнувачки околности) во размер меѓу 20 и 40 години, како што тоа досега беше правено во практиката кога важеше старото решение – меѓу 15 и 20 години. Македонскиот правораздавач, може да се пофали со донесените неколку пресуди кои се во прилог на стојалиштето (но тие не се мнозинство!) дека постои можност за дискреција на судот во градацијата на неправото. Тоа беа пресуди со изречени 17, 18 години го затвор итн.

*Но, дали интенцијата на законодавецот односно смислата на одредбата е во таа насока – телеолошкото толкување има таков контекст или пак, судското токување на оваа одредба не е во согласност со принципот: *sub lege libertas!**

Се разбира, дека во овој труд од суштинско значење ќе биде детекцијата на „духот на законот“ !

¹ Редовен професор на Прваен факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

Се чини во конкретниов случај, римската сентенца *usus est legem unus corrector* (практиката е единствен коректор на законите) доби облик *ultra legem* (над законот). И она кое што загрижува е сето тоа во иднина да не се трансформира во *usus est tyrannus* (навиката е тиранин)!

Имено, една неспорна правна ситуација (одредба) од Кривичниот законик, која *per se* не би требало да предизвикува никакви дилеми доведе до нејзина различна интерпретација, посебно од страна на субјектите кои правораздаваат. Станува збор за одредбата од чл.35 од КЗМ каде што се уредува казната затвор. Директен повод за овој дискурс се неколкуте изречени пресуди² кои ја разбрануваа стручната јавност и поттикнуаа професионален скептицизам во однос на прашањето поврзано со законитоста во изрекувањето на казната (чл.34)³, а се однесуваат на општиот законски максимум. А *fortiori* актуелноста на темава добива на значење и со најновите измени во КЗМ – со оваа одредба и натаму останува аналогна можност, примента на законот да не биде *sub lege libertas!*

Но, да одиме со ред.

Најстарото законско решение од 1996 година, кога беше донесен и првиот македонски КЗ, стипулирано во одредбата од чл. 35, општиот законски минимум и максимум го артикулираше во следнава форма: (1) „Затворот не може да биде *покрајаток од триесет дена*, ниту *подолг од петнаесет години*. (2) Ако за кривичното дело сторено со умисла е пропишан затвор во траење од петнаесет години, за тешки форми на тоа дело може да се пропише и казната доживотен затвор. Кристално јасно, без можност за потенцијална грешка. Временската казна лишување од слобода имаше максимален износ од петнаесет години; доколку казненото дело за кој е пропишана казна затвор од петнаесет години е извршено со умисла и има квалифициран облик тогаш постоеше законска можност за изрекување и на казната доживотен затвор која не можеше да се пропише како единствена казна. Македонската јудикатура во тој период покажа униформност (воедначеност) во аплицирањето на оваа одредба, така што немаше некоја посебна дилема - максималната изрекувана затворска казна беше петнаесет години.

² Последната првостепена пресуда која е во контекст на темава е 17 годишната казна затвор за еден педофил.

³ Чл.34 од КЗМ гласи: (1) На сторител на кривично дело му се изрекува казната за пропишана за стореното кривично дело, а поблага казна од пропишаната може да се изрече само под условите предвидени со овој законик.

*Новелата на КЗ од 2004 година*⁴ донесе повеќе иновации во општиот дел на КЗ меѓу кои и измените во чл. 35 каде што *максимумот* на казната затвор кај делата за кои е пропишана и казна доживотен затвор е подигнат на *дваесет години* (чл.35, ст.1) Имено, во чл. 35 став (1) по зборовите: „15 години.“ се додаде нова реченица, која гласи: "*За кривичните дела за кои е пропишана и казна доживотен затвор, може да се изрече казна затвор од 20 години.*" Навидум и натаму не требаше да има некој посериозен проблем во однос на изрекувањето на максималната казна затвор според КЗМ зашто се чини дека одредбата е доволно експлицитна да не создава простор за егзегица. Во таа насока беа и размислувањата на дојдените на македонското казнено законодавство: проф. д-р Ѓ. Марјановиќ и академик В. Камбовски. Тие нагласуваат и заклучуваат дека доживотниот затвор и неговата алтернатива – затворот од дваесет години, ***се апсолутно одредени казни***, што ќе рече дека судот не може, ако не изрече таква, слободно да избира некоја казна над општиот законски максимум од петнаесет години (на пример, деветнаесет години наместо затвор од дваесет години). *Судот може единствено да избира меѓу доживотниот затвор, казната затвор од дваесет години или казната затвор до петнаесет години.* Единствениот коректив на апсолутната природа на оваа казна е можноста осудениот на доживотен затвор да биде условно отпуштен, но не пред да издржи најмалку петнаесет години затвор (чл.36, ст.4). Не се исклучени со примената на амнестија и помилување простувањето на казната, нејзината замена со друга итн., при што како раководен принцип треба да се земе пошитувањето на минимумот од петнаесет години издржана казна. Во оваа смисла, на пример, казната доживотен затвор би можела да биде заменета по правило со казна затвор од дваесет години, а само по склучок и со казна затвор до петнаесет години.⁵ Доколку внимателно се чита одредбава, без многу минуциозност може да заклучи дека не е тешко да се детектира интенцијата на законодавецот и духот на нормата - со семантичка прецизност на формулацијата „да изрече казна затвор од 20 години“ законодавецот имал намера овој апсолутен износ на казната да биде само ***супститут на казната доживотен затвор***, а не и да се даде дополнителна можност на судот да прави индивидуализација на казната затвор меѓу петаесет и дваесет години. Со други зборови, казната од

⁴ Сл. весник на РМ, бр.19/04.

⁵ В. поопширно: Марјановиќ, Ѓ., Каневче, М., Македонско кривично право, Скопје 2011, стр. ... и Камбовски, В., Казнено право – општ дел, Скопје 2011, стр.457-458, Камбовски, В., Коментар на Коментар на Кривичниот законик на Република Македонија, Скопје 2011, стр. 401.

дваесет години затвор е само *алтернатива* за доживотниот затвор. Ако дикцијата не била таква, тогаш законодавецот ќе морал да води сметка за неопходната правна лексика и постојната формулацијата да биде моделирана од „*затвор од 20 години*“ во казна „*затвор до 20 години*“ или „*ниту подолг од 20 години*“.

За жал, иако во академската средина постои консензуален став во однос на ова прашање, сведоци сме дека при судското одмерување на казната затвор има неколку случаи кадешто судот нашол правен основ дека КЗМ дава можност за градација на квалитетот на неправото и се изрекувани казни меѓу 15 и 20 години затвор. Последната од нив беше изречена пред еден месец и изнесуваше 17 години затвор! Според нас, ваквиот пристап е недозволен, незаконит и секогаш може да биде ревидиран во насока на погрешна примена на Законот. Се разбира дека тука се неизбежни и правните консеквенции од ваквата примена на законот.

Со Законот за измени и дополнувања на КЗ од 5. февруари 2014 година⁶ беше извршена последната корекција во одредбата од чл.35 КЗМ. Сега чл. 35 гласи: (1) Затворот не може да биде пократок од 30 дена *ниту подолг од 20 години. За кривичните дела за кои е пропишана и казна доживотен затвор*, може да се изрече казна *долготраен затвор од 40 години*. (2) Ако за кривично дело сторено со умисла е пропишан затвор од 20 години, за тешки форми на тоа дело може да се пропише и казна доживотен затвор. Исто така во овој контекст, се менува и чл. 36 ст (4) и гласи: „(4) Осудениот на казна доживотен затвор условно не може да се отпушти пред да издржи најмалку 20 години казна затвор. Осудениот на казна долготраен затвор од 40 години условно не може да се отпушти пред да издржи најмалку 15 години затвор.“

Законодавецот со оваа интервенција директно го поместува (*зголемува*) општиот законски максимум на казната затвор од 15 на 20 години и тоа номотехнички го прави со истата формулација како што беше предвиден стариот законски максимум „*ниту подолг од 20 години* (старото решение беше 15 години)“. Во истиот став со измените се предвидува дека за кривичните дела за кои е пропишана и казна доживотен затвор и за дела во стек, може да се изрече казна долготраен затвор од 40 години.⁷

И со новите законски решенија сметаме дека а priori не би требало да има некои посебни дилеми во однос на нивната примена – одредбата е

⁶ Сл. весник на РМ, бр.27/14.

⁷ Така и во „Образложението на Предлог законот за изменување и дополнување на КЗ“, Министерство за правда од септември 2013 г.

прилично експлицитна и не остава простор за толкување во однос на општиот законскиот максимум. Највисоката временска затворска казна е 20 години и според овие решенија судот овојпат ќе може при изрекувањето на казната да ја индивидуализира ннејзе на 16, 17, 18 или 19 години затвор и таа ќе биде законита. Она што не смее да го прави е градацијата на неправото меѓу 20 и 40 години, да изрекува затворска казна, како на пример, 25, 30 или 39 години затвор - како што тоа го правеше порано, меѓу 15 и 20 години. Законодавецот и овојпат со оперирањето на терминот „долготраен затвор“ од 40 години, прави коректна дистинкција и овој апсолутно одреден износ (од 40 години) го пропишува само како замена за казната доживотен затвор но не и како можност за индивидуализирање во рамката од 20 до 40 години. Секое друго решение би било non licet !

Литература:

- Кривичен законик на РМ,
Марјановиќ, Ѓ., Каневчев, М, Македонско казнено право, Скопје
2011
- Камбовски, В., Казнено право –општ дел, Скопје 2011
- Камбовски, В. Коментар на кривичниот законик, Скопје 2011
- Образложение на Предлог измените и дополнувањата на КЗ на РМ,
Министерство за правда, 2013
- Упатства за одредување на видот и одмерување на казната, Јавно обвинителство на РМ, Скопје, јули 2013
- Правилник за начинот на одмерување на казните, Врховен суд на РМ, 2014
- Закон за одредување на видот и одмерување на висината на казната,
30.декември 2014 (ќе се применува од 7 јули 2015 г./шест месеци по донесувањето)

СУРОГАТ МАЈЧИНСТВОТО ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

УДК: 347.64/.64-612.63.08(497.7)

Original research paper

Сурогат мајчинството е прифатено во правниот систем на Република Македонија во 2014 година, со измени и дополнувања на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување, со што Македонија се вклучи во малиот број европски земји во кои е дозволено и регулирано сурогат мајчинството. Во овој труд авторот го објаснува поимот и различните видови на сурогат мајчинство и ги анализира аргументите pro et contra прифаќањето на сурогат мајчинството во правниот систем на Република Македонија. Во трудот се наведува дека постојат аргументи во прилог на регулирањето на сурогат мајчинството, како што се остварувањето на репродуктивната слобода, реализацијата на слободата на волјата и на слободата на договарањето. Истовремено, авторот наведува дека постојат и бројни аргументи против воведувањето на сурогат мајчинството, кои се поврзани со загрозување на достоинството и дигнитетот на жената и на детето, преку воведувањето на пазарните елементи во процесот на репродукцијата, со што детето може да се претвори во објект кој може да се продава и купува на пазарот за одредена цена, а жената во инкубатор.

Авторот дава анализа на решенијата предвидени во законот за биомедицински потпомогнатото оплодување кои се однесуваат на сурогат мајчинството и укажува на одредени слабости на постојниот модел за регулирање на сурогат мајчинството во Македонија. Авторот, помеѓу останатото, како слабости на законот ги наведува забраната за вонбрачните парови да се јават како договорни страни при склучувањето на договорите за сурогат мајчинството, напуштањето на концептот mater semper certa est преку откажувањето на сурогат мајката од мајчинството уште пред да биде оплодена, како и воведувањето на

¹ Редовен професор на Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“, Скопје, Република Македонија

можноста за алогенеичко сурогат мајчинство, при кое парот користи дониран ембрион кој се имплантира кај сурогат мајката и поради тоа нема ниту генетска, ниту биолошка врска со детето што ќе се роди.

Клучни зборови: Сурогат мајчинство, алтруистичко и комерцијално сурогат мајчинство, Закон за биомедицински потпомогнато оплодување

Вовед

Од почетокот на седумдесеттите години на XX век брзиот развој на науката, особено во сферата на репродуктивната медицина и биотехнологијата, овозможи голем број неплодни парови да станат родители со примена на биомедицински потпомогнатото оплодување. Вештачкото оплодување, *in vitro* фертизацијата, а во последно време и сурогат мајчинството² доведоа до револуционерни промени во сферата на репродукцијата, но во исто време отворија и бројни етички, морални, филозофски, религиозни и правни дилеми поврзани со основните темели на кои почива цивилизацијата – семејството, мајчинството, татковството и родителските односи.³ Брзиот развој на новите репродуктивни технологии, како и секој друг пронајдок во историјата на човештвото кој доведува до големи промени во општествените односи, отвори исклучително значајни прашања кои задираат во основата на репродукцијата, која е основа за опстанокот и продолжувањето на човековата цивилизација. Во последниве десетина години, поради сурогат мајчинството, општеството е принудено да се фокусира на мајчинството, за разлика од порано, кога доминираа правните и социјалните прашања поврзани со татковството.⁴

² Во САД, за само четири години, од 2004 до 2008 година, бројот на децата родени од сурогат мајки се зголемил двојно и изнесувал 1000 родени деца. Види кај Mortzavi, S., *It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy*, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 100, 2012, стр. 2250.

³ Види кај Williams-Jones, B., *Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood*, *The Journal of Philosophy, Science and Law*, Vol. 2, February 2002.

⁴ Во оваа смисла Киндреган наведува дека изданието на Black's Law Dictionary од 1999 година ја дефинира мајката како „жената која го родила или го посвоила детето“, а изданието од 2004 година, поради големиот број случаи на сурогат мајчинство ја дефинира мајката како „жената која го родила детето, донирала јајце клетка за раѓање на детето или го посвоила“. Според Киндреган, во ерата на новите репродуктивни технологии дефинирањето на мајчинството не е едноставно, како што тоа било во минатото. Види Kindregan, C., *Considering Mom: Maternity and the Model Act Governing Assisted Reproductive Technology*, *Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Vol. 17:3, 2009, стр. 602.

Сурогат мајчинство претставува договор со кој сурогат-мајката, откако ќе биде вештачки оплодена со сперма на биолошкиот татко или со ембрион од донорите, го носи и го раѓа детето, а потоа се откажува од родителското право и го дава детето на неговите „социјални родители“ за одреден надомест.⁵ Сурогат мајчинството го користат најчесто неплодните парови, кај кои постои опасност бременоста да го загрози здравјето на жената, или паровите кои сакаат да спречат некоја тешка наследна болест да се пренесе врз детето. Сурогат мајчинството може да се јави во два вида: како традиционално или како гестациско сурогат мајчинство. Во првиот случај сурогат мајката е жената која го раѓа детето и чија јајце клетка е вештачки оплодена со спермата на мајот кој склучува со неа договор за сурогат мајчинство или со спермата на донор. Во овој случај сурогат мајката е и генетска мајка на детето. Кај гестациското сурогат мајчинство во сурогат мајката се имплантира ембрион, така што таа нема генетска врска со детето. Притоа, ембрионот може да потекнува од парот со кој сурогат мајката склучува договор за сурогат мајчинство, или за неговото создавање да се користи јајце клетката или спермата на еден од партнерите. Освен тоа, можно е ембрионот да е дониран, и во тој случај ниту еден од партнерите кои склучуваат договор со сурогат мајката (како и самата сурогат мајка) нема да има генетска врска со детето.⁶

Сурогат мајчинството е поврзано со „фрагментација“ на концептот мајка; за разлика од порано, кога мајчинството не беше спорно и кога мајка (генетска и биолошка) беше жената што го раѓаше детето, кај сурогат мајчинството детето може да има две, па дури и три мајки. Кога станува збор за традиционалното сурогат мајчинство, каде сурогат мајката е истовремено и генетска мајка можно е детето да има две мајки – сурогат мајката и жната која со неа склучува договор за раѓање на дете. Во случај кога станува збор за гестациско сурогат мајчинство, можно е детето да има три мајки: жената која ја донирала јајце-клетката (генетска мајка), жената која се јавува како сурогат мајка и која го раѓа детето (биолошка мајка), и жената (социјалната мајка) која потпишува договор со сурогат мајката, по што сурогат мајката се откажува од нејзините родителски права. Правните системи на сите земји предвидуваат дека само една мајка може да се појави како носител на родителските права, а во случај на сурогат мајчинството, се појавуваат спорови околу прашањето која од трите жени е мајка на

⁵ *American Law Reports*, Validity and Construction of Surrogate Parenting Agreement, 77 A.L.R. 4th 70. (1989).

⁶ Види повеќе кај Mortzavi, S., *op. cit.*, стр. 2254.

детето.⁷ Сурогат мајчинството е особено актуелно денес, кога тоа стана достапно благодарение на брзиот развој на вештачкото оплодување и репродуктивната медицина и кога бројни познати личности како Роберт де Ниро, Елтон Џон, Никол Кидман и Рики Мартин добија бебиња од сурогат мајки. Фрагментацијата на мајчинството, до која дојде со примената на сурогат мајчинството во многу земји, а особено во САД, доведе до голем број судски процеси, во кои судовите мораа да решаваат спорови околу тоа кои се вистинските родители на детето и кој има право да го врши родителското право.

1. Судски случаи поврзани со сурогат мајчинство

Еден од најпознатите случаи во кој судовите мораа да решаваат во врска со сите дилеми и прашања кои произлегуваат од сурогат мајчинство во САД, е случајот „Baby M“ од 1985 година, во времето кога во Њу Џерси сурогат мајчинството не било законски регулирано. Брачната двојка Бил и Бетс Стерн, поради сериозната болест на г-ѓа Стерн, решила да склучи договор со Мери Бет Вајтхед, која прифатила, за надомест од 10.000 \$, вештачки да биде оплодена со спермата на г-дин Стерн, да роди дете, а потоа да се откаже од родителските права во корист на г-дин и г-ѓа Стерн. По раѓањето на детето, г-ѓа Вајтхед го посетила г-дин Стерн и го зела бебето, одбивајќи да го почитува договорот и побарала таа да биде носител на родителските права. Брачниот пар го пријавил случајот во полиција, а г-ѓа Вајтхед се заканила дека ќе избега со бебето во странство. Стернови барале од Судот да се спроведе договорот за сурогат мајчинство, вклучувајќи го и престанок на родителското право на г-ѓа Вајтхед. Првостепениот суд, по неколку драматични месеци, во кои за случајот известувале сите медиуми, одлучил дека договорот треба да исполни, старателството над бебето го доделил на Стернови, и дозволил г-ѓа Стерн да го посвои бебето.⁸

Меѓутоа, Врховниот суд на Њу Џерси донел спротивна одлука. Врховниот суд зазел становиште дека родителското право г-ѓа Вајтхед не може да и биде одземено, бидејќи таа не само што го родила бебето, туку

⁷ Повеќе за контраверзните прашања поврзани со востановувањето на мајчинството во САД види кај: Storrow, R., F., *Parenthood by Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parenthood*, *Hastings Law Journal*, Vol. 52, 2002 стр. 604-623.

⁸ За повеќе детали поврзани со случајот Baby M види: Spag, D., *For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy*, *Review of International Political Economy*, Vol. 12, No.2, May 2005, стр. 288. Исто види: Sanger, C., *(Baby) M is for many things: Why I start with Baby M*, *Saint Louis University Law Journal*, Vol. 44, 2000.

била и негова генетска мајка.⁹ Покрај тоа, според мислењето на судот, договорот за сурогат мајчинство не е валиден, бидејќи договорот е спротивен на јавниот поредок и не е во согласност со принципот „во најдобар интерес на детето“, бидејќи согласноста на мајката, според која таа се откажала од родителските права, според мислењето на Судот не била дадена слободно, туку била дадена под притисок на нејзината потреба за финансиски средства.¹⁰ Судот утврдил дека договорот нема правно дејство, и одлучил да ги врати родителските права на г-ѓа Вајтхед, бидејќи немало основ за престанок на родителските права. Судот одлучил дека случајот се однесува на спор во однос на старателство меѓу две страни кои што имаат еднакви права, и старателството го доделил на двојката Стерн, но не и го одзел на г-ѓа Вајтхед родителското право, и не и овозможил на г-ѓа Стерн да го посвои детето.¹¹ Така, г-ѓа Вајтхед ги задржала родителските права и можноста да одржува лични односи со детето (иако детето живеело со двојката Стерн), а г-ѓа Стерн го добила старателство, но не била во можност да го посвои детето и да воспостави правен однос со детето. Во овој случај, биолошките елементи, како што се генетската врска и породувањето, имале приоритет во однос на договорот за сурогат мајчинство и намерата на г-ѓа Стерн да стане мајка.

Џонсон против Калверт (*Johnson v. Calvert*) е уште еден познат случај поврзан со договорите за сурогат мајчинство, во кој Марк и Криспина Џонсон потпишале договор за сурогат мајчинство со Ана Калверт. За разлика од случајот *Baby M*, во случајот Џонсон се работи за гестациско, а не за традиционално сурогатство. Брачната двојка Џонсон донирале сперматозоиди и јајце клетки, а сурогат мајката, г-ѓа Калверт, немала никаква генетска врска со детето. Во седмиот месец од бременоста, сурогат мајката побарала да и биде исплатена целата сума предвидена во договорот, и им се заканила на Џонсонови дека во спротивно ќе го задржи детето. Првостепениот суд пресудил дека договорот за сурогат мајчинство е валиден, ги доделил родителските права на брачната двојка Џонсон и го укинал правото на сурогат мајката да го посетува детето. Врховниот суд на Калифорнија ја потврдил оваа пресуда.¹² Судот потврдил дека и сурогат мајката и г-ѓа Џонсон имаат право да се сметаат како мајки на детето. Имајќи во предвид дека законот предвидува дека детето може да има само една мајка, Врховниот суд на Калифорнија пресудил дека родителските

⁹ Види Hendricks, J., S., *Essentially a Mother*, *William and Mary Journal of Women and the Law*, Vol. 13, 2005, стр. 475.

¹⁰ Види кај Sharma, R., *An international, moral & legal perspective: The Call for Legalization of Surrogacy in India*, <http://ssrn.com/abstracts=997923>

¹¹ За повеќе детали види кај: Jacobs, *op.cit.*, стр. 20-21.

¹² За повеќе детали поврзани со случајот *Jonson v. Calvert*, види кај Storrow, *op. cit.*, стр. 605-606; Исто види и кај Jacobs, *op. cit.*, стр.14-15.

права треба да и припаѓаат на г-ѓа Џонсон. При донесувањето на одлуката според која г-ѓа Џонсон, а не сурогат мајката била прогласена за мајка на детето, покрај фактот дека г-ѓа Џонсон била генетска мајка на детето, Врховниот суд на Калифорнија го земал во предвид и т.н. „тест на намери.“ Според судот, без намерата на г-ѓа Џонсон да стане мајка, договорот за сурогат мајчинство немало ниту да биде склучен, и детето немало да се роди. Врховниот суд на Калифорнија пресудил дека сурогат мајката во времето на потпишувањето на договорот имала направено слободен и рационален избор да го искористи своето тело со цел да биде исполнета намерата на договорот.¹³ Во овој случај, судот дал предност на генетската врска и намерата да се стане родител, сметајќи ги како клучни елементи за утврдување на родителските права, додека бременоста и раѓањето на детето ги ставил во втор план.¹⁴

Одлуката на Врховниот суд на Калифорнија во Џонсон против Калверт доведе до големи дебати во САД. Дури и во одлуката на Врховниот суд на Калифорнија имало издвоено мислење во кое судијата Кенард истакнал дека Судот, со донесувањето на одлуката во конкретниот случај, го игнорирал фактот дека сурогат-мајката го носела детето девет месеци. Според ова издвоено мислење, со одземањето на нејзините родителски права, Судот ја девалвирал нејзината улога во раѓањето на детето.¹⁵ Ова мислење изразено од страна на судија Кенард беше поддржано од страна на Американски колеџ за акушери и гинеколози, чие мислење е дека жената која го раѓа детето е мајката на детето. Нејзиниот придонес (време, напор, психолошки односи со бебето) е доволен за таа да се третира како мајка на детето.¹⁶ Оваа асоцијација смета дека фактот на раѓањето на детето, за разлика од генетската врска, е од клучно значење за утврдување која од двете жени треба да се смета како мајка на детето.

Сличен став беше прифатен и од страна на Комисијата Варнок во Велика Британија, на која и била дадена задача да ги анализира сите аспекти на мајчинството и да предложи соодветни законски решенија. Во рамките на овој извештај, се вели дека доколку еден пар дал ембрион на жена која го носи и го раѓа детето, тогаш таа е мајка на детето. Според извештајот на Комисијата, сурогат мајката има обврска да ги почитува одредбите на договорот и да му овозможи на парот да ги добие родителските права, но таа исто така може да донесе одлука да го задржи детето за себе.¹⁷

¹³ Види Sharma, *op. cit.*, стр. 4.

¹⁴ Како што истакнува William Jones, улогата на сурогат мајката е редуцирана на „инкубатор“. Види Williams-Jones, B., Commercial Surrogacy and the Redefinition of Motherhood, *The Journal of Philosophy, Science and Law*, Vol. 2, February 2002. стр. 6.

¹⁵ За повеќе детели види: Storrow, *op. cit.*, стр. 606.

¹⁶ Види Nakash&Herdiman, *Journal of obstetrics and Gynecology*, Vol. 27 (3), 2007, стр. 247.

¹⁷ Види повеќе кај Williams-Jones, *op. cit.*, стр. 7.

Во случајот Белсито против Кларк (*Belsito v. Clark*) Антони и Шели Белсито склучиле договор за сурогат мајчинство со сестрата на Шели, Керол Кларк. По имплантирањето на ембрионот, парот Белсито побарал од судот да донесе одлука, пред раѓањето на детето, дека се тие законски родители на детето. Судот во Охајо одбил да донесе таква одлука, со образложение дека намерата да се добие дете (што беше прифатена од судот во случајот Џонсон против Калверт) не е најдобра основа за утврдување на родителскиот статус, поради тоа што таа понекогаш е тешко да се докаже и може да води кон неприфатливи резултати. Судот во овој случај тргнал од генетската врска, како основна за утврдување на родителскиот статус и од биолошката врска, како супсидиерен критериум.¹⁸

Според овие случаи, може да се види дека судовите во САД имаат различен пристап за утврдување на мајчинството на детето. Во некои случаи, како во *Baby M*, предност има биолошката врска, поврзана со генетската врска. Во други случаи, како во *Johnson v. Calvert* судот тргнува од намерата да се стане родител, како и од генетската врска. Во случајот *Belsito v. Clark* доминантно е значењето на генетската врска помеѓу мајката и детето, а биолошката врска е во втор план. Оваа невоедначеност во судската практика отвора големи дилеми и доведува до правна несигурност, доколку се јави спор помеѓу парот што склучува договор за сурогат мајчинство и сурогат мајката околу родителските права.¹⁹

2. Сурогат мајчинството во споредбеното право

Сурогат мајчинството е различно регулирано европските земји, и не постои еден доминантен правен модел за регулирање на оваа репродуктивна технологија. Сепак, поради бројните правни, етички и морални дилеми кои се отвораат со примената на сурогат мајчинството, тоа е забрането во повеќето европски земји: Франција, Германија, Швајцарија, Шпанија, Австрија, Холандија, Шведска, Норвешка, Унгарија, а забраната за сурогат мајчинството доминира и во земјите од нашиот регион, така што тоа е забрането во Бугарија, Албанија, Босна и Херцеговина, Хрватска, Србија и Црна Гора. Наспроти овие европски земји, сурогат мајчинството е

¹⁸ Види повеќе кај Stark, E., *Born to no Mother: In Re Roberto D.B. and Equal Protection for Gestational Surrogates Rebutting Maternity*, *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, Vol. 16:2, 2008, стр. 290.

¹⁹ За ставовите на судовите во САД и различните критериуми од кои тие тргнуваат за определување на родителскиот статус кај договорите за сурогат мајчинство види кај Stark, E., *Ibid*, стр. 287-293

исто така забрането и во многу други земји во светот, како што се Алжир, Кина, Исланд, Индонезија, Јордан, Кувајт, Тајван, Тунис, Турција и други.

Имајќи ги во предвид етичките и морални дилеми кои произлегуваат од договорите за сурогат мајчинство, во голем број на земји тие се забранети и не произведуваат правно дејство. Ова особено се однесува на комерцијални договори за сурогат мајчинство. Сепак, и покрај тоа што сурогат мајчинството е забрането во најголемиот број држави во светот, постојат повеќе земји кои ги дозволуваат договорите за сурогат мајчинство. Израел има најлиберален став кон договорите за сурогат мајчинство. Во оваа земја, Собранието ги дозволи договорите за сурогат мајчинство во 1996 година.²⁰ Во Русија, сурогат мајчинството е дозволено, најверојатно поради исклучително сериозниот проблем со кој се соочува Руската Федерација, а тоа е ниската стапка на natalitet и т.н. „бела смрт“, што резултира со намален број на луѓе во Русија.²¹ Во Семејниот Кодекс на Русија од 1995 година се предвидува дека брачните другари кои имаат дадено согласност за имплантација на ембрион во друга жена, со цел да добијат дете се во можност да се здобијат со статус на родителите само ако постои согласност од сурогат мајката. Во Велика Британија, Законот за сурогат договори од 1985 година ги дозволува само алтруистичките сурогат договори, според кои парот кој сака да има дете ги плаќа само разумните трошоци на сурогат мајката. Сепак, несигурноста произлегува од фактот дека Законот не прецизира што точно се подразбира под категоријата „разумни трошоци“. Покрај претходно наведените земји, сурогат мајчинство, исто така, е дозволено во Белорусија, Белгија, Грција, Холандија, Ерменија, Нов Зеланд, Хонг Конг, Бразил, Јужна Африка, Австралија, Тајланд, Канада и САД.

Во САД, постојат значителни разлики помеѓу државите, во однос на законската регулатива за сурогат мајчинството. Во некои сојузни држави, овие договори се забранети и казниви (како во Аризона и Дистриктот на Колумбија), во други, договорите за сурогат мајчинство не произведуваат правно дејство (Мичиген, Њујорк, Индијана, Кентаки, Луизијана и Небраска). Во некои држави (Вашингтон, Северна Дакота) само одредени договори се дозволени, а во други држави договорите за сурогат мајчинство се дозволени и се правно регулирани (Арканзас, Флорида, Илиноис, Невада, Њу Хемпшир, Тексас, Јута, Вирџинија и Калифорнија).²²

²⁰ Види повеќе кај Spar, *op. cit.*, стр. 299.

²¹ Само во последниве десетина години бројот на жители на Русија, поради нискиот natalitet, е намален за пет милиони.

²² Повеќе за правното уредување на сурогат мајчинството во одредени федерални држави во САД види: http://www.americanprogress.org/issues/2007/12/surrogacy_laws.html

Во САД, само неколку држави ги прифатија одредбите на Униформниот закон за родителство (UPA) од 2002 година, со кој се регулираат прашањата за родителските права во случај на сурогат мајчинство. Овој закон му дозволува на судот да го прифати договорот за сурогат мајчинство, доколку потенцијалните родители и сурогат мајката се согласуваат со одлуката на мајката да се откаже од родителските права и доколку надоместот наменет за сурогат мајката е разумен.²³

3. Аргументи pro et contra прифаќањето на сурогат мајчинството

Во правната теорија, најжестоките дебати се водат за комерцијалните договори за сурогат мајчинство, во кои сурогат мајката се откажува од родителските права за одреден надомест. Комерцијалните договори за сурогат мајчинство имаат неколку суштински елементи: сурогат мајката се согласува да биде оплодена и да роди дете, потоа таа се согласува да не бара родителски права врз детето, а за возврат таа добива одредена сума пари. Овој договор во основа води кон продажба на родителските права и претворање на жените во „инкубатор“ за раѓањето на деца, кои ќе имаат други родители. Во рамките на комерцијални договори за сурогат мајчинство суштествените елементи на овој договор се контроверзни. Доколку е ова договорен однос, логично се наметнува прашањето: што е точно предмет на продажба и купување во овој договор? Дали сурогат мајка го изнајмува нејзиниот труд и време, или таа го продава своето тело? Дали парот што нема деца со потпишување на договорот за сурогат мајчинство купува одредена услуга или купува дете? Овие прашања се исклучително важни, а законодавците треба да дадат одговор дали овие договори се во спротивност со моралот и јавниот интерес и дали тие треба да бидат забранети или не.

Оние кои ги поддржуваат, веруваат дека овие договори се израз на слободата на договорање и на личната автономија. Тие тврдат дека државата не треба да ги забранува овие договори, бидејќи на овој начин тоа може да ги повреди правата на поединецот без да постои разумна и оправдана причина за тоа. Според поддржувачите на договорите за сурогат

²³ UPA предвидува можност секоја страна да може да се повлече од договорот пред да биде направена фертилизацијата на сурогат мајката. Повеќе за правната регулација на сурогат мајчинството во UPA види кај: Kindregan, C. Thinking About the Law of Assisted Reproductive Technology, *Legal Studies Research Paper Series*, Research Paper 08-01, December 2007, Suffolk University Law School, Boston, Massachusetts.

мајчинство тие треба да бидат прифатени, бидејќи со нив се овозможува остварување на интересите на страните, без да предизвикаат штета на интересите на некој од нив или нанесување штета на трети лица. Само страните на овие договори се единствените кои можат да утврдат дали нивните интереси се исполнети. Нивните желби и интереси треба да имаат предност во однос на било кои „патерналистички“ интервенции на правниот систем, што може да ги забрани овие договори. Потенцијалните родители имаат желба да станат родители, и сурогатството е нивната единствена шанса, а сурогат мајката сака да се стекне со одредена сума на пари. Со склучувањето на овој договор, двете страни ќе го постигнат она што тие го сакаат, а притоа ничии интереси нема да бидат повредени.²⁴

Спротивно на тоа, противниците на договорите за сурогат мајчинство веруваат дека моралната природа на односот помеѓу родителите и децата, како и правилното воспитување на детето би можеле да претрпат сериозни повреди доколу се прифати комерцијализацијата на овие односи. Покрај тоа, противниците на комерцијализацијата на договорите за сурогат мајчинство истакнуваат дека децата не треба да се третираат како објекти кои можат да се купуваат и продаваат, и дека родителските права не може да се оттуѓат.²⁵ Основниот аргумент против сурогат мајчинство е дека со прифаќањето на сурогат договорите, сурогат мајката и бебето се претворени во обични предмети, кои можат да се купуваат и продаваат на пазарот. На овој начин, тие повеќе не се човечки суштества, со неотуѓиви права и со човечко достоинство, туку тие, како и секој друг предмет, може слободно да се продаваат и купуваат на пазарот. Според авторите кои се противат на прифаќањето на сурогат договорите, родителски права се неотуѓиви, и тие не можат да бидат продадени или „отстапени“ на другите.²⁶

Најважниот аргумент против сурогат мајчинство е т.н. теорија на „комодификација“, според која со комерцијалните договори за сурогат мајчинство се воведуваат пазарни елементи во процесот на репродукција. Како резултат на тоа, жените и децата се претвораат во објекти кои се купуваат и продаваат, со што се нарушува нивното достоинство, а тоа не

²⁴ Hatzis, A., N. "Just the Owen", *A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts*, Perspectives for the Unification and Harmonization of Family Law in Europe, Katharina Boele-Woelki (ed) Intersentia, 2003. стр. 12.

²⁵ Види повеќе кај: Reilly, D., R., *Surrogate Pregnancy: A Guide for Canadian Prenatal Health Care Providers*, *Canadian Medical Association Journal*, February 2007, 176 (4), стр. 483.

²⁶ Види повеќе за критиките за сурогат мајчинството и за неприфатливоста на договорите врз основа на кои мајките се откажуваат од родителските права кај Reilly, D., R., *Ibidem*.

може да биде прифатено во едно демократско општество.²⁷ Противниците на комодификацијата на репродуктивниот процес веруваат дека постои длабока контрадикција помеѓу блиските, интимни општествени односи (првенствено односот помеѓу мајката и детето) и финансиски трансфери во сферата на репродукцијата. Каков било контакт меѓу овие две сфери води кон „морална контаминација“ и закана на основните човекови права.²⁸ Во оваа смисла, Сандел вели дека е неприфатливо да се воведат пазарните принципи во репродукција преку договорите за сурогат мајчинство. Според Сандел „погрешно е да се третираат децата како објекти кои се предмет на договор, бидејќи на овој начин децата се деградирани и претворени во инструменти на профит, наместо луѓе достоини за љубов и грижа.“²⁹ Андерсон смета дека договорите за сурогат мајчинство се апсолутно неприфатливи, затоа што „кога пазарните норми се применуваат на родителските права и одговорности, децата од субјекти на љубовта се претвараат во објекти на користа. Кога пазарните норми се применуваат во процесот на репродукција, жените се деградираат од субјекти што заслужуваат почит и благодарност во објекти за употреба.“³⁰ Со договорите за сурогат мајчинство жената која го раѓа детето ги продава своите родителски права, што е спротивно на сите морални и етички стандарди во современите општества.

Кога се прави анализа на прифатливоста на договорите за сурогат мајчинство, треба да се има предвид дека продажбата на родителските права е во спротивност со правниот однос помеѓу родителите и децата прифатен во сите меѓународни документи, особено во Конвенцијата на ОН за правата на детето. Покрај тоа, заканата од експлоатација на жените од најсиромашните земји, како Индија или некои африкански земји станува сè повеќе очигледна, и се должи на фактот дека бројот на договори за сурогат мајчинство помеѓу овие сиромашните жени и богатите неплодни парови се зголемува. Ова го наметнува прашањето дали сурогат мајките се слободни, кога тие ќе одлучат да го потпишат договорот, или тие практично се принудени да го сторат тоа, бидејќи не постои друг начин да обезбедат храна за себе и за своите деца. Во ова смисла, Оливер вели: „Во случај на договори за сурогат мајчинство, слободата е илузија.“³¹

²⁷ Види повеќе кај Banarjee, S., *Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? A Contract Theoretic Approach*, Gokhale Institut of Politics and Economics, May 2006, Pune, India, стр. 2.

²⁸ Ertman, M., Williams, J., C., *Freedom, Equality and the Many Futures of Commodification*, University of Utah, S. J. Quinney College of Law, <http://ssrn.com/abstracts=774944>.

²⁹ Цитирано според Spar, D., *op. cit.*, стр. 301.

³⁰ Hatzis, *op. cit.*, стр. 8.

³¹ Види Spar, *op. cit.*, стр. 302.

4. Регулирање на сурогат мајчинството во Република Македонија

Во октомври 2014 година Собранието на Република Македонија ги усвои измените на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување (Закон за БПО) со кои беше воведено сурогат мајчинството во Македонија.³² Со тоа, нашата држава стана една од ретките земји во Европа во кои се дозволува сурогат мајчинството. Воведувањето на сурогат мајчинството во Македонија е поврзано со повеќе моменти кои заслужуваат посебно да бидат споменати. Имено, интересно е тоа што една конзервативна влада (како што беше Владата што ги предложи законските измени), го донесе најлибералниот модел на сурогат мајчинство во Европа. Вториот интересен момент е фактот што Македонската православна црква и останатите верски заедници во Македонија воопшто не се изјаснија за воведувањето на сурогат мајчинството. Ова е крајно невообичаено, затоа што верските организации во сите земји земаат многу активно учество кога се расправа за воведувањето на сурогат мајчинството. Така на пример во Русија, каде е дозволено сурогат мајчинството, Руската православна црква на тоа жестоко се спротивстави, со образложение дека сурогат мајчинството е противприродно и неморално. Поради ваквиот став на Руската православна црква кон сурогат мајчинството, Црквата не прифаќа да ги крсти децата кои ги родила сурогат мајката доколку претходно родителите не се покајат во црква и притоа изјават дека сурогат мајчинството е морално неприфатливо. Сличен е ставот и на српската и на бугарската православна црква, а против сурогат мајчинството е и римокатоличката црква, која наведува дека сурогат мајчинството е спротивно на единството на бракот и на дигнитетот на раѓањето на човековата личност. За разлика од овие држави, во република Македонија владееше целосен молк на верските заедници во однос на ова прашање. Трет интересен момент во врска со прифаќањето на сурогат мајчинството во Македонија е фактот што во текот на расправата се говореше само за тоа како, на кој начин да се регулира сурогат мајчинството, а речиси целосно се премолчи основното, суштинското прашање, а тоа е дали воопшто да се прифати сурогат мајчинството во нашиот правен систем, имајќи предвид дека се работи за една постапка која отвора бројни и крајно сериозни правни, морални, етички, филозофски и религиозни дилеми, поради што сурогат мајчинството е забрането во голем број европски

³² Указ за прогласување на Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување, Службен весник на РМ, бр.149 од 13.10.2014 година.

држави, како што се Франција, Германија, Италија, Шпанија, Австрија, Швајцарија и сите поранешни југословенски републики. Во наредното излагање ќе се задржиме на решенијата за сурогат мајчинството, а особено на слабостите на тие решенија, предвидени во законот за биомедицински потпомогнато оплодување на Македонија.

Најспорно е решението предвидено во Законот за БПО со кое се дозволува сурогат мајката да не биде оплодена само со ембрионот кој потекнува од парот, туку и со донирани јајце клетки и сперматозоиди, па дури и со дониран ембрион.³³ Ова е навистина екстремно либерално решение, кое е непознато во европските законодавства, и со кое се дозволува парот воопшто да нема никаква генетска врска со бебето. Брачниот пар во овој случај се претвора во менаџерски пар-плаќа за јајце клетка, плаќа за сперматозоидите, наоѓа и плаќа за сурогат мајката и добива бебе. На овој начин се доведува во прашање воопшто и самата смисла на сурогат мајчинството - а тоа е дека барем еден од родителите треба да има генетска врска со бебето што ќе го роди сурогат мајката. Ова решение во Законот за БПО, според кое ниту еден од родителите не мора да има генетска врска со детето ја отвора дилемата зошто воопшто парот да склучува договор со сурогат мајката, кога може да посвои туѓо дете, кое исто така нема генетска и биолошка врска со парот и да оствари и една хумана мисија, да обезбеди дом и родителска љубов за некое детенце кое без своја вина останало без семејство и родителска љубов.

Второто лошо решение во нашиот закон е предвидувањето дека само брачните парови можат да склучат договор за сурогат мајчинство.³⁴ Со ова се прави неоснована дискриминација на вонбрачните парови, која тешко може да се оправда и прифати, доколку се има предвид дека во нашиот закон за семејството вонбрачната заедница во многу сегменти е изедначена со бракот,³⁵ а особено доколку се знае дека во сите други

³³ Во член 1 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека ембрионот или фетусот кој се внесува во матката на гестацискиот носител е добиен со спојување на јајце клетка и сперматозоиди на жената и мажот кои се во брак или со спојување на сперматозоид на мажот од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и донирана јајце клетка, односно со спојување на јајце клетка на жената од брачната двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител и дониран сперматозоид или ембрионот или фетусот е добиен со спојување на донирана јајце клетка и дониран сперматозоид.

³⁴ Во член 1 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека „брачна двојка која бара поведување на постапка на БПО со гестациски носител“ е брачна двојка која исклучиво е заедница меѓе една жена и еден маж кои се во брак.

³⁵ Според членот 13 на Законот за семејството заедница на живот на маж и жена која не е заснована според одредбите на овој закон (вонбрачна заедница) и која траела најмалку една

случаи, освен кај сурогат мајчинството, во Законот за БПО се предвидува дека како корисници на биомедицински потпомогнато оплодување можат да се јават и вонбрачните партнери.³⁶ Сопред тоа, сега имаме една апсолутно нелогична ситуација во законот, според која вонбрачните парови може да се јават како корисници на сите постапки за биомедицински потпомогнато оплодување, вклучувајќи ја тука и постхумната репродукција,³⁷ но единствено не можат да склучат договор за сурогат мајчинство. Ваквото законско ограничување нема никакво логично и разумно оправдување, освен можеби идеолошката определба дека треба да се штити бракот, што се виде и со предложените измени на Уставот во кој бракот се дефинираше како заедница на еден маж и една жена. Но да се ограничи правото на репродукција на мажот и на жената само затоа што не се во брак е во спротивност со решенијата предвидени во сите останати случаи на биомедицински потпомогнато оплодување кои ги уредува Законот за БПО и не одговара на едно современо демократско општество.³⁸

Третиот проблематичен сегмент на регулирањето на сурогат мајчинството во Македонија е отстапувањето од вековниот принцип *mater semper certa est*, според кој мајката е секогаш сигурна и позната, а тоа е жената што го раѓа детето.³⁹ За таткото тоа не е секогаш сигурно. Според нашето законско решение, мајка веќе не мора да биде жената што го раѓа детето, туку тоа може да биде и жената што склучува договор за сурогат мајчинство, по автоматизам.⁴⁰ Во некои европски земји кои го дозволуваат

година, е изедначена со брачната заедница во поглед на правото на меѓусебно издржување и имот стекнат за време на траењето на таа заедница.

³⁶ Во член 9 од Законот за БПО се предвидува дека како корисници на биомедицински потпомогнато оплодување може да се јават полнолетни и деловно способни мажи и жени, кои се способни за вршење на родителското право и кои се во брак или живеат во вонбрачна заедница, како и сами жени, доколку претходното лекување не било успешно.

³⁷ Во член 33 став 2 од македонскиот Закон за БПО се предвидува дека во случај на смрт на мажот е дозволена постхумно БПО доколку тој пред својата смрт дал писмена согласност жената да биде оплодена. Постхумното оплодување може да се спроведе во рок од една година по смртта на мажот. Притоа, во Законот не се бара мажот и жената да се во брак, за разлика од сурогат мајчинството, кое е дозволено само за брачни парови.

³⁸ Во оваа смисла е и ставот на А. Carroll, која смета дека определувањето дека само брачните парови во САД може да склучуваат договори за сурогат мајчинство е противуставно. Според овој автор, условот партнерите да се во брак не обезбедува гаранција дека детето ќе живее во заедница со двајца родители, поради високиот број на разведени бракови, што во САД достигнува и до 50%. Види повеќе кај Carroll, A., *Discrimination in Baby Making: The Unconstitutional Treatment of Prospective Parents Through Surrogacy*, *Indiana Law Journal*, Vol. 88, 2013, стр. 1204.

³⁹ Ставот дека мајката е жената што го раѓа детето е прифатен и од Американски колеџ за акушери и гинеколози. Види повеќе кај Williams-Jones, B., *op. cit.*, стр. 7.

⁴⁰ Во член 12 в став 1 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека „Гестацискиот носител, според одредбите на овој закон, нема родителски права ниту обврски кон детето, односно

сурогат мајчинството, на пример Велика Британија, во матичната книга на родените како мајка се запишува сурогат мајката, што значи дека таму не се отстапува од принципот дека мајка на детето е жената што го раѓа детето.⁴¹ Парот што со неа склучил договор за сурогат мајчинство, може да побара откако ќе поминат шест недели од раѓањето на детето тие да бидат запишани како родители и таа да им го предаде детето, но за тоа е неопходна нејзина согласност и судска одлука. Кај нас тоа не е така, жената се откажува од мајчинството уште пред да биде оплодена, кога го склучува договорот со брачниот пар. Ова доведува до рушење на вековниот принцип дека мајка на детето е жената што го раѓа детето и до фрагментација на концептот мајка. А тоа е екстремно сериозно прашање, затоа што концептот на мајка-и во психолошка и во биолошка и во емотивна и во правна смисла е темел на кој се потпира човековата цивилизација.

Друго законско решение кое е спорно е она со кое се предвидува дека брачната двојка има право да бара прекинување на бременоста на гестацискиот носител доколку бидат утврдени медицински индикации согласно прописите кои го уредуваат прекинувањето на бременоста.⁴² Поедноставно решено, брачната двојка има право да решава за абортусот на сурогат мајката, што е спротивно на сите меѓународни конвенции со кои се предвидува дека жената е господар на своето тело и дека само таа, и никој друг-ниту нејзиниот партнер, ниту државата, ниту брачните партнери со кои склучила договор за сурогат мајчинство, нема право да решава дали таа ќе го роди детето или не. Оваа законска одредба е директно во спротивност со основните човекови права на сурогат мајката и неа ја претвора во обичен инкубатор, во ствар која ја користат други за остварување на свои интереси.

Во законот има и други нелогични одредби, како што е на пример решението дека брачниот пар може да му даде информација на детето дека него не го родила неговата мајка, туку друга жена кога тоа ќе наполни пет години.⁴³ Ваквото решение, според кое на петгодишно дете се предвидува

децата што ќе ги роди. Дадената изјава за согласност за примена на постапката на БПО со гестациски носител од член 12-б став 1 од овој закон има правно значење на изјава за откажување од признавање на мајчинство по раѓањето на детето, односно децата.

⁴¹ Според член 33 став 1 од Human Fertilisation and Embryology Act донесен во 2008 година, за мајка на детето се смета сурогат мајката и ниту една друга жена.

⁴² Види член 12 в став 4 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување.

⁴³ Во член 12-в став 5 од Законот за изменување и дополнување на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување се предвидува дека „Податоците за гестацискиот носител и начинот на кој тоа дете е зачнато и родено можат да БПО со гестациски носител по навршување на негови пет години живот.“

дека може да му се објасни дека го родила друга жена-сурогат мајка, а не неговата мајка е неприфатливо, со оглед на фактот дека дете од пет години нема доволна возраст и зрелост да го разбере сурогат мајчинството. Од сево ова што е претходно наведено произлегува дека сегашното законско решение за сурогат мајчинство има бројни слабости, за што можеби најдобро говори фактот дека и по повеќе од една година од донесувањето на законот не е склучен ниту еден договор за сурогат мајчинство во Република Македонија.

Abstract

Surrogate motherhood has been accepted in the legal system of the Republic of Macedonia in 2014, with amendments to the Law on biomedical assisted fertilization. With this reform, which Macedonia joined the few European countries where surrogacy is permitted. In this paper the author explains the concept and the various types of surrogacy and analyze the arguments pro et contra acceptance of surrogacy in the legal system of the Republic of Macedonia. The paper states that there are arguments in favor of the regulation of surrogacy, such as achieving reproductive freedom and the realization of freedom of will and freedom of contracts. At the same time, the author states that there are numerous arguments against the introduction of surrogate motherhood, which are associated with endangering the dignity of women and children, through the introduction of market elements in the process of reproduction, which can turn the child into an object that can be bought and sold on the market.

The author provides an analysis of the solutions provided in the law on biomedical assisted fertilization relating to surrogacy and points out certain weaknesses in the existing model for regulating surrogacy in Macedonia. The author points out, as weaknesses in the law, the prohibition for the extramarital couples to appear as parties in the contracts for surrogate motherhood, abandoning the concept mater semper certa est and introducing the possibility for surrogacy in which the couple is using donated embryo that is implanted in a surrogate mother, without any genetic connection between the commissioning couple and the child.

Keywords: surrogacy, altruistic and commercial surrogacy, Act on biomedically assisted fertilization

д-р Тони Дескоски *
м-р Илија Руменов**
м-р Вангел Доковски ***

**ПРИЗНАВАЊЕ И ИЗВРШУВАЊЕ НА СТРАНСКИ СУДСКИ
ОДЛУКИ
- КОМПАРАТИВЕН ПРЕГЛЕД НА РЕШЕНИЈАТА ВО ЗАКОНОТ ЗА
МЕЃУНАРОДНО ПРИВАТНО ПРАВО НА РЕПУБЛИКА
МАКЕДОНИЈА И ВО ХАШКАТА КОНВЕНЦИЈА ЗА ДОГОВОРИТЕ
ЗА ИЗБОР НА НАДЛЕЖЕН СУД ОД 2005 ГОДИНА –**

УДК: 341.9(497-7:4-6726/
Original research paper

1. Воведни напомени

Феноменот на слободно располагање со правата предизвикува појава во процесното право на се поголема употреба на договорот како средство за израз на автономијата на волјата на странките со кое се конституира судска надлежност за заштита на правата и остварување на обврските кои произлегуваат од определен граѓанско правен однос.

Во меѓународното приватно процесно право, согледувајќи ја предноста на определување на надлежен суд кој ќе ја врши заштитата на правата доаѓа до многу поголема употреба на спогодбата за избор на надлежен суд. Можноста странките со своја спогоба да изберат надлежен суд, е прифатена подоцна за разлика од можноста за избор на меродавно право. Така во САД, се до 1972 година, судовите не ја прифаќале автономијата на волјата на странките за избор на надлежен суд, врз основа сфаќањето според кое надлежноста на судот се воспоставува врз основа на критериумот на соодветност. Прифатената доктрина на *forum non conveniense* широко ја поставило можноста за непризнавање на автономијата на волјата во доменот на процесното право, преку одбивање на надлежноста на судовите на САД во случаи кога странките ја

* Доктор на правни науки, Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“ при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

** Магистер на правни науки, Асистент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

*** Магистер на правни науки, Соработник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје.

договориле нејзината надлежност.¹ Со одлуката на Врховниот Суд на САД од 1972 година, прифатена е можноста за употреба на автономијата на волјата во делот на процесното право, преку анализа на спогодбата помеѓу странките како средство за елиминација на правната несигурност и потреба на меѓународната трговија.²

На меѓународно ниво донесени се неколку конвенции и регулативи кои ја регулираат избраната судска надлежност, додека на внатрешен план, сите држави во рамките на своите национални правни системи предвидуваат услови под кои ќе може со договор помеѓу страните да се дерогира надлежоста на домашен суд проследена со пророгација на надлежност на странски суд и обратно, пророгација на надлежност на домашен суд проследена со дерогација на надлежност на странски суд. На тој начин се префрла центарот на разгледување на договорот како инструмент за физиономирање на материјалните права и обврски во правниот сообраќај, во инструмент кој успешно се користи во доменот на процесно правна заштита на материјалните права и обврски во правниот сообраќај. Како клучно прашање кое се појавува кај спогодбата за избор на надлежен суд се појавува прашањето дали договорот успешно ја пророгира надлежноста на судот проследена со дерогација на надлежноста на друг суд.³

Како посебно интересно се наметнува прашањето за признавањето и извршувањето на странските судски одлуки, особено на оние одлуки кои се донесени од страна на суд чија надлежност е пророгирана со договор помеѓу странките. Да се признае странска судска одлука значи да се даде дозвола таа да произведе правно дејство на територијата на домашната држава, односно таа да биде изедначена со одлука на домашен суд. По признавање странска судска одлука се подоразбира на странската судска одлука да и се признае својството на извршен наслов (*titulus executionis*).⁴

За предмет на анализа на овој труд ги имаме правилата кои ги содржи Хашката конвенција за договорите за избор на надлежен суд од 2005 година (во понатамошниот текст: Хашката конвенција од 2005 година)⁵ и решенијата содржани во Законот за меѓународното приватно право на Република Македонија (во понатамошниот текст: ЗМПП).⁶

¹ Gruson Michael, *Forum-Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, Illinois Law Review, 133, 1982.

² Bremen v. Zapata Off-Shore Co.

³ Briggs Adrian, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford University Press, стр. 9.

⁴ Гавроска Поликсена, Дескоски Тони, *Меѓународно приватно право*, Скопје, 2011, стр. 462.

⁵ Текстот на Хашката конвенција од 2005 година е достапен на следната интернет адреса: http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=98/

⁶ Објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 87/2007 и бр. 156/2010.

2. Историјат и структура на хашката конвенција од 2005 година

Хашката конвенција за договорите за избор на надлежен суд од 2005 година е замислена да претставува моќен меѓународен инструмент кој ќе овозможи прифаќање на волјата на странките како основа за воспоставување на меѓународна судска надлежност. Истата е замислена како пандан на Конвенцијата за признавање и извршување на странски арбитражни одлуки од 1958 година (Њујоршка конвенција). Истата е склучена на дваесетата сесија на Хашката конференција за меѓународно приватно право, на 30 јуни 2005 година. Станува збор за меѓународен договор кој содржи сет на правила за признавање на дејството на договорите склучени помеѓу странките за избор на надлежен суд, како и признавање и извршување на странски судски одлуки од страна на домашните судови.⁷ Така, Конвенцијата има за цел од една страна да го обезбеди признавањето и извршувањето на странските судски одлуки донесени од страна на судови чија надлежност е пророгирана со договор помеѓу странките, а од друга страна да обезбеди полноважност на изборот на суд од страна на страните како основа за воспоставување на меѓународна судска надлежност.

Неуспехот кој го доживеа Хашката конвенција за избор на суд од 1965 година, која беше потпишана само од Израел, на 25.12.1965 година и истата никогаш не стапи на сила, како и потребата од унификација на правилата со кои се регулира избраната меѓународна судска надлежност, во делот на меѓународната трговија, ги принудија државите во светот да започнат да размислуваат во делот на склучување на еден нов меѓународен договор кој ќе создаде правна рамка слична на онаа која е создадена со Њујоршката конвенција за признавање и извршување на странски арбитражни одлуки од 1958 година. Големиот успех на Њујоршката конвенција која е прифатена од 150 држави во светот и создаде единствен простор низ кој слободно се движат арбитражните одлуки во делот на нивното признавање и извршување ги охрабри државите да започнат да работат на нов проект, проект на унифицирање на правилата за избрана меѓународна судска надлежност.

Иницијативата за донесување на Хашката конвенција од 2005 година, потекнува од САД, кои нивната заинтересираност за донесување на меѓународен инструмент преку кој ќе се даде поддршка на глобалниот светски пазар и промовирање на меѓународната соработка, резултира со

⁷ Kamel Alexander, *Cooperative Federalism: A Viable Option for Implementing the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, The Georgetown Law Journal, Vol. 102, 20014, стр. 1822.

започнување на проектот наречен Хашка конвенција за надлежен суд уште во 1992 година.⁸ Поточно, во 1992 година, по иницијатива на САД, Хашката Конференција за меѓународно приватно право ги започна преговорите за донесување на конвенција за надлежност и признавање на судски одлуки.⁹

Првичната идеја за донесување на меѓународна конвенција со која ќе се унифицира материјата за надлежност и признавање и извршување на судски одлуки во граѓански и трговски работи резултира со изработка на драфт-конвенција во 1999 година која е усвоена како нацрт-текст на средбата на Хашката конференција во Октомври 1999 година. Предлогот се однесувал на создавање на три листи за основите на меѓународната судска надлежност:

- Бела листа – основи кои се прифатливи како основи за воспоставување на меѓународна судска надлежност при што судските одлуки кои ќе бидат донесени врз основа која постои во белата листа ќе бидат признаени и извршени во државите договорнички на конвенцијата;

- Црна листа – основи кои не се прифатливи како основи за воспоставување на меѓународна судска надлежност при што судските одлуки кои ќе бидат донесени врз основа вбројана во црната листа, нема да бидат признаени и извршени во државите договорнички на конвенцијата;

- Сива листа – основи кои се дозволени според националното право, а кои не бараат ниту забрануваат признавање и извршување на судска одлука донесена врз некоја основа од сивата листа.

Но замислената идеја се покажува како премногу амбициозен проект со оглед на решенијата кои ги нуди предлог нацрт-верзијата, односно воспоставување на меѓународна надлежност на судовите врз основа на унифицирани правила и слободно движење на судските одлуки во државите кои ќе бидат страни на конвенцијата. Заради тоа се напушта обидот за донесување на унифицирани правила за меѓународната судска надлежност и се започнува со *т.н. чекор по чекор процес* на унификација на правилата, односно се започнува со сегментирана унификација на правилата за одделни видови на меѓународна судска надлежност.¹⁰

⁸ Brand A. Ronald, Herrpur M. *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements, Commentary and Documents*, Cambridge University Press, 2008, стр. 3.

⁹ Guangjian Tu, *The Hague Choice of Court Convention: A Chinese Perspective*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 55, no. 2. 2007, стр. 347.

¹⁰ Така и Beaumont Paul, *Hague Convention of Court Agreements Convention 2005: Backround, Negotiations, Analysis and Current Status*, Journal of Private International Law, 2009, Vol. 5, No. 1, стр. 130.

Хашката конвенција од 2005 година, стапи на сила на 1 октомври 2015 година и во моментот како договорни страни се сметаат Европската унија (сите држави-членки освен Данска) и Мексико.¹¹

За да се обезбеди ефикасна примена на Хашката конвенција од 2005 во истата дадени се три основни принципи¹², со дополнителна четврта опциона можност која им е понудена на државите договорнички. Трите основни принципи врз кои почива Хашката конвенција од 2005 се следниве:

1. Судот чија надлежност е предвидена со полноважен договор за исклучива избрана меѓународна судска надлежност е должен да постапува во конкретниот случај;¹³

2. Сите други судови освен судот чија надлежност е пророгирана во согласност со Хашката конвенција од 2005 година се должни да ја запрат постапката, односно да се прогласат за ненадлежни, со исклучок на таксативно наведените случаи во кои е дозволено тие други судови да не ја прифатат пророгираната надлежност на странскиот суд и;¹⁴

3. Судските одлуки кои се донесени врз основа на договор за избор на надлежен суд согласно Хашката конвенција од 2005 се признаваат и извршуваат во другите држави договорнички, со исклучок на определени случаи.¹⁵

3. Правила во однос на признавањето и извршувањето на странските судски одлуки според хашката конвенција од 2005 година

Терминот „признавање“ во Хашката конвенција од 2005 година се употребува во смисла на признавање на правата и обврските утврдени од страна на судот кој ја донел одлуката, додека терминот „извршување“ се однесува на прифаќање на својството на извршност на странската судска одлука во однос на утврдените обврски на товар на лицето задолжено во судската одлука донесена од страна на избраниот суд.

Прашањата кои се опфатен во третиот дел на Хашката конвенција од 2005 година се прашања кои го зголемуваат значењето на Конвенцијата,

¹¹ За статусот на конвенцијата види на http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=98.

¹² Nanda Ved. *The Landmark 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Texas International Law Journal, vol. 42:773, 2006, стр. 776.

¹³ Види член 5 точка 1 од Хашката конвенција од 2005 година.

¹⁴ Види член 6 од Хашка конвенција од 2005 годин.

¹⁵ Види ги член 8 и 9 од Хашка конвенција од 2005 година.

заради дејството кое ќе го предизвика нејзиното ратификување во САД каде за прв пат ќе постои меѓународен извор врз основа на кои ќе се признае и изврши странска судска одлука во САД.¹⁶ Заради тоа и процесот на утврдување на конечниот текст бил најдолг и најспорен. Бројни биле предлозите што да се вклучи во делот на основите заради кои може да се одбие признавањето и извршувањето на странските судски одлуки.¹⁷

Како особено спорно се појавило прашањето за казнен надомест на штета која произлегува од однесување на тужениот и која е повисока од реалната штета, а целта е казнување на тужениот за неговото однесување (*punitive damages*), можност која постои во земјите кои припаѓаат на англо-саксонскиот правен систем, а која е непозната во земјите со европски-континентален правен систем.

Општото конвенциско правило е содржано во член 8 од Хашката конвенција од 2005 година, според кое судска одлука која е донесена од страна на суд чија надлежност е пророгирана со договор склучен помеѓу странките во согласност со правилата на Хашката конвенција од 2005

¹⁶ Поопширно види кај: Garnett Richard, *The Hague Choice of Court Convention: Magnum Opus or Much Ado About Nothing?* Journal of Private International Law, 2009, Vol. 5, No. 1, стр. 161-180.

¹⁷ Имплементација на Хашката конвенција од 2005 година во САД: Хашката конвенција од 2005 година претставува финален производ на процесот кој го инцирираше САД во 1992 година. Неможноста да се реализира првобитната идеја застапувана во прв ред од професорот Артур фон Мерен (Arthur von Mehren 1922-2006) да се донесе меѓународна мултилатерална конвенција со која ќе се врши дистрибуција на надлежноста на судовите помеѓу државите врз основа на разумни основи и создавање на единствен правен простор за признавање и извршување на странските судски одлуки резултираше со изработка на Конвенција и чекор по чекор реализирање на првобитната идеја. Заради тоа од особен интерес е Хашката конвенција од 2005 година да биде ратификувана од страна на САД, која во моментот ја има потпишано Конвенцијата.

Имајќи ја во предвид територијалната организација на САД и сложеноста на правниот систем, начинот на имплементација на Хашката конвенција е пред нов предизвик. Се поставува прашањето дали процесот на имплементација треба да се спроведе од страна на федералните органи на САД или пак од страна на органите на власт на државите членки на федерацијата. Односно, дали процесот да биде извршен преку усвојување на акт од Сенатот и на тој начин вклучување во федералното законодавство или имплементирање на Конвенцијата во рамките на правото на одделните држави (така и TROOBOFF Peter, *Convention on Choice of Court Agreements, Task of implementation now rest with State and Justice, along with uniform state law commissioners*, The National Law Journal, July 27, 2009). Прашањето кое ја наметнува во суштина дилемата се заснова на двојниот карактер на конвенцијата, од една страна го регулира подрачјето на спогодбата за избор на надлежен суд, додека од друга страна подрачјето на признавање и извршување на странски судски одлуки донесени врз основа на договор за избор на надлежен суд. Согласно правото на САД, прашањата кои се однесуваат на извршување на судски одлуки, а се регулирани во меѓународен договор се само-извршувачи договори согласно клаузулата за супрематија (цитирано според: BURBANK Stephen, *Federalism and Private International Law: Implementing the Hague Choice of Court Convention in the United States*, Journal of Private International Law, 2006).

година, потребно да се признае и изврши од страна на судовите на државите договорни страни на Конвенцијата.¹⁸ За да се примени одредбата од чл. 8 од Хашката конвенција од 2005 година, судската одлука мора да биде донесена од страна на суд на држава договорна страна на Конвенцијата. Така, ако се побара признавање и извршување на судска одлука во држава договорна страна на Конвенцијата, која е донесена од страна на суд на држава која не е договорна страна на Конвенцијата, судот кој ќе одлучува за признавањето и извршувањето, конечната одлука за признавање и извршување ќе ја донесе врз основа на сопствените правила на меѓународното приватно процесно право кои се однесуваат на признавањето и извршувањето на странските одлуки. Од тоа може да се заклучи дека Хашката конвенција од 2005 година во себе го содржи принципот на реципроцитет.

Во ставот 2 од членот 8 од Хашката конвенција од 2005 година е содржана забраната за *неограничена контрола* на странската судска одлука. Односно се забранува судот пред кој е поведена постапката за признавање и извршување на странската судска одлука да се впушти во утврдување на правилна примена на материјалното право и да изврши измена во диспозитивот на одлуката.¹⁹ Крајната одлука на судот на признавањето и извршувањето може да биде одлука со која или се признава и извршува или не се признава и не се извршува странската судска одлука без никаква измена во диспозитивот на странската судска одлука.

Судот во државата пред која е поведена постапката за признавање и извршување е ограничен само на испитување на претпоставките кои се такставно наведени во Хашката конвенција од 2005 година заради кои може да се одбие признавањето и извршувањето на странската судска одлука. Односно доколку во постапката за признавање и извршување странката која се противи на признавањето и извршувањето на одлуката приговори дека одлуката е донесена заради повреда на некое фундаментално процесно право на државата на судот каде е поведена постапката за признавање и извршување, судот на таа држава не е врзан за фактот кој го утврдил судот кој ја донел одлуката дека не е поврдено некое процесно право на лицето кое сега се противи на признавањето и извршувањето на судската одлука.²⁰

¹⁸ Види член 8 став 1 од Хашката конвенција од 2005 година

¹⁹ Heiser W. Walter, *The Hague Convention on Choice-of-Court Agreements: The impact of Forum non Conveniens, Transfer of Venue, Removal, and Recognition of Judgments in United States Courts*, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 31:4, 2010, стр.1036.

²⁰ Види член 8 став 2 од Хашката конвенција од 2005.

Судот на државата на признавање и извршување во тие случаи ќе може да се впушти во утврдување на факт дали е поврдено сопственото *lex fori*. Така кога страната која се противи на признавањето и извршувањето, се повикува на тоа дека донесувањето на одлука во спор каде странката неможела да учествува заради опасност од политички прогон во државата каде се спровела постапката и е донесена одлука, одлуката на тој суд дека не е поврдено некое право на странката која сега се противи не го обврзува судот на државата каде се води постапката за признавање и извршување.²¹

Доколку е донесена судска одлука од страна на суд чија надлежност е определена согласно договорот на странките за пророгација на надлежно правосудство, при што согласно внатрешните правила за судска организација е определен надлежниот суд, истата судска одлука ќе може да подпадне под режимот на Хашката конвенција од 2005 година.²² Но доколку странките во спогодбата за избор на надлежен суд точно го определите надлежниот суд во државата чие правосудство е пророгирано, а притоа не се почитувани правилата од член 5 став 3 точка (б) од Хашката конвенција од 2005 година од страна на избраната јурисдикција, евентуалната судска одлука која ќе биде донесена може да не биде признаена и извршена во државата договорна страна согласно член 8 став 5 од Конвенцијата²³.

Правилото содржано во член 8 став 5 од Хашката конвенција не треба да се чита во смисла на обврска на државата договорна страна да го одбие предлогот за признавање и извршување на странската судска одлука, туку како правило кое на државата договорна страна и остава дискреција да биде одбиен предлогот за признавање и извршување. Доколку судот донесе одлука со која ќе го одбие предлогот за признавање и извршување, заради тоа што е утврдено дека одлуката е донесена спротивно на спогодбата за избор на надлежен суд (кога е точно определен суд во една држава во смисла на член 5 од Хашката конвенција од 2005 година), истото не треба да се смета дека е вмешување во правилата за внатрешна судска организација на државата каде се наоѓа судот кој ја донел одлуката која е предмет на признавање и извршување заради тоа што доколку една држава ја прифати Хашката конвенција од 2005 година истата треба да ја почитува и применува во целост и да ги усклади внатрешните процесни правила со конвенциските правила.

²¹ Trevor Hartley & Masato Dogauchi, *Explanatory Report, Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, 2007, стр. 51.

²² Ibidem стр. 52-53.

²³ Види член 8 став 5 од Хашката конвенција од 2005 година.

3.1. Материјални претпоставки за признавање и извршување на странски судски одлуки според Хашката конвенција од 2005 година

Како посебен самостоен услов во поглед на признавањето и извршувањето на странките судски одлуки, Хашката конвенција од 2005 година предвидува странската судска одлука доколку се бара нејзино признавање истата да го има тоа својство во државата на судот каде е донесена одлуката (да биде правосилна), односно доколку се бара извршување истата да го има својството на извршност во државата на судот каде е донесена²⁴.

Доколку против странската судска одлука во државата на судот е поднесен правен лек или сеуште не е истечен рокот за поднесување на правен лек, во тој случај судот на државата на судот кој ја води постапката за признавање и извршување, одлуката по однос на признавањето и извршувањето може да ја одложи додека не заврши постапката по правниот лек или истече рокот во кој може да се поднесе правен лек²⁵. Ако пак судот пред кој е поведена постапката за признавање и извршување одлучи да го одбие предлогот за признавањето и извршувањето заради причините наведени во член 8 став 4 истото не прејудира дека странката не може да поведе нова постапка за признавање и извршување на истата странска судска одлука кога ќе биде одлучено дека истата е обврзувачка во државата на судот каде е донесена, односно ќе кога ќе истече рокот во кој можело да се бара повторно преиспитување на одлуката.

Членот 9 од Хашката конвенција од 2005 година предвидува *негативни претпоставки* во однос на признавањето и извршувањето на странските судски одлуки. Некои од основите наведени во член 9 се идентични со основите во член 6 заради кои може да не се признае надлежноста на избраниот суд, со што судот пред кој е поведена постапката да продолжи со истата. Односно исто како и во член 6, во член 9 е предвидено дека доколку е донесена судска одлука врз основа на договор за избор на надлежен суд кој е ништовен согласно правото на државата чија надлежност е пророгирана, освен доколку пророгираниот суд не одлучил дека договорот за избор на суд е полноважен²⁶, потоа доколку странките немале способност да бидат странки на спогодбата за избор на надлежен суд според правото на државата на признавањето и

²⁴ Види член 8 став 3 од Хашката конвенција од 2005 година.

²⁵ Види член 8 став 4 од Хашката конвенција од 2005 година.

²⁶ Види член 9 точка (а) од Хашката конвенција од 2005 година.

извршувањето или кога евентуалното признавање²⁷ и извршување ќе биде спротивно на јавниот поредок на државата на судот на признавањето²⁸, таквата судска одлука нема да биде признена и извршена од страна на судот на државата договорна страна каде е поведена постапката.²⁹

Останатите основи заради кои може да се одбие барањето за признавање и извршување на странската судска одлука содржани во член 9 од Конвенцијата можат да се поделат во две групи. Во првата можат да се вбројат основите кои бараат почитување начелата на парничната постапка во делот на правото на сослушување на странките и рамноправноста на оружјата, додека во втората група се вбројуваат основите кои се однесуваат на самата судска одлука, во делот на нејзиното донесување и односот со други пресуди.

Првата група ги опфаќа случаите кога е донесена судска одлука во спор каде барањето за поведување на постапката или сличните на него поднесоци и елементи на тужбеното барање не се доставени до тужениот во соодветен временски период и не му е оставено на тужениот доволно време за подготовка на својата одбрана, освен доколку тужениот се впуштил во спор без да истакне приговор заради наведените недостатоци кои впрочем ги признава и правото на судот на државата каде е донесена одлуката или пак доставувањето на поднесоците на тужениот во постапката било извршено спротивно на фундаменталните правила за доставување во државата каде се води постапката за признавање и извршување. Доколку е исполнет некој од овие услови, во тој случај судот на државата на признавањето и извршувањето на странската судска одлука може да го одбие предлогот за признавање и извршување.³⁰

Од начинот на кој е формулиран чл. 9 точка (c) (i) (ii) од Хашката конвенција од 2005 година укажува широко покривање на принципот на правичност на постапката и рамноправност на средствата за одбрана при што во конкуренција доаѓаат *lex fori* процесуалис на двете држави - во првиот случај на државата која ја донела судската одлука чие признавање и извршување се бара, додека во вториот случај на државата која одлучува по барањето за признавање и извршување на таа странска судска одлука. Основаноста на поставување на барање за почитување на правилата за доставување можат да се најдат и во сфаќањата на секој правен систем за минимум стандард на граѓанската судска постапка во делот на признавање на човековите права кои се содржани и во меѓународните документи за правата на човекот. Дотолку повеќе што државите се потписнички на голем број меѓународни договори за правата на човекот.

²⁷ Види член 9 точка (b) од Хашката конвенција од 2005 година.

²⁸ Види член 9 точка (e) од Хашката конвенција од 2005 година.

²⁹ Op. cit. Nanda Ved, стр. 782

³⁰ Види член 9 точка (c) (i) (ii) од Хашката конвенција од 2005 година.

Повредата на тие права во делот на принципите на фер граѓанска судска постапка е содржана како самостојна основа за поведување на постапка пред Европскиот суд за човекови права согласно член 6 од Европска конвенција за човекови права од 1950 година. Членот 6 од Европската конвенција за човекови права предвидува дека секој има право на правично и јавно, во разумен рок, пред независен и непристрасен со закон воспоставен суд да бидат разгледани и утврдени неговите граѓански права и обврски или основаноста на какви било кривични обвиненија против него. Пресудата се изрекува јавно, а новинарите и јавноста можат да бидат исклучени за време на целата или на дел од постапката во интерес на моралот, јавниот ред или националната безбедност во едно демократско општество, кога тоа го наложуваат интересите на малолетник или заштита на приватниот живот на страните во спорот, или кога тоа судот го смета за неопходно затоа што во посебни околности публицитетот може да им нанесе штета на интересите на правдата.³¹ Така доколку е донесена судска одлука од страна на суд чија надлежност е пророгирана во согласност со правилата на Хашката конвенција од 2005 година при што истата држава ја има ратификувано и Европската конвенција за човекови права од 1950 година, при што одлуката е досена во постапка за која не е известен тужениот или неможел да ги истакнува своите средства за одбрана, апликантот пред Европски суд за човекови права би можел да поведе постапка против државата чија припадност има судот кој ја донел пресудата врз основа на споменатите недостатоци.

Во втората група на основи заради кои може да се одбие барањето за признавање и извршување на странската судска одлука се причините кои влијаеле врз донесувањето на судската одлука и нејзиниот однос со други пресуди.³² Доколку судската одлука е донесена по пат на измама³³ во најширока смисла на зборот која опфаќа како измама поврзана со самата постапка, така и донесување на судската одлука од страна на судија кој е поткупен, сведок во постапката или вештак, претставува основ за одбивање на признавањето и извршувањето на одлуката. Судот на земјата на признавањето и извршувањето одлуката во однос на овој услов ќе ја заснова врз основа на правото на државата на судот кој ја донел одлуката.

Како последни две основи заради кои може да се одбие барањето за признавање и извршување на странската судска одлука се оние кои се однесуваат на односот на судската одлука со други судски одлуки.

³¹ Види го чл. 6 ст. 1 од Европската конвенција за човековите права.

³² Heiser W. Walter op. cit. стр.1037/

³³ Види член 9 точка (d) од Хашката конвенција од 2005 година

Најпрво може да биде одбиено барањето за признавање и извршување на странска судска одлука за спор за кој е веќе правосилно одлучено во државата каде се бара признавањето и извршувањето³⁴. Повторно станува збор за дискреционо право на судот како што впрочем се и сите правила кои се однесуваат на основите заради кои може да биде одбиено барањето за признавање и извршување. Доколку судот одлучи да го одбие барањето заради овој основ, покрај условот за постоење на две пресуди потребно е утврди идентичност на двете странки и на спорот.

Друга основа заради кои може да се одбие барањето за странска судска одлука, а притоа истата се однесува на односот на судската одлука со некоја друга судска одлука е случајот кога двете судски одлуки се одлуки на странски судови, едната на странски суд чија надлежност е пророгирана, а втората од страна на некој друг странски суд³⁵. За разлика од условот содржан во членот 9 точка (f) од Конвенцијата, условот во истиот член под точка (g) е поставен доста потесно и е намалена дискреционата можност на судот на државата каде се води постапката за признавање и извршување на судските одлуки. Така барањето за признавање и извршување на странската судска одлука која е донесена од страна на суд чија надлежност е определена со договор за избор на надлежен суд, под овој услов може да биде одбиено само доколку бидат исполнети кумулативно 4 услови содржани во членот 9 точка (e) и тоа³⁶:

1. Судската одлука за која е поведена постапката за признавање и извршување е донесена по донесување на друга судска одлука;
2. Потребно е да се донесени судски одлуки помеѓу исти странки;
3. Потребно е судските одлуки да се однесуваат за ист предмет на спорот;
4. И двете странски судски одлуки треба да ги исполнуваат условите за признавање и извршување во земјата каде се бара признавањето и извршувањето на странската судска одлука донесена врз основа на договор за избор на надлежен суд помеѓу странките.

Внесувањето на две основи заради кои може да се одбие барањето за признавање и извршување, а кои се однесуваат на односот на судската одлука чие признавање и извршување се бара со некоја друга судска одлука е сосема разбирливо доколку доследно се применува принципот на *res iudicata*. Односно потребно е да се оневозможи паралелно дејство на две судски спротиставени одлуки за еден ист предмет помеѓу исти страни во правниот систем на една држава, што е сосема разбирливо со оглед на

³⁴ Види член 9 точка (f) од Хашката конвенција од 2005 година

³⁵ Види член 9 точка (e) од Хашката конвенција од 2005 година.

³⁶ Trevor Hartley & Masato Dogauchi, *op. cit.*, стр. 56.

барањата за правна сигурност. Не е потребно да се бара целосна спротиставеност на одлуките. Може да се појави и ситуација каде во диспозитивот на судската одлука се прифаќа тужбеното барање, но различна е висината на надоместокот на штетата.

3.2. Признавање и извршување на одлука за претходно прашање според Хашката конвенција од 2005 година

Членот 10 од Хашката конвенција од 2005 година го регулира прашањето на признавање и извршување на одлука за претходно прашање. Овој член во суштина претставува, единствен исклучок од дискреционото право на судот за одбивање на барањето за признавање и извршување на странски судски одлуки затоа што членот 10 поставува задолжително правило во поглед на донесување на решение со кое се одбива барањето за признавање и извршување на одлука донесена по претходно прашање за предмети за кои се исклучени од опсегот на Конвенцијата во согласност со членот 2 ставот 2 од Конвенцијата.³⁷ Така доколку на пример во една држава договорна страна се побара признавање и извршување на одлука донесена по претходно прашање во однос на правото на владение на недвижна ствар, барањето за признавање и извршување ќе биде одбиено согласно членот 10 став 1 од Хашката конвенција од 2005 година, заради тоа што прашањата кои се наведени таксативно во членот 2 став 2 од Конвенцијата се прашања за кои може пророгираниот суд да одлучи само како претходно прашање кое ќе се појави во постапката за донесување на главна одлука. Доколку пак судската одлука е донесена врз основа на одлука на пророгираниот суд за претходно прашање, во тој случај признавањето на судската одлука се остава на дискреционо право на судот кој може да го прифати барањето или да го одбие во согласност со членот 10 став 2 од Хашката конвенција од 2005 година.³⁸

Предвидените конвенциски правила во овој дел се сосема разбирливи. Ако прашањето се појави како претходно во спор за главната работа, се остава можност судот да самиот одлучи по претходното прашање со напомена дека одлука ќе важи само во конкретниот случај, под услов за тоа прашање да не е правосилно одлучено во постапка каде се појавува како главно прашање, затоа што судот каде се поставило прашањето како претходно ќе биде врзан со одлуката на судот каде истото

³⁷ Види член 10 став 1 од Хашката конвенција од 2005 година.

³⁸ Види член 10 став 2 од Хашката конвенција од 2005 година.

прашање се појавило како главно. Станува збор за широко поставено процесно правило во сите држави во светот.

Со оглед на специфичната поставеност на прашањата за интелектуална сопственост во Хашката конвенција од 2005 година, во членот 10 став 3 поставени се посебни правила во поглед на признавање на судска одлука која се заснова на претходно прашање во поглед на полноважноста на права од интелектуална сопственост различни од авторските права.³⁹ Така барањето за признавање и извршување на странска судска одлука која е донесена во спор чиј исход зависел од донесување на одлука по претходно прашање во однос на полноважноста на некое право од интелектуална сопственост во согласност со Конвенциските правила може да биде одбиено или да се одложи донесувањето на одлука во однос на барањето само доколку одлуката чие признавање и извршување се бара е во спротивност со одлука за која е одлучено за полноважноста на правото од интелектуална сопственост во државата чие право е меродавно во однос на правото од интелектуална сопственост, односно доколку сеуште не е одлучено по однос на барањето за полноважност на правото од интелектуална сопственост.⁴⁰

Правата од интелектуалната сопственост се замислени како негативни права, односно како права од чија потреба треба да се воздржуваат сите. Односно, за нивната заштита потребен е различен механизам во однос на традиционалното решавање на спорите. Заради тоа можеби треба да се размисли и за внесување на прашањата од интелектуална сопственост во делот на меѓународно унифицирање на меѓународната надлежност во однос на поврдата на правата. Ако е тешко да се утврди постоење на повреда на право од интелектуална сопственост преку интернет, внесувањето на договорни клаузули со кои ќе биде избран надлежниот суд кој ќе ја даде заштитата ќе ги даде потребните резултати во однос на извесноста. Друго е прашањето во овој случај за начинот како ќе се даде согласноста да се биде обврзан со тој договор, но потребно е да се започне изградба на ефикасен систем на заштита на правата од интелектуална сопственост чекор по чекор по чекор слично на начинот на изградба на правилата за унифицирана меѓународна судска надлежност. Можеби првиот чекор е веќе и направен, со авторските права во опсегот на Хашката конвенција од 2005 година. Токму појавата на *forum shopping* и е најчеста кај нив. На тој начин се дава барем правна сигурност во однос на лицата кои се појавуваат како страна на однос чиј предмет се правата од *copyright* за местото и правниот систем кој ќе ја даде заштитата на истите.

³⁹ Види член 10 став 4 од Хашката конвенција од 2005 година

⁴⁰ Nanda Ved. op. cit. стр. 783.

Во тој правец се насочени и препораките за потребата од промени во делот на *forum shopping* кај правата од интелектуална сопственост.

3.3. Посебни основи за одбивање на предлогот за признавање и извршување на странските судски одлуки според Хашката конвенција од 2005 година

Можноста државите со еднострани декларации заради постоење на силен национален интерес да не се признаат договорите за избор на надлежен суд за точно определен вид на предмети, го предизвикува внесувањето на ставот 4 во членот 10, според кој доколку е донесена судска одлука во спор кој е исклучен од опсегот на Конвенцијата согласно едностраната декларација на државата, евентуалната судска одлука може да не биде признаена и извршена во државата која ја дала едностраната декларација.⁴¹

Од страна на Австралија во делот на подготовка на Хашката Конвенција од 2005 година било предложено дополнување на членот 10 став 4 според кој, правилата кои се содржани во членот 10 ставовите 1 и 2 се правила кои се *mutatis mutandis* во однос на членот 2 став 2 со оглед на дејството на судската одлука не само помеѓу странките на спорот, туку и во однос на сите трети лица.⁴² Предлогот на Австралија во конечниот нацрт-текст на Хашката конвенција од 2005 година е изоставен. Така примената на членот 10 став 1 и 2 не е условен со донесување на противречна одлука туку претставуваат самостојни правила во однос на одбивање на барањето за признавање и извршување на странска судска одлука за претходно прашање, односно одлука донесена врз основа на одлука за претходно прашање.

Како самостојна дискрециона основа за одбивање на барањето за признавање на странска судска одлука, во членот 11 од Хашката конвенција од 2005 година е предвидено признавање и извршување на судска одлука во која е содржан надомест за казенена одговорност на тужениот и која не е всушност не е надомест за вистинска штета (*punitive damages*)⁴³. Внесувањето на ваква одредба е сосема разбирливо со оглед на разликите кои постојат во европско-континенталниот и англо-саксонскиот правен систем. Додека во земјите со англо-саксонски правен систем,

⁴¹ Види член 10 став 4 од Хашката конвенција од 2005 година.

⁴² Exclusive choice of court agreements, Draft Hague Convention, Working Document, March 2005, Civil Justice Division, Attorney-General's Department, стр.14.

⁴³ Види член 11 од Хашката конвенција од 2005 година.

судовите можат да досудат казнен надомест во граѓанска постапка, во земјите со европски-континентален правен систем не само што судовите никогаш нема да досудат казнен надомест, туку и нема да признаат и извршат странска судска одлука во која е содржан казнен надомест или која е донесена со единствена цел исплата на казнен надомест во користи на тужителот за сметка на тужениот.

Концептот на казнен надомест (*punitive damages*) е концепт чие постоење е самото по себе деликатно во меѓународното приватно право, за разлика од меѓународното право каде овој концепт не предизвикува особени контроверзии.⁴⁴ Согласно прифатениот концепт во меѓународното приватно право во државите кои го прифатиле казниот надомест, единствен исклучок кога може да не се досуди тој надомест е постоењето на широк јавен интерес во однос на однесувањето на тужениот во корист на тој интерес. Во делот на меѓународното приватно право пак, концептот на казенен надомест може да се разгледува од три аспекти.⁴⁵

1. Кога е побарано вмешување орган на државата заради одбивање на тужениот да се впушти во расправа (*punitive damages*);
2. Кога треба да се признае и изврши одлука со кое е определен казниот надомест (*punitive damages*);
3. Кога судот применувајќи ги сопствените колизиони правила треба да примени странско право кое го прифаќа концептот на казнен надомест (*punitive damages*).

За меѓународното приватно процесно интерес предизвикува втората ситуација кога треба да се признае и изврши странска судска одлука со кое е определен казнен надомест. Доколку е потребно да се признае и изврши странска судска одлука со која е определен казнен надомест (*punitive damages*) во држава каде што овој концепт не е прифатен, барањето ќе биде одбиено врз основа на постоење на повреда на јавниот поредок.

Заради тоа е интересен концептот на поставеност на одлуката со која е определен казенен надомест во Хашката конвенција од 2005 година која има за цел да го унифицира правото во поглед на избраната меѓународна судска надлежност и во земјите кои припаѓаат на европско-континентлиниот и англо-саксонскиот правен систем. Основот за одбивање согласно членот 11 од Хашката конвенција од 2005 година е поставен во

⁴⁴ Jürgen Basedow, Toshiyuki Kono, Giesela Rühl, *An economic analysis of private international law*, Max-Planck-Institut-für ausländisches und internationales Privatrech, Materialien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, Mohr Sibeck, 2006, стр. 170

⁴⁵Isidoro Reguejo Marta in [Helmut Koziol, Vanessa Wilcox, Bjarte Askeland](#), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Springer-Verlang / Wien, 2009, стр. 238.

насока на диспозитивно овластување упатено кон судот кој треба да ја признае и изврши странската судска одлука и директно ќе зависи од фактот дали концептот на казнен надомест е прифатен или не во државата каде се води постапката за признавање и извршување. Така, оние држави кои и веќе ги признаваат и извршуваат странските одлуки за надомест на штета во целост, вклучително и делот во однос на казниот надоместок, можат да продолжат и понатаму со признавањето и извршувањето. Државите кои го отстрануваат ("shave off") казниот надомест (врз основа на правилото за јавен поредок) и го признаваат и извршуваат остнатиот дел од странската судска одлука исто така можат и во иднина да продолжат со постапувањето на тој начин. А оние држави кои го одбиваат признавањето и извршувањето на странските судски одлуки во целост затоа што содржат казна надоместок затоа што сметаат дека истиот не е во согласност со нивниот правен систем и затоа што недостасува правило за одвојување на деловите на судската одлука во иднина ќе бидат обврзани според правилата на Конвенцијата да го извршат делот за надомест на штета утврден во странската одлука, но ќе бидат и овластени (но не и обврзани) да го извршат казниот надоместок.⁴⁶

Материјалните услови за признавање и извршување кои се содржани во Хашката конвенција од 2005 година се применуваат и на признавањето и извршувањето на спогодбите за судски порамнувања склучено пред суд на држава чија надлежност е пророгирана.⁴⁷

3.4. Формални претпоставки за признавање и извршување на странска судска одлука според Хашката конвенција од 2005 година

Хашката Конвенција од 2005 година не предвидува каква ќе биде постапката за признавање и извршување на странската судска одлука туку остава тоа да се спроведе според правилата на државата на судот кој ја спроведува таа постапка.⁴⁸ Односно секоја држава си ја задржува резервираната надлежност во делот на спроведување на постапка за егзекутура на странските судски одлуки. Хашката конвенција од 2005 година утврдува единствено кои исправи треба да бидат приложени кон барањето за признавање и извршување.

⁴⁶ Andrea Shulz, *The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*, Journal of Private International Law, 2006, Vol. 2, No. 2, стр. 258.

⁴⁷ Види член 12 од Хашка конвенција од 2005 година.

⁴⁸ Види член 14 од Хашката конвенција од 2005 година.

Па така кон барањето за признавање и извршување на странска судска одлука донесена од суд чија надлежност е пророгирана со договор помеѓу странките, потребно е да бидат поднесени следниве прилози:

1. Заверена судска одлука чие признавање и извршување се бара;⁴⁹
2. Договорот за избор на исклучива избрана судска надлежност, во оригинал или заверен препис;⁵⁰
3. Доколку судската одлука е донесена заради неподнесување на одговор на тужениот на тужбата, документ со кој се потврдува уредната достава на тужбата до тужениот;⁵¹
4. Доколку се бара извршување на судската одлука, доказ дека истата го стекнала својството на извршност во државата на судот каде е донесена;⁵²
5. Доколку се бара признавање и извршување на спогодба за судско порамнување, доказ дека спогодбата за судско порамнување во државата на судот каде е донесена е изедначена со судска одлука на таа држава;⁵³

Доколку документите не се службениот јазик на државата на судот на признавање и извршување, потребно е да бидат преведени од страна на официјален преведувач, освен доколку не е поинаку определено во државата која одлучува за признавањето и извршувањето на странската судска одлука;⁵⁴ Исто така доколку е можно делумно признавање и извршување на странска судска одлука, согласно конвенциските правила истото ќе биде спроведено;⁵⁵

Хашката конвенција од 2005 година, ја укинува потребата за меѓународна легализација на исправите. Легализацијата на исправите означува заверување на веродостојноста (автентичноста) на исправата што го врши надлежен државен орган. Меѓународната легализација ја вршат дипломатско-конзуларните претставници или Министерството за надворешни работи на странската држава во која таа исправа треба да се употреби⁵⁶. Членот 18 од Хашката конвенција од 2005 година ја укинува секоја потреба од меѓународна легализација, како и секоја дополнителна формалност во однос на утврдување на автентичноста, вклучувајќи го и ослободувањето од апостилот. Ослободување од обврската за апостил произлегува од неговото предвидување во Хашката конвенција за

⁴⁹ Види член 13 став 1 точка (а) од Хашката конвенција од 2005 година.

⁵⁰ Види член 13 став 1 точка (б) од Хашката конвенција од 2005 година.

⁵¹ Види член 13 став 1 точка (с) од Хашката конвенција од 2005 година.

⁵² Види член 13 став 1 точка (д) од Хашката конвенција од 2005 година.

⁵³ Види член 13 став 1 точка (е) од Хашката конвенција од 2005 година.

⁵⁴ Види член 13 став 4 од Хашката конвенција од 2005 година.

⁵⁵ Види член 14 од Хашката конвенција од 2005 година.

⁵⁶ Гавроска Поликсена, Дескоски Тони *op. cit.* стр. 459.

укинување на потребата за легализација на странските јавни исправи од 1961 година, според која единствен услов за употреба на странските јавни исправи кои се опфатени со Конвенцијата е тие да бидат снабдени со апостил. Целта е Хашката конвенција од 2005 година да содржи специјално правило кое ќе ја укине потребата која ја наметнува Хашката конвенција за укинување на потребата за легализација на странските јавни исправи во државите кои ќе бидат договорни страни на двете конвенции.

4. Признавање на странски судски одлуки според законот за меѓународно приватно право на република Македонија

Во Република Македонија, признавањето и извршувањето на странските судски одлуки е регулирано во ЗМПП. Со оглед на тоа што ЗМПП поставува општ режим за признавање на странски судски одлуки независно за каков вид на спорови се донесени и независно од тоа дали истите се донесени од страна на суд чија надлеженост е договорена или не спогодбено од страна на странките, не постојат посебни правила кои би биле исклучиво резервирани и во примена само кога ќе треба да се признае странска судска одлука донесена од страна на странски суд. Но, сепак постојат услови кои можат да спречат признавање на странска судска одлука доколку со неа се повредува пророгација на суд на Република Македонија.

Во однос на формалните претпоставки, ЗМПП поставува систем на *numerus clausus* во членовите 101 и 102. Така, подносителот на барањето за признавање на странска судска одлука е должен кон предлогот за признавање на странската судска одлука, да ја приложи странската судска одлука во оригинал или заверен препис и да приложи потврда од надлежниот странски суд, односно друг орган за правосилноста на одлуката според правото на државата во која е донесена.⁵⁷ Ако оригиналот на странската судска одлука или нејзиниот заверен препис не се составени на јазикот кој е во службена употреба пред судот пред кој се поведува постапката за признавање на таа одлука, странката што бара признавање на одлуката мора да поднесе и заверен превод на странската судска одлука на јазикот кој е во службена употреба пред тој суд.⁵⁸ Но, доколку покрај признавањето на странската судска одлука се бара и признавање на својството на извршност на одлуката, потребно е да се достави и потврда за извршноста на странската судска одлука.⁵⁹

⁵⁷ Види член 101 став 1 од ЗМПП.

⁵⁸ Види член 101 став 2 од ЗМПП.

⁵⁹ Види член 102 од ЗМПП.

Материјалните услови за признавање и извршување на странските судски одлуки се содржани во членовите 103-107. На дел од нив се внимава по службена должност, но на дел единствено по приговор на странските. Така, на постоењето на исклучива меѓународна надлежност на суд на Република Македонија,⁶⁰ на постоење на правосилна одлука во истата работа меѓу истите странки⁶¹ и повреда на јавниот проедок, се внимава по службена должност.⁶² Но суд на Република Македонија, ќе го одбие признавањето на странската судска одлука, ако една од странките докаже дека поради неправилности во постапката, не можела да ги истакнува своите средства за одбрана или поканата, тужбата или решението со кое е започната постапката не и биле доставени на начин предвиден со правото на државата во која одлуката е донесена, односно дека воопшто немало ниту обид за такво доставување, освен ако на кој и да било начин се впуштила во расправање за главната работа во првостепената постапка.⁶³ Исто така, судот ќе го одбие признавањето на странската судска одлука, ако по приговор на лицето за кое таа одлука е донесена, утврди дека надлежноста на странскиот суд била заснована исклучиво врз основа на државјанството на тужителот.⁶⁴

Заштитата на пророгираната меѓународна судска надлежност на суд на Република Македонија, се огледа во членот 105 став 2 каде се предвидува дека судот ќе го одбие признавањето на странската судска одлука, ако по приговор на лицето за кое таа одлука е донесена, утврди дека странскиот суд кој ја донел одлуката не го земал предвид договорот на странките за надлежност на судот на Република Македонија.⁶⁵ На тој начин, се заштитува спогодбата помеѓу странките за избор на надлежност на суд на Република Македонија, а со тоа се дава и дејство на согласноста на странките нивните спорови да бидат решени од страна на суд на Република Македонија. Секако, ова не треба да биде во примена доколку лицето кое се противи на признавањето на странската судска одлука не приговорило во однос на постоењето на избрана меѓународна судска надлежност на суд на Република Македонија, затоа што во спротивно, доколку молкумно се впуштило во расправа пред странки суд, ќе се смета дека е извршена молкумна дерогација на претходно избраниот надлежен суд.

⁶⁰ Види член 104 од ЗМПП.

⁶¹ Види член 106 од ЗМПП.

⁶² Види член 107 од ЗМПП.

⁶³ Види член 103 од ЗМПП.

⁶⁴ Види член 105 став 1 од ЗМПП.

⁶⁵ Види член 105 став 2 од ЗМПП.

5. Заклучок

Донесувањето на Хашката конвенција од 2005 година значи почеток на процесот за надминување на разликите кои постојат помеѓу правните системи во делот на избраната меѓународна судска надлежност. Иако е на самиот почеток од своето постоење, сепак интересот кој го пробуди кај државите укажува дека е завршена добра работа во рамките на Хашката конференција за меѓународно приватно право.

Во делот на признавањето и извршувањето на судските одлуки кој се донесени врз основа на спогодба за избор на надлежен суд предвидено е основно правило во однос на признавање и извршување на странските судски одлуки. Клаузулата за самоисклучување која ги соржи основите за непризнавање и неизвршување на странската судска одлука, истите ги форулмира во насока на овластувања, а не должности за одбивање на барањето за признавање и извршување. Дискреционото правило се остава на судот на признавање и извршување дали ќе го прифати недостатокот како небитен и притоа ќе го конвалидира со давање на одобрување за признавање и извршување.

Сите материјални претпоставки за признавање и извршување се поставени како негативни процесни претпоставки. За разлика од материјалните претпоставки каде основите се дадени во однос на овластување за можност за одбивање на предлогот за признавање и извршување, формалните претпоставки мора да бидат исполнети и тие се таксативно наведени. Временскиот момент е фиксиран и тоа е моментот кога се поднесува предлогот за признавање и извршување.

Во однос на Република Македонија, потпишувањето на Хашката конвенција од 2005 година ќе придонесе до создавање на посебни правила во однос на признавањето на странски судски одлуки кои се донесени во согласност со правилата на Хашката конвенција од 2005 година. Така, Република Македонија, во своето законодавство ќе внесе можност и за признавање на судски одлуки кои содржат и казнена надоместо, но дискутабилно е дали суд во Република Македонија ќе дозволи да се признае во целост странска судска одлука која содржи казнен надоместок, имајќи ги во предвид сфаќањата за јавниот проедок.

РЕЗИМЕ

Во овој текст, авторите даваат преглед на решенијата кои ги нуди Хашката конвенција за договорите од 2005 година и на Законот за меѓународното приватно право на Република Македонија, а кои се однесуваат на условите (формални и материјални) за признавање и извршување на судските одлуки кои се донесени од страна на судовите чија надлежност е регулирана според Конвенциските правила.

Најнапред, авторите даваат краток историски преглед на процесот на донесување на Хашката конвенција од 2005 година, а подоцна се задржуваат на самостојна анализа на материјалните услови и формалните услови за признавање и извршување на судски одлуки според конвенциските правила.

Како посебно интересни, авторите ги издвојуваат прашањата поврзани со признавањето и извршувањето на одлуките за претходните прашања и т.н. *punitive damages*. Исто така, како еден од заклучоците кои се изведени во текстот е забраната за неограничена контрола на судот на признавањето и извршувањето кои авторите ја изведуваат од самиот текст на конвенцијата.

Prof. d-r sci. Toni Deskoski*
Ilija Rumenov MSc **
Vangel Dokovski MSc***

**RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS
- COMPARATIVE OVERVIEW OF THE PRIVATE INTERNATIONAL
LAW ACT OF REPUBLIC OF MACEDONIA AND THE HAGUE
CONVENTION ON CHOICE OF COURT AGREEMENTS**

The Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements aims at ensuring the effectiveness of choice of court agreements between parties to international commercial contracts.

The Convention contains three basic rules that give effect to choice of court agreements:

1. The chosen court must in principle hear the case (Art. 5);
2. Any court not chosen must in principle decline to hear the case (Art. 6); and
3. Any judgment rendered by the chosen court must be recognised and enforced in other

Contracting States, except where a ground for refusal applies (Arts 8 and 9)

The authors analyse the recognition and enforcement of foreign judgments under the provisions contained in the Hague Convention from 2005. Special attention is given to the Articles 8 and 9 of the Convention.

Throughout the paper, a comparative analysis is given to the history of the Convention and the relations between Article 6 (Obligations of a court not chosen) and Article 9 (Refusal of recognition or enforcement) of the Convention. Also, the authors analyse the recognition and enforcement of foreign judgments under the provisions contained in the Private International Law Act of Republic of Macedonia.

* Full-time Professor, University "Ss. Cyril and Methodus", Faculty of Law "Iustinianus Primus", in Skopje.

** Teaching and Research Assistant, University "Ss. Cyril and Methodus", Faculty of Law "Iustinianus Primus", in Skopje.

*** Teaching and Research Fellow, University "Ss. Cyril and Methodus", Faculty of Law "Iustinianus Primus", in Skopje.

MOGUĆA OGRANIČENJA SLOBODNOM KRETANJU RADNIKA PO PRISTUPANJU SRBIJE EVROPSKOJ UNIJI*

УДК: 342.726-057(4-6728/497.11)

Original research paper

Apstrakt

Pravo na slobodno kretanje jedno je od četiri osnovne slobode koje uživaju građani Evropske unije. Sastoji se iz prava na kretanje i boravak, prava na boravište, pravo na ulazak i boravak članova porodice i na zapošljavanje. Jedno od ograničenja prava na slobodno kretanje radnika u EU odnosi se na radnike iz novih država članica. Prelazni period obično iznosi sedam godina, a svrha mu je da spreči nagli priliv radne snage iz novoprimitljene države članice. Međutim, raspoloživi podaci dovode u sumnju ovakav pristup. Na kraju 2012.godine, tek je 2, 8% građana EU živelo u državi članici različitoj od one čiji su državljani (podaci EUROSTAT-a). Kulturne, jezičke, finansijske i druge prepreke relativizuju pravo na slobodno kretanje radnika unutar EU, što dovodi u pitanje opravdanost postojanja ovog ograničenja, što je i predmet ovog rada.

Ključne reči: evropske integracije, radna snaga, ograničenja slobode kretanja.

1. Sloboda kretanja lica (naročito radnika) u Evropskoj uniji

Sloboda kretanja lica uopšte, a posebno radnika, predstavlja jedan od ugaonih kamena Evropske unije (EU). Saglasno čl. 3, st. 3 Ugovora o Evropskoj uniji, EU ima za cilj da uspostavi unutrašnje tržište. Pojam “unutrašnjeg tržišta” dat je u Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije, i to kao prostor bez unutrašnjih granica, u kojem se osigurava slobodan protok roba, lica, usluga i kapitala, u skladu sa propisima Ugovora. Međutim, iako se unutrašnje tržište definiše preko osnovnih sloboda, ono se ne može izjednačiti sa njima, s obzirom da osim pripisa o osnovnim

¹ Vanredni profesor Pravnog fakulteta, Univerziteta u Nišu, Republika Srbija

*Rad je rezultat sprovedenog istraživanja na projektu br. 179046 “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

slobodama ono obuhvata i propise o konkurenciji i propise o uskladjivanju prava, koji zajedno služe produbljenu integracije između privrednih subjekata.²

Osnovne slobode dele se na slobodno kretanje lica, slobode kretanja proizvoda i kapitala, dok se sloboda kretanja radnika i sloboda poslovnog nastanjanja svrstava u slobode kretanja lica. S druge strane, u slobode kretanja roba i kapitala spada i sloboda kretanja robe i sloboda kretanja kapitala. Sve one formulisane su kao zabrane primene nacionalnih propisa koje stvaraju prepreke za unutrašnje tržište, izuzev ako nisu opravdane prinudnih zahtevima od opšteg interesa.³ U vezi slobodnog kretanja radnika u EU, u literaturi se sreću i stavovi da je se ta sloboda na neo-liberalnom tržištu rada često shvata i kao socijalna dimenzija Evropske unije. Na prvi pogled, stoga, slobodno kretanje radnika je ekonomski, a ne društveni koncept. Međutim, slobodno kretanje stvara brojne probleme, koji pokazuju svoju čisto socijalnu prirodu: transfer penzija i socijalnih davanja, davanja za slučaj nezaposlenosti radnicima migrantima, socijalno osiguranje i mnoge druge povlastice.⁴

Pravni okvir za slobodno kretanje lica (radnika), osim u Ugovoru o Evropskoj uniji i Ugovoru o funkcionisanju Evropske unije, sadržan je i u Direktivi 2005/38/EZ o pravu građana Unije i članova njihovih porodica na slobodno kretanje i boravište na području države članice⁵, kao i u Uredbi (EU) br. 492/2011 o slobodi kretanja radnika u Uniji.

Prvi od ovih propisa opštijeg je karaktera, s obzirom da se odnosi na pravo svih građana Unije i članova njihovih porodica, bez obzira na njihov radnopravni status. Na samom početku ističe se da građanstvo Unije daje svakom građaninu osnovno i lično pravo na slobodu kretanja i boravišta na području države članice. To pravo podložno je samo ograničenjima i uslovima koji su utvrdjeni u Ugovoru i merama donetim za njegovu primenu. Na načelniji karakter Direktive upućuje i odredba koja ističe da je građanstvo Unije osnovni status državljana država članica kada ostvaruju pravo na slobodu kretanja i boravišta te je, stoga, potrebno izvršiti kodifikaciju i preispitati postojeće instrumente Zajednice kojima su zasebno uređeni radnici (što je učinjeno

² Z. Meškić, D. Samardžić, *Pravo Evropske unije (I)*, TDP Sarajevo-GIZ-Otvoreni Regionalni fond za jugoistočnu Evropu, Sarajevo, 2012, str. 289.

³ Z. Meškić, D. Samardžić, *op. cit.*, str. 291.

⁴ B. Bercuson, *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009, str. 32.

⁵ Ovom Direktivom izmenjena je Uredba (EEZ) br. 1612/68 i stavljene su van snage direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ.

Uredbom iz 2011), samozaposlene osobe, kao i studenti i druge osobe koje nisu aktivno zaposlene, a u cilju pojednostavljenja i osnaživanja prava na slobodu kretanja i boravišta građana Unije. Pravo na slobodu kretanja i boravka na području države članice dato je i članovima porodica građana Unije, bez obzira na njihovo državljanstvo.

Direktivom su ustanovljena i određena ograničenja tog prava. Pre svega, to je ograničenje prava na boravište u državi domaćinu. Građani Unije imaju neograničeno pravo boravišta u državi domaćinu u razdoblju koje ne prelazi tri meseca. Posle tog perioda, njihov dalji boravak moguće je uslovljavati prijavom kod nadležnog organa. Članovi porodice koji nisu građani Unije mogu biti uslovljeni dozvolom boravišta za period duži od tri meseca. Razlog ovom ograničenju leži u nastojanju da osobe koje imaju pravo boravišta ne bi trebale postati nerazuman teret sistemu socijalne pomoći u državi članici domaćinu tokom perioda boravišta. Sve dok nosioci prava boravišta to ne postanu, oni ne bi smeli biti proterani, a razlog proterivanje ne sme biti automatska posledica korišćenja sistema socijalne pomoći. U trećem poglavlju⁶ pravo na boravak na području druge države članice u trajanju dužem od tri meseca predviđeno je na prvom mestu za radnike ili samozaposlene osobe u državi članici domaćinu. Ukoliko im je to svojstvo prestalo, oni mogu i dalje uživati pravo boravka, pod određenim uslovima.⁷ Direktiva predviđa i određena ograničenja prava ulaska i prava boravišta u cilju zaštite javnog poretka, javne bezbednosti ili javnog zdravlja⁸. Ona se odnose i na kretanje u cilju zapošljavanja, bez obzira na državljanstvo. Izričito je propisano da se na nabrojane razloge ne može pozivati u privredne svrhe. Mere koje se preduzimaju u cilju zaštite javnog poretka ili javne bezbednosti moraju biti zasnovane isključivo na ličnom ponašanju pojedinca i ono mora predstavljati stvarnu, trenutnu i značajnu opasnost koja ugrožava neki osnovni interes društva. U pogledu javnog zdravlja, slobodno kretanje se može ograničiti isključivo zbog bolesti koje su potencijalno epidemiološke i kao takve utvrđene merodavnim dokumentima Svetske zdravstvene organizacije, kao i druge zarazne bolesti ili zarazne bolesti čiji su uzročnici paraziti, ako protiv tih bolesti država članica domaćin donosi mere za zaštitu svojih državljana. Ukoliko se bolest pojavi tri meseca nakon ulaska u državu članicu, ona neće predstavljati osnov za proterivanje.

⁶ Čl. 7.

⁷ Ako su privremeno nesposobni za rad zbog bolesti ili nesreće; propisno prijavljeni kao nesvojevoljno nezaposleni nakon što su duže od godinu dana bili zaposleni pa su se prijavili kao tražioci zaposlenja; propisno prijavljeni kao nesvojevoljno nezaposleni nakon isteka ugovora o radu na određeno vreme kraće od godinu dana ili tokom prvih dvanaest meseci, pa su se prijavili kao tražioci zaposlenja u nadležnoj službi za zapošljavanje; krenuli na stručno osposobljavanje.

⁸ Čl. 27-33

Uredba (EU) br. 492/2011 o slobodi kretanja radnika u Uniji, od 5. aprila 2011. godine u uvodnom delu utvrđuje, pre svega, potrebu da se u Uniji osigura sloboda kretanja radnika, te da je, u cilju postizanja tog cilja potrebno ukinuti svaku diskriminaciju na osnovu državljanstva radnika iz država članica u odnosu na zapošljavanje, prihode od rada i druge uslove rada i zaposlenja, kao i da je tim radnicima potrebno priznati pravo na slobodno kretanje unutar Unije radi obavljanja poslova kao zaposlene osobe. Naglašava se da je sloboda kretanja osnovno pravo radnika i njihovih porodica, kao jedan od načina da se radnicima garantuje mogućnost poboljšanja uslova života i rad i podstakne njihovo društveno blagostanje. Istovremeno, ovo je način da se udovolji zahtevima privreda država članica. Sloboda kretanja radnika ne odnosi se samo na stalno zaposlena lica već i na sezonske radnike, pogranične radnike, kao i na one čija je delatnost vezana za pružanje usluga. Suština prava na slobodno kretanje radnika data je već u prvom poglavlju Uredbe, formulacijom da “Svaki državljanin države članice, bez obzira na svoje mesto boravišta, ima pravo da prihvati zaposlenje i obavlja posao kao zaposlena osoba na državnom području druge države članice u skladu sa odredbama zakona i drugih propisa koji uređuju zapošljavanje državljana te države.”⁹ Zakoni i drugi propisi država članica, na osnovu Uredbe, neće se primenjivati ukoliko ograničavaju prijave za posao i ponude za posao odnosno pravo stranih državljana na prihvatanje i obavljanje posla ili za njih propisuju uslove koji se ne primenjuju na njihove državljanke ili ako im je, uprkos tome što se primenjuju nezavisno od državljanstva, isključivi ili glavni cilj odvratanje državljana drugih država članica od ponuđenog posla.

2. Dosadašnja ograničenja za novoprimitelne članice

Iako sloboda kretanja radnika, kao fundamentalni aspekt slobode kretanja lica, dopušta državljanima jedne države članice da rade u drugoj državi članici pod istim uslovima kao i državljanke te države, sa proširenjem EU 1. maja 2004. godine, ta sloboda biva ograničena za državljanke novoprimitelne država¹⁰ (Blanpain, 2008; 271). Uvođenje ograničenja bilo je motivisano strahom starih država članica (EU-15) od masovnog priliva radnika iz novoprimitelne država, čime bi mogao biti ugrožen pristup zaposlenju domaćem stanovništvu. Stoga, ugovori o pristupanju su sadržavali i prelazne sporazume o osetljivom pristanju slobode kretanja radnika u proširenoj Uniji.¹¹ Ugovorima o pristupanju koji su

⁹ Čl. 1, st. 1. Takođe, posebno se ističe pravo prihvatanja raspoloživog zaposlenja na državnom području druge države članice s jednakom prednošću kao državljanke te države.

¹⁰ R. Blanpain, *European Labour Law*, Wolters Kluwer, 2008, str. 271

¹¹ R. Blanpain, *op. cit.*, str. 271.

zaključeni 16. aprila 2003. godine¹², odnosno prelaznim sporazumima na osnovu njih, predviđen je sedmogodišnji prelazni period, posle čijeg isteka će državljani novoprimljenih država moći u punoj meri da uživaju pravo na slobodno kretanje u cilju zapošljavanja. Prelazni period zasnovan je na sistemu 2+3+2.¹³ U početnom periodu od dve godine, petnaest starih članica EU slobodne su bile da odluče da primenjuju svoje nacionalno zakonodavstvo ili komunitarno pravo.¹⁴ Pre isteka prve faze, države članice imaju mogućnost da se putim formalnog saopštenja Komisiji izjasne da li žele da se u narednom periodu od tri godine uspostavi puna sloboda kretanja radnika, ili da se postojeća ograničenja zadrže. Nakon isteka i druge faze, stare države članice imaju pravo da, zbog teške situacije na tržištu rada, taj period produže za još dve godine, putem saopštenja Komisiji.¹⁵ Treba napomenuti da je ovakav vid ograničenja slobode kretanja radnika primenjivan i prilikom ranijih proširenja. Tako, 1986., kada su Evropskoj uniji pristupile Španija i Portugalija njihovi su državljani pravo na slobodno kretanje radnika u punoj meri počeli da uživaju tek 1. januara 1993. godine.¹⁶ Ograničenja slobodnom kretanju radnika za države koje su postale članice 1. maja 2004. godine ne odnose se na Kipar i Maltu.

Proširenjem od 2007. godine, Evropskoj uniji pristupile su Bugarska i Rumunija, a EU je tada imala 25 “starih članica”. Za razliku od prethodnog proširenja, prilikom prijema Bugarske i Rumunije deset država je u prvoj fazi u potpunosti liberalizovala pristup njihovim radnicima svojim tržištima rada¹⁷, dok su ostalih 15 država zadržale sistem radnih dozvola, ali uz pojednostavljenje procedure za njihovo izdavanje.¹⁸

Hrvatska je postala punopravni član EU 1. jula 2013. godine. Prelazni period do uživanja prava na slobodno kretanje hrvatskih radnika takođe se sastoji iz tri faze. Prva faza trajala je od 1. jula 2013. godine do 30. juna 2015. godine. Druga faza počela je 1. jula 2015. i trajaće do 30. juna 2018. godine, a treća od 1. jula 2018. do 30. juna 2020. godine. Na osnovu prelaznih ograničenja, “stare” države članice mogu i dalje da uređuju pristup radnicima iz Hrvatske svojim tržištima rada na osnovu nacionalnog zakonodavstva, što uključuje i traženje radne dozvole. U prvoj fazi, na primenu ograničenja odlučilo se 13

¹² Na osnovu kojih su 1. maja 2004. godine u članstvo primljene Češka, Estonija, Kipar, Latvija, Litvanija, Mađarska, Malta, Poljska, Slovenija i Slovačka.

¹³ R. Blanpain, *op. cit.*, str. 272.

¹⁴ Ibid, str. 272.

¹⁵ Z. Meškić, D. Samardžić, *op. cit.*, str. 341.

¹⁶ N. Raičević, *Dostupnost tržišta rada Evropske unije radnicima iz centralno-istočnih evropskih država članica*, Teme, Niš, br. 2/2009., str. 515.

¹⁷ Češka, Estonija, Letonija, Litvanija, Poljska, Slovačka, Švedska, Kipar, Slovenija i Finska)

¹⁸ N. Raičević, *op. cit.*, str. 518-519.

država¹⁹, dok su ostale države odlučile da odmah primene u celosti propise EU o slobodnom kretanju za radnike iz Hrvatske. U drugoj fazi, koja je nedavno počela, većina od država koje su primenjivale ograničenja. Samo je pet država obavestilo Komisiju da i u drugoj fazi želi da nastavi sa primenom ograničenja.²⁰

Treba napomenuti da i novoprimiteljne države članice kojima su uvedena ograničenja za slobodno kretanje radnika tokom prelaznog perioda, imaju mogućnost uvođenja recipročnih mera. Ta mogućnost predviđena je aneksima i ona se može koristiti samo na osnovu tzv. dvostrukog reciprociteta, tj. samo pod uslovom da je neka stara država članica primenila mere prema novoj državi i da su te mere po sadržini identične ograničenjima koja se primenjuju prema njoj.²¹ U proširenju iz 2004. godine, za recipročnim merama posegle su u prvoj fazi Mađarska, Poljska i Slovenija, a tokom druge faze je najpre Slovenija ukinula recipročne mere, a potom su to učinile i Mađarska i Poljska.²² Hrvatska je, takođe, uvela recipročne mere prema državljanima starih država članica koje su i u drugoj fazi nastavile sa primenom ograničenja na njene radnike.²³

3. Stvarni obim korišćenja prava na slobodno kretanje radnika

Pravo na slobodno kretanje u cilju zapošljavanja iz jedne u drugu državu članicu Evropske unije podleže određenim ograničenjima koja, u određenoj meri, relativizuju njegov domašaj. Pre svega, Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije²⁴ ustanovljena su dva izuzetka od prava na slobodno kretanje radnika. Jedan se tiče ograničenja koji se pravdaju razlozima javne politike, javne bezbednosti i javnog zdravlja, dok drugi isključuje “zapošljavanje u javnim službama”.²⁵ Čak ni usvajanjem Ugovora iz Maastrichta, kojim je uvedeno pravo građanstva Unije, nije bitno promenjen položaj radnika, s obzirom da su njihova prava razvijana izvan osnovnih prava građana Unije.²⁶ Evropska unija je uložila i ulaže značajne napore sa ciljem stvaranja okruženja kojim bi se podstakla mobilnost radnika. Među tim merama nalazi se uvođenje evropske legitimacije zdravstvenog osiguranja i direktiva o prekograničnoj zdravstvenoj

¹⁹ Austrija, Belgija, Kipar, Francuska, Nemačka, Grčka, Italija, Luksemburg, Malta, Holandija, Estonija, Slovenija i Ujedinjeno kraljevstvo.

²⁰ Austrija, Malta, Holandija, Slovenija, Ujedinjeno kraljevstvo. Više o ovome na: www.ec.europa.eu, posećeno 01. 9. 2015.

²¹ N. Raičević, *op. cit.*, str. 526

²² *Ibid.*, str. 526-527.

²³ www.ec.europa.eu, posećeno 01. 9. 2015.

²⁴ Čl. 39, st. 3.

²⁵ P.S.R.F. Mathijsen, *A Guide to European Union Law*, Sweet&Maxwell, 2004, str. 199.

²⁶ B. Košutić, B. Rakić, B. Milisavljević, *Uvod u pravo evropskih integracija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014, str. 208.

zaštiti; koordinacija sistema socijalne sigurnosti na osnovu Uredbe (EZ) br. 883/2004; usvajanje Direktive 2014/50/EU o minimalnim zahtevima za poboljšanje mobilnosti radnika među državama članicama unapređenjem sticanja i očuvanja prava na dopunsku penziju i td.²⁷ Na ovom se mestu nećemo posebno baviti ovom vrstom ograničenja slobode kretanja radnika, s obzirom da se ona odnosi na državljanje svih država članica, te nije od posebne važnosti za novoprimiteljne države tokom prelaznog perioda.

Druga vrsta ograničenja ovog prava tiče se različitih prepreka koje stoje pred licima koja žele da iskoriste pravo kretanja u cilju zapošljavanja u drugoj državi članici. Jezičke, kulturološke, ekonomske, porodične i barijere vezane za tradiciju samo su neke od njih. Među preprekama slobodnom kretanju naročito se ističu nacionalni uslovi za bavljenje određenim zanimanjem u državi domaćinu, tj. problem priznavanja diploma. Zbog toga je EU bila prinuđena da reformiše sistem priznavanja stručnih kvalifikacija, sa ciljem da se njime pripomogne većoj fleksibilnosti tržišta rada i podstakne automatsko priznavanje kvalifikacija. Donošenjem Direktive 2005/36/EZ o priznavanju stručnih kvalifikacija izvršeno je konsolidovanje i ažurirano je 15 već važećih direktiva koje sadrže gotovo sva ista pravila o priznavanju. Predviđena su i razna inovativna rešenja, kao što je evropska strukovna legitimacija i uzajamno ocenjivanje regulisanih profesija.²⁸ Ekonomski rast u Evropi posle Drugog svetskog rata doneo je strukturalne promene na tržištu rada. Tako, već 1965. godine, radnici migranti činili su 3, 5% ukupne radne snage u Zapadnoj Evropi i bili su uglavnom skoncentrisani u specifičnim industrijama i regionima, kao što je automobilska industrija u Francuskoj.²⁹

Na neopravdanost strahova od većih potresa na tržištima rada starih država članica usled priliva radnika iz novoprimiteljenih država, ukazala je i jedna studija Evropske komisije³⁰. Ona je pokazala da ukupan broj lica koja su izrazila nameru da koriste prednosti slobodnog kretanja posle proširenja od 2004. godine iznosi oko 1% od ukupnog radno aktivnog stanovništva novoprimiteljenih država članica. Šta više, pokazalo se da su to uglavnom mlađi ljudi, visoko obučeni i kvalifikovani i bez porodice.³¹

U 2012. godini, od ukupnog broja zaposlenih u državama članicama EU, tek su 3, 1% bila lica koja su radila van svoje matične države.³² Sličan je slučaj i sa Hrvatskom, poslednjom primiteljnom članicom EU. U izveštaju Evropske

²⁷ Posećeno 31. 10. 2015.

²⁸ M. Schmid-Drüner, *op.cit.*

²⁹ A. O. Avilés, J. G. Viña, *Regulation of the Labour Market*, u: B. Hepple, B. Veneziani (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe-A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009., str. 65.

³⁰ *Freedom of movement for workers after enlargement*

³¹ Više o tome u: R. Blanpain, *op. cit.*, str. 272.

³² Na osnovu podataka EUROSTAT-a. Dostupno na: www.europa.eu/rapid/press_release_MEMO-14-187_en.htm

Posećeno: 29. 8. 2015.

Komisije o funkcionisanju Prelaznog sporazuma o slobodnom kretanju radnika iz Hrvatske, od maja 2015. godine³³, kojim je analizirana prva faza prelaznog perioda, ističe se da je broj državljana Hrvatske koji borave u ostalim državama članicama Unije mali i da je većina njih došla znatno ranije. U 2014. godini, tek oko 229, 000 ekonomski aktivnih građana Hrvatske boravilo je u drugim državama EU, što je činilo 0, 1% ukupne radne snage.

4. Očekivana ograničenja za Srbiju

Napredak u procesu evropskih integracija država zapadnog Balkana (Hrvatska, BiH, Makedonija, Crna Gora, Srbija i Albanija) uslovoljen je ispunjavanjem različitih obaveza koje su postavljene na tri različita nivoa (opšti uslovi za sve države, uslovi koji su specifični i zajednički za države regiona i konkretni uslovi za svaku pojedinačnu državu. Treba naglasiti da je izraz “zapadni Balkan” politička tvorevina, skovana sa ciljem razlikovanja ove grupe država od onih oje su već ranije uspostavile odnose sa EU, ali i da bi se odgovorilo na njihove posebne zahteve i uslove.³⁴ Najznačajniji instrument Procesa stabilizacije i pridruživanja jeste ugovor kojim se uspostavlja pridruživanje. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju je pravna osnova za uspostavljanje najvišeg oblika saradnje između Unije i neke države zapadnog Balkana. Pored razlika u odnosu na specifične elemente, svi ti sporazumi uvek imaju preambulu i deset poglavlja (opšti principi; politički dijalog; regionalna saradnja; slobodno kretanje roba, slobodno kretanje radnika, usluga, kapitala, poslovno nastanjivanje; usklađivanje prava, primena propisa o konkurenciji; pravda, sloboda, bezbednost; politike saradnje; finansijska saradnja; institucije pridruživanja, opšte i završne odredbe).³⁵ Srbija je Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju potpisala 29. aprila 2008. godine. Njegovim čl. 49 položaj radnika iz Srbije i koji su zakonito zaposleni na teritoriji države članice priznat je tako da oni neće trpeti diskriminaciju na osnovu državljanstva, u pogledu uslova rada, naknade ili otpuštanja, u poređenju sa položajem državljana te države. Pristup tržištu rada te države članice omogućen je i supružniku i deci radnika, u toku perioda zaposlenja koji je odobren tom radniku.

Osnovni razlog za uvođenje prelaznih perioda tokom koga radnici iz novoprimitljenih država članica ne mogu u punoj meri da uživaju pravo na slobodno kretanje jeste bojazan od velikog priliva radne snage i poremećaja na

³³ *Report form the Commission to the Council on the Functioning of the Transitional Arrangements on Free Movement of Workers from Croatia (First phase: 1. July 2013-30. June 2015)*: dostupno na: www.europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5068_en.htm, posećeno: 17. 7. 2015.

³⁴ T. Mišćević, *Pridruživanje Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 151-152.

³⁵ *Ibid*, str. 153.

internim tržištima rada. Tokom dosadašnjih proširenja, stare države članice EU imale su različit pristup. Ipak, ono što je zajedničko jeste to da skoro sve novoprimljene države članice budu obuhvaćene ograničenjima slobodnom kretanju radnika putem prelaznih sporazuma, bez obzira što dosadašnja iskustva pokazuju da ti strahovi nisu opravdani i da, u osnovi, mali broj građana država članica EU koristi to pravo. Može se reći da je, s obzirom na tu okolnost, uvođenje ograničenja tokom prelaznog perioda postala neka vrsta mere koja se preduzima iz opreza, a ne na osnovu empirijskih dokaza.

Na ograničenja slobodnom kretanju radne snage iz Srbije u državama Evropske unije, ukoliko dođe do prijema, u znatnoj meri može uticati i to da li će Srbija biti primljena sama ili sa još nekom državom (ili sa svim državama zapadnog Balkana). S obzirom da je i Hrvatska, kao poslednja primljena država, bila obuhvaćena navedenim ograničenjima iako je njena populacija znatno manja od populacije Srbije (4,3 naspram 7,1 milion stanovnika), realno je očekivati da se to dogodi i Srbiji, naročito ako dodje do prijema “u paketu” sa svim državama zapadnog Balkana, s obzirom da bi u tom slučaju pravo na pristup poslu u starim državama članicama Evropske unije odjednom imalo više od 15 miliona stanovnika.³⁶ Poseban otežavajući faktor je i visoka stopa nezaposlenosti u ovim državama, a posebno u Srbiji, kao najmnogoljudnijoj u grupi.³⁷

³⁶ Makedonija 2,2, BiH 3,8, Albanija 2,8 miliona i Crna Gora nešto više od 600,000 stanovnika. Ipak, treba naglasiti da je u pitanju manji broj stanovnika od onog koji ima Rumunija (oko 20 miliona).

³⁷ Na osnovu podataka Republičkog zavoda za statistiku, stopa nezaposlenosti među stanovništvom starosti 18-64 godine u 2014. godini iznosila je 18,4%. Dostupno na: www.rzs.stat.gov.rs posećeno: 23.7.2015.

Literatura i izvori

Avilés, A. O., J. G. Viña, *Regulation of the Labour Market*, u: B. Hepple, B. Veneziani (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe-A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2009.

Bercuson, B., *European Labour Law*, Cambridge University Press, 2009.

Blanpain, R., *European Labour Law, Eleventh revised edition*, Wolters Kluwer, 2008.

Schmid-Drüner, M., *Slobodno kretanje radnika*. Dostupno na: www.europarl.europa.eu.

Košutić, B., Rakić, B., Milisavljević, B., *Uvod u pravo evropskih integracija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2014.

Mathijsen, P.S.R.F., *A Guide to European Union Law*, Sweet&Maxwell, 2004

Meškić, Z., Samardžić, D., *Pravo Evropske unije (I)*, TDP, Sarajevo, GIZ, Otvoreni regionalni fond za jugoistočnu Evropu, Sarajevo, 2012.

Miščević, T., *Pridruživanje Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd, 2009.

Raičević, N., *Dostupnost tržišta rada Evropske unije radnicima iz Centralno-istočno evropskih država članica*, Teme, Niš, br. 2/2009.

POSSIBLE RESTRICTIONS TO FREE MOVEMENT OF WORKERS WHEN SERBIA JOINS THE EUROPEAN UNION

Summary

The right to free movement is one of the four fundamental freedoms enjoyed by EU citizens, which entitles them to the right to move and stay; to reside; their family members have the right to enter and stay; and to employment. One of the restrictions of the right to free movement of workers within the EU refers to workers from new member states. The purpose of the seven year transitional period is to prevent a sudden inflow of workers. However, the available data question such an approach. At the end of 2013, only 2.8% of EU nationals lived in another member state (Eurostat data). Cultural, lingual, financial and other obstacles relativize the right to free movement of workers within the EU questioning the justification of the existence of this restriction - which is the subject matter of this paper.

Key words: European integrations, labour force, restrictions of free movement

³⁸ Faculty of Law of the University of Niš, Republic of Serbia
obrad@prafak.ni.ac.rs

Проф. д-р Ана Павловска-Данева¹
Доц. Д-р Елена Давитковска²

„ЕВРОПЕИЗАЦИЈА“ НА УПРАВНАТА ПОСТАПКА ВО РЕПУБЛИКАМАКЕДОНИЈА

УДК: 35.077.3:340.13(4-6728/:4977)

Original research paper

Абстракт

Најновите тенденции и предизвици кои се појавуваат во рамки на регулирањето на управната постапка е усогласувањето на националното управно процесно законодавство, со принципите и стандардите за добро управување на Европската унија. Република Македонија како земја кандидат за влез во европското семејство има за задача да ги следи најновите европски трендови и да се прилагоди кон истит. Трудот го обработува процесот на модернизирањето и усовршувањето на општата управна постапка во Република Македонија. Истовремено трудот содржи споредбени аспекти на концептот на досегашната повеќедецениска традиција на регулирање на управното постапување со новините предложени во најновиот законски текст односно процесот на подготовка и носење на нов Закон за општата управна постапка во Република Македонија, како и одредбите од новиот Закон за општа управа постапка донесен во јули 2015 година³. Покрај освртот на клучните новини, во трудот се дадени и детални објаснувања како и критички забелешки за новите законски решенија, со цел нивна полесна и доследна имплементација во праксата на работењето на јавните органи.

Клучни зборови: управна постапка, управни работи, модернизирање на управната постапка, Европски административен процедурален акт, реформи во јавната администрација

¹ Редовен професор на Правниот факултет “Јустинијан први” при Универзитетот Св. Кирил и Методиј во Скопје

² Доцент на Економскиот институт при Универзитетот Св. Кирил и Методиј во Скопје

³ Службен Весник на РМ број 124/15

1. Вовед

Во модерните демократски држави, може да се издвојат три општи цели на управната постапка: да се промовираат формални гаранции за правата на поединци преку примена на принципот на законитост; да се обезбеди формален гарант за заштита на јавниот интерес преку инсистирање на транспарентни процедури, што ќе овозможи до извесен степен контрола над работата на администрацијата; и да се создадат услови за капитални инвестиции и стопански развој, преку обезбедување на одговорни и предвидливи процедури, што ќе резултира со зголемување на легимитетот на институциите пред граѓаните. Заедно со цврсти и правични административни процедури, соодветна структура и организација на администрацијата заснована на меритократски службенички систем треба да се изгради целосна слика за добра јавна администрација (SIGMA 2009: 3).

Основната цел на управната постапка е од една страна да се донесе законит управен акт, да се спроведе законито управно дејствие или да се донесе законит управен договор, со кој ќе се остварат одредени права и обврски за странките во постапката, а од друга страна да се заштити јавниот интерес. При тоа она што се бара од органите кои се овластени да постапуваат во управната постапка е истата да ја спроведат не само на законит начин туку да овозможат постапката да се спроведе на што поедноставен начин (лесна и транспарентна комуникација со странките), на што поажурен начин (постапување во што пократок временски период, без одлагање), на економски начин (со што помалку трошоци кои би произлегле за странките во постапката). Од друга страна јавниот орган треба да внимава сето ова да не се одрази врз квалитетот на постапката и одлуката која ќе се донесе, што подразбира дека органот истовремено освен што треба да ја води постапката на едноставен, ажурен и економичен начин треба да внимава и за правилно утврдување на фактичката состојба, од која зависи остварување на основните начела во управната постапка како што се начелото на материјална вистина, начелото на сослушување на странки, начелото на законитост и сл., а кои воедно се гаранција за донесување на законит управен акт. Сето ова од своја страна ќе придонесе за правилно утврдување на правата и обврските на странките и за заштита на правните интереси во постапката.

Од ЗОУП во однос на физичките и правни лица кои учествуваат во управната постапка треба да се очекува да им обезбеди *сигурност* во остварување на начелото на владеење на право при остварување на своите права и остварување на *активен статус* во текот на постапката, што

подразбира странката да биде вклучена во текот на сите фази во постапката, особено во испитаната фаза при утврдувањето на фактичката состојба.

2. Европски трендови или класични начела?

Најновите тенденции и предизвици кои се појавуваат во рамки на регулирањето на управната постапка е усогласувањето на националното управно процесно законодавство, со принципите и стандардите за добро управување на Европската унија. Консеквентно на тоа, и покрај фактот што од основањето на Европската заедница, денес согласно Лисабонскиот договор Европската унија, регулирањето на управната материја е предмет на автономно уредување од страна на државите членки, сепак денес се почесто се забележува влијание на европското право и европските принципи врз уредувањето на јавната администрација на национално ниво. Имено, она што се бара од земјите кандидатки за членство во Европската унија е хармонизација на нивното законодавство со актите на ЕУ. Па оттука, влијанието на *acquis communautaire* се поприсутно и врз законското нормирање на управната постапка во земјите членки и земјите кандидати за влез во ЕУ. Но, она што е карактеристично за уредувањето на управната постапка што влијанието е двострано, односно освен што преку европските принципи се влијае на домашното законодавство, исто така и одредени искуства од земјите членки се земаат во предвид и се инкорпорираат во одредбите на европското законодавство.

Освен SIGMA, како институции кои даваат свој придонес врз процесот на управната конвергенција и хармонизација на управното законодавство на земјите кандидатаки за членство во ЕУ, меѓу кои е и Република Македонија, тука би ги спомнале и различните органи на ЕУ и Советот на Европа.

Република Македонија како земја кандидат за влез во европското семејство има за задача да ги следи најновите европски трендови и да се прилагоди кон истите. Поконкретно во однос на постигнување на јавна администрација која ќе биде базирана и ќе работи согласно европските принципи, на Република Македонија согласно Извештаите на Европската Комисија постојано и се укажува на одредени недостатоци во однос на работењето на јавната администрација како што се потребата од деполитизација, рационализација на државната управа, децентрализација, сузбивање и превенција на корупцијата и сл. Имено, за да добиеме европски ориентирана управа од јавната управа во Република Македонија се очекува

промена на традиционалниот бирократски модел, кој го карактеризира спорост, сервилност, неефикасност во одлучувањето, да се прифати нов модел чија основна цел ќе биде управа ориентирана кон граѓаните, а тоа подразбира респонзивна, транспарентна, одговорна, ефикасна, квалитетна и деполитизирана јавна администрација. Во Република Македонија и покрај тоа што се спроведени бројни управни реформи со цел прифаќање на овој нов модел на јавна администрација, сепак постојат уште предизвици и конкретни проблеми на кои треба да се работи со цел нивно реформирање или модернизирање.

Во моментот една од целите кои ги има Република Македонија е модернизирање и усовршување на општата управна постапка. Во Република Македонија од осамостојувањето во 1991 година, првиот ЗОУП е донесен 2005 година, а во 2008 и 2011 година се извршени измени, но истите не се од концептуален карактер, туку пред се се однесуваат на новини во начинот на комуникација помеѓу странките, со доставувањето, институтот на молчење на администрација и дополнувањето на основните принципи. (види Сл.весник бр.38/2005, 110/2008 и 52/2011). Актуеланата состојба со управното процесно прво во Република Македонија е поинаква, односно од Република Македонија како земја која стреми кон евроинтеграциските процеси се очекува да изврши крупни промени во Законот за општата управна постапка. Имено, постои потребата од донесувањето на нов Закон за општа управна постапка која е инспирирана од идејата за реформа на јавната администрација со цел приближување на истата кон европското законодавство. При тоа, поедноставувањето на управната постапка е една од клучните припоритети во реформата на јавната администрација чија цел е постигнувањетранспарентна, отчетна, одговорна и квалитетна јавна администрација која ќе се грижи за задоволување на јавните служби. Законот за општата управна постапка се донесе во јули 2015 година⁴ со одложна примена во рок од 6 месеци односно од 1 година на некои одредби.

Како главна причина за промена на Законот за општата управна постапка се наведува дека досегашниот ЗОУП претставува комплексен закон со бројни членови и одредби кои и покрај тоа што на детален начин го уредуваат постапувањето на органите на јавната администрација кога решаваат во управни работи, сепак тоа детално уредување од друга страна негативно се одразува и за странките предизвикува тешкотии во разбирањето на комплицираната постапка. Имено, тоа се и главните недостатоци на управната постапка – неефикасна, долга постапка, со

⁴Службен Весник на РМ број 124/15

зголемени трошоци. Од друга страна се појавува уште еден проблем, а тоа е трендот кон зголемување на бројот на материјалните прописи со кои се уредуваат посебни управни постапки. За изработката на новиот ЗОУП во Република Македонија се вклучени претставници на Министерството за информатичко општество и администрација, претставници на SIGMA и експерти од областа на управното право. Постапувајќи согласно европските барања и стандарди од групата се очекува со новиот закон да се извршат новини во однос на прецизно определување на надлежни органи кои ќе го применуваат ЗОУП, да се изврши дефинирање на управна работа, да се изврши редефинирање на основните принципи, да се намалат правните лекови, да се доуреди институтот на молчење на администрација, да се стави акцент на електронската комуникација помеѓу органите и физичките и правни лица во текот на постапката. Пред сè, иновативните административни алатки како што се информатично комуникациските технологии, едношалтерскиот е систем на работење, управниот договор и ефективниот систем на управни правни лекови тешко можат да се интегрираат во постојната правна рамка, делумно поради тоа што дадената структура на законот не обезбедува соодветно систематско место за истите, а делумно и поради неусогласеноста на современите барања со целата концептуална содржина, односно „духот“ на сегашниот ЗОУП⁵.

Една од главните новини на новиот Закон за општата управна постапка е што согласно Стратегијата за Реформа на Законот за општата управна постапка да се применува и кога некој управен орган ги извршува своите задачи од управното право преку други едностранни управни дејства коишто не се опфатени во концептот на управниот акт, но се однесуваат на правата на граѓаните, нивните должности и законски интереси, како што се испораката на информации, предупредувања, известувања, објавување на експертските мислења, или во врска со претставките на граѓаните. Исто така, ЗОУП треба да обезбеди правна заштита и кога испораката на јавните услуги (како на пример, телекомуникациски услуги, снабдување со електрична енергија или вода) ги попречува правата на граѓаните или нивниот законски интерес. Приватизацијата на испораката на јавните услуги не смее да ја намали правната заштита на корисниците на услугите (граѓаните).⁶

Имено, со редефинираниот ЗОУП се очекува на нормативно ниво да се усогласи постапката со меѓународните стандарди за работење на јавната администрација како што се законитост, транспарентност, одговорност,

⁵Види: Стратегија за донесување на нов Законот за општата управна постапка, Влада на РМ 2013; Види Закон за општата управна постапка (Службен Весник на РМ број 124/15)

⁶Ibid;

ефикасност и сл. Спроведувањето на начелата на добрата управа наложува добро подготвена и цврста платформа која се состои од четири компоненти: а) систем на управни постапки со кој целосно се уредуваат процесите на донесување управните акти; б) јасно структурирана организација на јавната администрација и нејзините органи во сите управни области и територијални нивоа; в) професионален, компетентен и независен кадар; како и г) систем на ефективна судска контрола на управните дејства. При тоа, секоја компонента е подеднакво неопходна за добрата управна пракса. Според тоа, за да се воведат во пракса начелата за добра управа неопходен е соодветен систем на управна постапка (Davitkovskietal.: 173-189). Ваквиот систем ги воспоставува општите правила за процесот на спроведување на управно дејство, го осигурува неговиот квалитет како и неговата законска исправност. Добриот систем на управна постапка ги заштитува правата на граѓаните и го поттикнува нивното учество. Тој исто така избегнува непотребно сложени, формалистички и долги процеси и ја подобрува транспарентноста и отчетноста, а со тоа значително придонесува за поголем интегритет на јавната администрација, бидејќи многу случаи на корупција имаат за цел единствено да се добие управен акт кој што е во согласност со законот и е издадено во разумно време. На крај, добриот систем на управна постапка ги намалува воедно и трошоците на граѓаните како и владините расходи; од друга страна системот на сложени и неефикасни управни постапки е скап за граѓаните и значително го оптоварува државниот буџет.⁷

Во таа насока, од голема важност е и новиот концепт на општи начела на управната постапка. Од новиот ЗОУП произлегуваат два принципи како водилки на новото управно постапување: законитоста и пропорционалноста. За законитоста како начело нема да зборуваме во трудот, бидејќи тоа било и ќе биде столб на секоја правна (судска или вонсудска) процедура. Начелото на законитост во новиот ЗОУП е детално регулирано во чл. 5 и тоа ги опфаќа и со закон сврзаните, но и дискреционите акти на управата, како што ја опфаќа и формалната и материјалната законитост на актот. Па така во новиот ЗОУП стои дека “При водењето на управната постапка јавниот орган треба да и овозможи на странката да ги оствари и заштити своите права и правни интереси, доколку истите не се на штета на правата и правните интереси на другите странки или трети лица и не се на штета на јавниот интерес утврден со закон. Кога на странките во постапката им се наложуваат обврски, јавниот

⁷Види во: B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, E. Davitkovska, “Law on general administrative procedure – solution for all the problems of the efficient administration”, *Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu, Udruženje pravnika Srbije*, 2013, Beograd;

орган е должен да ги примени оние управни дејствија кои се поповолни за странките, ако таквите дејствија се доволни за да се постигне целта утврдена со закон⁸. Ова начело не е некоја посебна новина но управнат постапка, односно тоа веќе може да се најде во постојниот ЗОУП, изразено низ начелото на заштита на правата на странките и заштита на јавниот интерес⁸.

Притоа, предвид треба да се земат и релевантните директиви, како што е, Директивата за услуги 2006/123/ЕЗ, акциските планови „е-Европа“, „и-2010“ и сл. На пример, главниот инструмент кој го наложува Директивата за услуги е должноста на земјите-членки да воспостават единствени точки за контакт преку кои давателите на услуги ќе можат да ги завршат сите постапки и формалности што се бараат со закон за да добијат пристап до пазарот на услуги и да ги извршуваат услугите. Согласно, член 13 од Директивата за услуги се предвидува и дека по пријавата на странката ќе биде одлучено што поскоро, во еден разумен рок кој удапред се утврдува, а доколку не се постапи во одредениот рок се смета дека дозволата е дадена. Водењето на постапката преку еден јавен орган е регулирано и во новиот Закон за општа управна постапка⁹

Она што се бара од новиот ЗОУП е истиот да биде компатибилен со европските барања. Но, она што е уште позначајно со донесувањето на овој нов закон, треба да се обезбедат услови тој правилно и непречено да се имплементира. За таа цел ќе биде потребно стручно оспособување на службениците за негова примена, службениците кои ќе водат управни постапки да полагаат стручен испит, да се зјакне инспекцискиот надзор во спроведувањето на управната постапка и да се преиспитаат посебните управни постапки (дали и во колкав степен отстапуваат од ЗОУП).

Со ЗОУП треба да се осигури заштитата на правата на поединците и на јавниот интерес, како и пропорционалноста на управните акти; да се подобри транспарентноста на управните постапки; да се зголеми довербата

⁸Чл. 5 од ЗОУП (Службен весник на РМ број 38/05,110/08, 51/11)

(1) Органите од членот 1 на овој закон се должни во вршењето на работите на јавниот интерес да ги почитуваат со закон заштитените права и интереси на странките.

(2) При водењето на постапката и при решавањето, органите од членот 1 на овој закон се должни на странките да им овозможат што полесно да ги заштитат и остварат своите права, водејќи притоа сметка остварувањето на нивните права да не биде на штета на други странки, ниту во спротивност со јавните интереси утврдени со закон.

(3) Кога службеното лице во текот на постапката ќе дознае или оцени дека определена странка има основа за остварување на некое право, е должно да и укаже на тоа.

(4) Ако врз основа на закон на странките им се наложуваат обврски, спрема нив ќе се применуваат оние мерки предвидени со закон кои се поповолни за нив, ако со тие мерки се постигнува целта на законот.

⁹Член 28

на граѓаните во јавната администрација; да се поттикне управна пракса ориентирана кон услугите и професионална јавна администрација како суштински услов за економскиот развој; да се поддржи ефективното и етичкото однесување на државните и јавните службеници во заштитата на јавниот интерес; да се подобри ефикасноста (економичноста) на донесувањето на управните акти во корист и на јавниот интереса и интересот на граѓаните; да се трасира патот и да се започне со примената на современи информатичко-комуникациски технологии за испораката на административните услуги (е-администрација); да усогласи македонската јавна администрација со стандардите на ЕУ.¹⁰

3. Заклучок

Од спроведеното истражување може да резимираме дека современите тенденции несомнено укажуваат дека постои потреба од кодифицирање на правилата со кои се уредува постапувањето и одлучувањето на институциите и другите органи во Европската управа во остварувањето на управната функција на унијата, во еден единствен унифицирачки пропис кој би можел да го носи називот „Европски административен процедурален акт“.

Кодифицирањето на управната постапка е потреба пред се заради ефикасно спроведување на постапката во која учествуваат два или повеќе органи на Европската унија или Унијата и други држави членки, заради прецизно правно нормирање на овластувањата кои ги имаат овие органи во врска со водење на управната постапка, облици на нивно усогласување и соработка и рокови во кои се должни да превземат одредено дејство. Она на што сакаме да укажеме е дека доколку се оди кон прифаќање и реализирање на ваквата идеја е дека како и при спроведување на секоја реформа на национално ниво, така и на ниво на европската унија мора да се води сметка за правилно насочување и прилагодување на европската управна постапка, со управната постапка на национално ниво на државите членки. Ова произлегува од фактот што регулирањето на управната материја пред се е прашање за кое согласно актите на унијата е оставено државите членки да одлучуваат самостојно, на национално ниво согласно нивните политички, социјални, историски и економски услови. Она што се очекува од воведување на овој нов модел за одлучување во управни работи

¹⁰Види во: Б. Давитковски., А. Павловска-Данева, „Правна сигурност граѓана у управном поступку“, Рад изложен на меѓународној научној конференцији „Правна сигурност у условима транзиције“, на Правном факултету Универзитета у Београду 5-6 новембар 2013;.

е пред се унифицирање на правилата на постапката кои во моментот се инкорпорирани во повеќе правни прописи (оснивачките договори, уредби, препораки, резолуции и сл.), поедноставување на постапката, поедноставување на соработката помеѓу институциите како на национално, така и на наднационално ниво, прецизирање на надлежноста и ингеренциите на надлежните органи, обезбедување поголема достапност, јасност и транспарентност за лицата за чии права и обврски се одлучуваат, јакнење на доверба на граѓаните во институциите, јакнење на одговорноста и контролата во поглед на легитимитетот на одлуките.

Од институциите кои ќе бидат задолжени за примена на овој закон се бара истите да се прилагодат кон новонастанатите услови, истите имаат цел да ги усогласат целта и ресурсите со кои располагаат, а кога одлучуваат за конкретни управни работи да се придржуваат кон строго почитување на начелата на управната постапка и да влијаат да се поттикне одговорно работење и квалитетно решавање на прашањата.

Во однос на националните законодавства овој унифицирачки пропис би им помогнал за полесна конвергенција на нивното управно процесно право, со онаа на унијата. Исто така, со европскиот Закон за управна постапка може да се поттикне соработка со земјите членки во поглед на размена на најдобрата пракса помеѓу националната администрација и администрацијата на ЕУ, со што би се исполнил член 298 од Договорот за функционирање на Европската унија.

Она што може да го заклучиме, ккој што е донесен но се чека на негова имплементација е дека нашето гледиште дека актуелната состојба во администрацијата во ЕУ налага реална потреба од усвојување на Европски закон за управната постапка, е подржано и со Лисабонскиот договор, со препораките на Група на држави за борба против корупција (GRECO), при што Советот на Европа смета дека јасен и задолжителен збир на правила за администрацијата на Унијата ќе биде позитивен сигнал во борба против корупцијата во јавната управа.

References:

1. Б. Давитковски., А. Павловска-Данева, „Правна сигурност грађана у управном поступку“, Рад изложен на међународној научној конференцији „Правна сигурност у условима транзиције“, на Правном факултету Универзитета у Београду 5-6 новембар 2013;
2. В. Davitkovski, А. Pavlovska-Daneva, Е. Davitkovska, “Law on general administrative procedure – solution for all the problems of the in efficient administration”, *Pravni život, Časopis za pravnu teoriju i praksu*, Udruženje pravnika Srbije, 2013, Beograd;
3. В. Davitkovski, А. Pavlovska-Daneva, Е. Davitkovska “A New Concept of the law on Administrative Procedure: Challenges and Advantages” *Business Law, Edition for the Theory and Practice of law*, Skopje 2013, pp. 173-189
4. D. Đerđa, *Pravila upravnog postupka u europskom pravu*. Zb. Prav.fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 33, br. 1, 109-144 (2012)
5. S. Lilić, *Evropskoupravno pravo*, Beograd, 2011, str.16
6. I D. Aviani, *Pojam i izvori upravnog prava Evropske unije*
7. Council Decision of 28 June 1999 laying down the procedures for the exercise of implementing powers conferred on the Commission (1999/468/EC). Amended by Council Decision 2006/512/EC, of 17 July 2006
8. Towards an EU Administrative Procedure Law? *Report of the ReNEUAL Conference Brussels March 15th & 16th – (draft)*
9. Treaty on the Functioning of the European Union (C.83/47)
10. Charter of the Fundamental Rights of the EU (C.364/1)
11. European Code of Good Administrative Behavior (<http://www.ombudsman.europa.eu/en/resources/code.faces#/page/1>) (accessed 17.4.2014)
12. European Parliament resolution of 15 January 2013 with recommendations to the Commission on a Law of Administrative Procedure of the European Union (2012/2024(INI))
13. Administrative Procedures in EU Member States (Conf. on PAR and European Integration) Budva, Montenegro 26-27 March 2009;
14. Стратегија за донесување на нов Законот за општата управна постапка, Влада на РМ 2013;
15. Закон за општа управна постапка (Сл. Весник на РМ број 38/05, 110/08, 51/11)
16. Закон за општа управна постапка (Сл. Весник на РМ број 124/15)

dr Vuk Radović, LL.M.¹
dr Nenad Tešić²

O POVERIOČEVIM DOPUNSKIM PRAVIMA*

УДК: 347.4/.5
Original research paper

Rezime

Autori u ovom radu prihvataju stanovište, prema kome je obligacioni odnos složena kreacija koja pored prava na činidbu (obligacioni odnos u užem smislu – obligacija), podrazumeva i čitav niz drugih ovlašćenja i dužnosti subjekata obligacije (obligacioni odnos u širem smislu).

U ovom radu naglasak je stavljen na pojmovno određenje i sistematiku jedne grupe u pravnoj nauci nedovoljno istraženih ovlašćenja (prava) koja su po svojoj prirodi dopunska (dopunjujuća). Ova prava prate sudbinu glavnog prava, tako da njima nije ni moguće odvojeno raspolagati. Osim okolnosti da nastaju ipso iure i odsustva neposredne korelacije sa obavezama dužnika, za ova prava je zajedničko i to da posredno osnažuju potraživanje doprinoseći tako ostvarenju samog cilja obligacije.

Kao posebne vrste dopunskih prava autori ističu:

- 1) prava kojima poverilac otklanja prepreke za namirenje,*
- 2) prava kojima poverilac štiti izgleda za namirenje i*
- 3) prava kojima poverilac jača izgleda za namirenje.*

Dopunska prava po pravilu sprečavaju izigravanje poverilaca. Služeći se ovim ovlašćenjima poverilac često duboko zalazi u imovinskopravnu sferu dužnika. Ipak, pravni poredak ustanovljava brojna dopunska prava za poverioca, jer bi u suprotnom poverilac često bio onemogućen u ostvarenju svog legitimnog obligacionopravnog interesa, bilo zato što dužnikova imovina nije sasvim omeđena, pa se ne zna tačno odakle poverilac može da se namiri, bilo zato što je, suprotno načelu savesnosti i poštenja, dužnikova imovina usled njegovih pravnih radnji ili odluka postala nedovoljna za namirenje.

¹ Vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

² Docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

* Autori zadržavaju mogućnost da izvornik ovog rada objave na engleskom jeziku u drugom naučnom časopisu ili zborniku radova.

1. Obligacioni odnos u širem i užem smislu

Prema prof. Konstantinoviću „biti poverilac znači biti ovlašćen zahtevati od dužnika određeno ponašanje“.³ „Usmerenost potraživanja protiv neke određene ličnosti kvalifikuje pravo potraživanja kao *relativno pravo*. Samo obvezani treba da izvrši činidbu i samo prema njemu poverilac ima zahtev za činidbom.“⁴ „Suština tražbenog prava sastoji se, dakle u ovlašćenju poveritelja da od dužnika traži izvršenje same neke određene, takozvane dužne radnje“⁵ ili, potpunije, dužne činidbe.

Potraživanje (tražbina) je, dakle, osnovni element obligacionopravne strukture. Obligacija se, po pravilu, određuje kao društveni, i to građanskopravni odnos koji se dobrovoljno zasniva i uređuje.⁶ Klasično shvatanje obligacije naglašava da je to veza koja postoji između najmanje dva lica koja omogućava jednom licu da zahteva nešto od drugog.⁷ Drukčije kazano, obligacija je pravni odnos (*vinculum iuris*) koji povezuje poverioca i dužnika, na osnovu koga je ovaj drugi dužan da izvrši jednu prestaciju prema prvom, koji ima pravo da zahteva izvršenje ove prestacije.⁸ Ona je, dakle, pravo da se od druge strane zahteva određeno ponašanje, a za to lice nastaje obaveza.⁹ Obligacija ne može postojati samo sa pravom ili samo sa obavezom.¹⁰ Tražbina i dug su jedinstvo suprotnosti.¹¹ Dug je antonim tražbine. Međutim, u pravnoj nauci se postavlja pitanje da li je dug samo „prost odraz tražbine u ogledalu“ ili je njihova interakcija tako složena da za subjekte obligacije nastaje čitav splet komplemetarnih ovlašćenja i dužnosti (obligacioni odnos)?

³ Mihailo Konstantinović, *Obligaciono pravo – opšti deo* (prema beleškama s predavanja, sredio V. Kapor), Beograd 1959, str. 6.

⁴ Julius von Staudinger, Manfred Löwisch, Ulrich Noack, Volker Rieblem, Jan Busche, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432 (Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldner und Gläubigern)*, Sellier- de Gruyter, Berlin 2005, str. 75.

⁵ Andra Đorđević, *Sistem privatnog (građanskog) prava*, Beograd 1996, str. 395.

⁶ Pri čemu je pažnja autora ovde usmerena na ugovornu obligaciju. Vid.: Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Novi Sad 2007, str. 50.

⁷ Benedicte Fauvarque-Cosson, Denis Mazeaud, *European Contract Law, Materials for a common frame of Reference, Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, München 2008, str. 39.

⁸ Christian Larroumet, *Droit Civil, Les Obligations*, 1^{ère} Partie, tome III, 1986, str. 6.

⁹ Upor.: Bogdan Loza, *Obligaciono pravo – opšti deo*, Beograd 2000, str. 19. Subjekte obligacije valja razumeti kao strane u obligacionom odnosu. Tako da se na dužničkoj, odnosno poverilačkoj strani može nalaziti jedno ili više lica kada govorimo o množini subjekata obligacije.

¹⁰ B. Loza, str. 20.

¹¹ Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo – opšti deo*, Sarajevo 1960, str. 33.

U našoj pravnoj književnosti ne postoji jedinstven odgovor na ovo pitanje. Prema nekim autorima, obligacija i obligacioni odnos su istovetni pojmovi koji se sadržinski poklapaju.¹² Druga grupa autora pravi razliku između obligacije i obligacionog odnosa, i to tako što obligacioni odnos, po pravilu, sadrži više tražbina, a pored njih i neka druga prava, dok je obligacija, uglavnom, samo jedan sastojak obligacionog odnosa.¹³

U nemačkoj literaturi dominira stav koji razlikuje obligacioni odnos u širem smislu (nem. *Schuldverhältnis im weiteren Sinn*) i obligacioni odnos u užem smislu (nem. *Schuldverhältnis im engeren Sinn*). Pod obligacionim odnosom u širem smislu se podrazumeva pravni odnos između najmanje dva lica pomoću kojeg je barem jedno lice obvezano na činidbu ili uzdržavanje prema drugom licu.¹⁴ Misli se, dakle, na pravni odnos kao organizam (nem. *Rechtsverhältnis als Organismus*), iz koga može nastati čitav niz pojedinačnih zahteva i obaveza.¹⁵ Obligacioni odnos u užem smislu, podrazumeva pravo na činidbu, pojedinačni obligacionopravni zahtev, to jest potraživanje poverioca prema dužniku.¹⁶ Svaki obligacioni odnos u širem smislu (na primer, ugovor o prodaji) sadrži barem jednu obavezu dužnika kojoj odgovara jedno potraživanje na strani poverioca.¹⁷

Prikazano rezonovanje o obligacionom odnosu kao složenoj tvorevini sledi i austrijska teorija,¹⁸ koja ga definiše „kao organsko jedinstvo“ (nem. *organische Einheit*), kao „okvirni odnos“ (nem. *Rahmenbeziehung*), „organizam“ (nem. *Organismus*), „konstrukciju“ (nem. *Gefüge*), „iz koje proizlaze pojedinačni zahtevi“.¹⁹ Tako, M. Lukas (*Lukas*) takođe razlikuje obligaciju u širem smislu – obligacioni odnos, koji je kombinacija raznih vrsta pravnih veza u jednom jedinstvenom pravnom odnosu. S druge strane, pojedinačna obaveza činidbe (nem. *Leistungspflicht*), dakle obligacioni odnos u užem smislu, samo je sastavni deo ovog organizma (u koji ulaze i sekundarne obaveze i dužnosti). Zavisno od ugla gledanja, ona se naziva obligacijom ili potraživanjem.²⁰

¹² „Obveza i pravo su dva lica obligacionopravnog odnosa i obligaciju u svojoj ukupnosti treba shvatiti kao pravni odnos...“ Radimir Đurović, Momir Dragašević, *Obligaciono pravo, sa poslovima prometa*, Beograd 1980, str. 14.

„...pojmovi obligacija i obligacioni odnos se poklapaju, odnosno predstavljaju sinonime.“ Oliver Antić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2011, str. 69. Od istog autora vidi i: Oliver Antić, „Obligacija: pravna priroda, sadržina i zakon korelacije“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2007, str. 31.

¹³ Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd 2004, str. 40–41.

¹⁴ Hans Brox, Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, München 2002, str. 7.

¹⁵ H. Brox, W.-D. Walker, str. 7.

¹⁶ Predmet činidbe može biti kako neko pozitivno činjenje, tako i nečinjenje dužnika. H. Brox, W.-D. Walker, str. 8.

¹⁷ H. Brox, W. D. Walker, str. 8.

¹⁸ H. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, Wien 2007, str. 3–4.

¹⁹ H. Koziol, R. Welser, str. 7.

²⁰ Meinhard Lukas, *Zession und Synallagma*, Wien 2000, str. 6.

2. Pojmovno određenje i ključne odlike poveriočevih dopunskih prava

Ako se prihvati šire shvatanje sadržine obligacionog odnosa, za šta se autori ovog rada zalažu, onda se postavlja pitanje koja to sve prava ugovorni poverilac ima prema svom dužniku. Osnovna prava svakog ugovornog poverioca su: 1) pravo na činidbu stipulisanu ugovorom i 2) pravo na naknadu štete u slučaju neispunjenja, neurednog ispunjenja ili zadocnjenja. Pravo na činidbu predstavlja tzv. primarni ugovorni zahtev, koji nastaje u trenutku nastanka obligacionog odnosa i u osnovi predstavlja sadržinu obligacije, dok je pravo na naknadu štete tzv. sekundarni ugovorni zahtev, koji nastaje naknadno i to samo u slučaju nepoštovanja primarne obaveze, zbog čega se i može reći da on predstavlja sadržinu ugovorne odgovornosti.²¹

Pored ovlašćenja da zahteva određenu prestaciju ili naknadu štete u slučaju manjkavosti ispunjenja, poverilac ima i neka druga ovlašćenja. U našoj pravnoj teoriji, se u tom kontekstu „ostalih poveriočevih prava“ najčešće navode: 1) prava koja služe obezbeđenju i učvršćenju potraživanja (zaloga i jemstvo),²² 2) preobražajna prava kojima se obligacioni odnos zasniva, preinačuje ili okončava (na primer, pravo preče kupovine,²³ pravo izbora između više alternativnih obligacija, pravo na opoziv naloga, i sl.).²⁴ Ako se pođe od toga da su pravo na činidbu, odnosno pravo na naknadu štete dve strane glavnog poveriočevog prava, ostala pomenuta prava se mogu nazvati uzgrednim pravima. Za njih je karakteristično to da su akcesornog karaktera, jer je potraživanje preduslov nastanka i vršenja ovih prava. Pored akcesornosti, ostala (uzgredna) prava poverioca imaju još jednu zajedničku osobinu – vršenje ovih prava utiče

²¹ Više vid.: J. Radišić, str. 42. U sličnom kontekstu, neki autori navode i pravo kupca kao poverioca da traži zaštitu od tzv. evikcije (pravnog uznemiravanja). A. Gams, Lj. Đurović, str. 65.

²² Zakon o obligacionim odnosima – ZOO (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93, *Službeni list SCG*, br. 1/2003) nema jedinstven pojam za označavanje drugih prava poverilaca prema dužniku van prava na činidbu i prava na naknadu štete. Samo na jednom mestu zakon koristi sintagmu „sporedna prava“, i to za označavanje predmeta ustupanja (cesije), kada naglašava da sa potraživanjem na prijemnika prelaze i sporedna prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, zaloga, prava iz ugovora sa jemcem, prava na kamatu, ugovornu kaznu, i sl. (ZOO čl. 437 st. 1). Za označavanje istog pojma, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima (čl. 362) koristi termin „uzgredna prava“. Poređenjem prava koja su nabrojana u ovim normativnim tekstovima, uočava se da u Skici izostaju „prava na kamatu, ugovornu kaznu i sl.“ S tim što su i u jednom i drugom slučaju ova prava navedena primera radi i nije ograničen njihov broj. Opširnije vid.: Nenad S. Tešić, *Prodaja i prenos potraživanja*, Beograd 2012, str. 233-238. U ovom radu pojam uzgredna prava poverioca koristimo u nešto širem značenju - ostalih poveriočevih prava kojim pored tražbine raspolaže aktivna strana u obligacionom odnosu.

²³ Andrija Gams sa Ljiljanom Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1994, str. 67.

²⁴ Više vid.: J. Radišić, str. 42.

na samo potraživanje kao glavno pravo. Tako, na primer, usled kompenzacione izjave uzajamna potraživanja subjekata obligacionog odnosa prestaju u celini ili u nekom delu.

Ipak, čini se da poverioci, pored najčešće pominjanih uzgrednih prava, imaju i neka ovlašćenja koja u pravnoj nauci do sada nisu na odgovarajući način prepoznata. Ova poveriočeva ovlašćenja u velikoj meri liče na ostala (uzgredna) prava poverioca, ali imaju i određene osobine koje ih izdvajaju. S tim u vezi, predlažemo uvođenje novog pojma u pravnu doktrinu kandidujući termin „dopunska (dopunjujuća) prava“ kao genusni naziv za ova poveriočeva ovlašćenja. Namera nam je da tako shvaćena dopunska prava poverioca pojmovno prikažemo i sistematizujemo lišeni pretenzije na njihovo sveobuhvatno nabranje. U tom smislu, smatramo da poveriočeva dopunska prava odlikuju sledeće zajedničke osobine:

a) *Zakonsko utemeljenje*. Poverilac stiče dopunska prava po samom zakonu i ne može ih se unapred odreći. Ovo prava nastaju kao posledica same obligacije bez bilo kakve dodatne saglasnosti njenih subjekata.²⁵

b) *Akcesornost (zavisnost)*. Zavisnost je značajna karakteristika dopunskih prava. U tom pogledu dopunska prava se ne razlikuju od ostalih (uzgrednih) poveriočevih prava.²⁶ Akcesornost dopunskih prava znači da ona ne mogu nastati niti biti vršena bez tražbine kao glavnog prava. Međutim, oklonost da li će konkretni poverilac moći da ostvari dopunsko pravo prema svom dužniku često zavisi i od ostvarenja drugih zakonskih uslova. Neki od tih uslova se tiču samih subjekata obligacionog odnosa, dok su drugi vezani na potraživanje. Otuda se može zaključiti da dopunska prava, nisu nužno prava svakog poverioca u odnosu na svakog dužnika. Primera radi, dopunska prava utemeljena u Zakonu o stečaju imaju u vidu dužnika koji je pravno lice, pa je *argumentum a contrario* jasno da poverilac takvo dopunsko pravo i nema u odnosu na svoje dužnike koji su fizička lica.

v) *Uticao na dužnikovu imovinskopravnu sferu*. Potraživanje je „neposredan pravni odnos“ dužnika i poverioca.²⁷ Međutim, dopunska prava,

²⁵ Zavisno od zakona iz koga izvire, dopunska prava su na primer garantovana Zakonom o obligacionim odnosima (pravo pobijanja dužnikovih pravnih radnji), Zakonom o stečaju (pravo pobijanja pravnih radnji u stečaju, pravo na podnošenje predloga za otvaranje stečajnog postupka), Zakonom o privrednim društvima (probijanje pravne ličnosti), Zakonom o vanparničnom postupku (pravo na podnošenje zahteva za proglašenje nestalog lica za umrlo), Porodičnim zakonom (pravo na podnošenje zahteva za deobu zajedničke imovine supružnika), Zakonom o nasleđivanju (pravo na podnošenje zahteva za odvajanje zaostavštine od ostatka imovine naslednika), itd.

²⁶ O podeli prava na glavna i zavisna više vid.: Vladimir V. Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012, str. 230.

²⁷ Eleanor [Cashin-Ritaine](#), *Les cessions contractuelles de créances de sommes d'argent dans les relations civiles et commerciales Franco-Allemandes*, Thèse, 1998, str. 54.

kako ih ovde razumemo, otvaraju pitanje poveriočevog uticaja na imovinu dužnika. U pravnoj teoriji se obično ističe da poverilac ima pravo „opšte zaloge“ na celokupnoj imovini dužnika. Naravno, izraz „zaloga“ u ovom kontekstu ne označava konkretno stvarnopravno obezbeđenje, već se takvom jezičkom konstrukcijom cilja na postojanje određene nevidljive veze između poverioca, s jedne strane, i imovine dužnika, sa druge. Po prirodi stvari, ovde se može govoriti samo o potencijalu odnosa sa dužnikovim dobrima. „Opšta zaloga“ je na neki način „bez zuba“, s obzirom na to da poverilac u odnosu na dobra iz dužnikove imovine nema pravo sledovanja.²⁸

g) *Povratno dejstvo na potraživanje.* Između potraživanja i većine uzgrednih prava poverioca postoji direktna veza, što znači da vršenjem ovih prava poverilac neposredno utiče na dužničko-poverilački odnos (pravo prekupa, otkaza ugovora i sl). Suprotno tome, poverilac koji aktivira neko od garantovanih dopunskih prava, uglavnom utiče na dužnikovu imovinskopravnu sferu ili na pravne odnose dužnika sa trećim licima, dok su posledice vršenja dopunskih prava na potraživanje samo posredne. Dopunska prava, po pravilu, sprečavaju izigravanje poverioca i osujećenje njegovog namirenja.

d) *Odsustvo korelacije.* Ako prihvatimo da je korelacija u samoj osnovi dužničko-poverilačkog odnosa, onda obligacioni odnos (u užem smislu) podrazumeva (punu) korelaciju tražbine i duga. Ovlašćenje poverioca na prestaciju sasvim odgovara dužnikovoj obavezi na ispunjenje. Tako na primer, tražbini zajmodavca sasvim odgovara dug zajmoprimca da zajam vrati. Međutim, u obligacionom odnosu (u širem smislu) naspram ostalih (uzgrednih) prava poverioca ne stoje nužno odgovarajuće obaveze dužnika. Ako i postoje ove dužnosti su samo u funkcionalnoj korelaciji sa poveriočevim ovlašćenjima. Tako je i sa pravima poverioca koja smo ovde nazvali dopunskim. Ako se uzme da postoji neka dužnikova obaveza koja je pandan poveriočevim dopunskim pravima, onda je ona opšta i po pravilu negativna, tj. sastoji se u dužnikovoj dužnosti da se, shodno načelu savesnosti i poštenja, uzdržava od umanjenja vrednosti sopstvene imovine. Poveriočevim dopunskim pravima je dakle samo komplementarna dužnikova dužnost da trpi određeno zadiranje u njegovu imovinskopravnu sferu.

đ) *Ograničeno trajanje.* Iako je reč poveriočevim pravima u odnosu na dužnika, dopunska prava ne podležu zastarelosti. Međutim, to još uvek ne znači da su poveriočeva dopunska prava trajna. Kod određenog broja ovih prava poverilac biva prekludiran istekom roka. Na primer, ostaviočevi poverioci

²⁸ O odnosu „opšte zaloge“ na celokupnoj imovini dužnika koja je promenljive i krajnje neizvesne sadržine i zaloge na tačno određenom delu dužnikove imovine kroz srpsku narodnu mudrost „bolje vrabac u ruci, nego golub na grani“, više vid.: Nenad Tešić, *Registrovana zaloga*, Beograd 2007, str. 1.

isključivo mogu u roku od tri meseca od dana otvaranja nasleđa zahtevati da se zaostavština odvoji od imovine naslednika.²⁹ Druga pak dopunska prava nisu ograničena vremenom, ali se prirodno gase nastupanjem određenih pravnorelevantnih okolnosti, Tako na primer pravo poverioca da zahteva deobu dužnikove zajedničke imovine prestaje ako su deobu zahtevali sami supružnici.

e) *Podrška ostvarenju cilja obligacije*. Čini se da u modernom pravu nije dovoljno naglasiti kako je poverilac ovlašćen da se prinudno namiri iz celokupne dužnikove imovine. Ovo iz razloga što je dužnik vlasan da raspolaže svojom imovinom na način kako on želi i smatra da je u njegovom najboljem interesu. Pravni poredak, stoga, poveriocima stavlja na raspolaganje određena subjektivna ovlašćenja – dopunska prava koja su po svojoj prirodi uglavnom pravne moći (preobražajna prava),³⁰ a u nekim slučajevima apsolutna prava, kojima poverilac štiti svoj legitimni interes imanentan svakoj obligaciji, a to je mogućnost prinudnog namirenja. Ako kažemo da svako subjektivno (obligaciono) pravo prati i zahtev (nem. „Anspruch“) kao mogućnost t prinudnog ostvarenja tražbine, onda su dopunska poveriočeva prava upravo u službi tako shvaćenog zahteva (tužbe u materijalnom smislu).

Primarni cilj svake obligacije je ispunjenje koje je u najvećem broju slučajeva dobrovoljno. Međutim, dopunska prava dolaze do izražaja onda kada voljno ispunjenje zakaže. Ona dakle predstavljaju subjektivna ovlašćenja koja zakonodavac daje poveriocu kako bi došlo do ostvarenja sekundarnog cilja obligacije, iza koga stoji pravni poredak sa svojim garancijama, a to je prinudno namirenje. Drugim rečima, ako je (voljno) ispunjenje glavna (primarna) kauza obligacije (lat. *causa prima*), onda je (prinudno) namirenje supsidijarna (sekundarna) kauza obligacije (lat. *causa secunda*) kojoj se poverilac okreće ako ostvarenje primarne kauze izostane. Uloga dopunskih prava u obligacionom odnosu se ogleda u kreiranju uslova za ostvarenje, tako shvaćene supsidijarne kauze obligacije, tj. u omogućavanju prinudnog namirenja.

Posredna veza poverioca i imovine dužnika se uspostavlja upravo preko dopunskih prava. Zavisno od vrste dopunskih prava, njihov smisao može biti trojak: otklanjanje neizvesnosti u pogledu imovine kojom dužnik raspolaže, očuvanje inicijalne vrednosti dužnikove imovine, te dodatno obezbeđenje i učvršćenje glavnog poveriočevog prava dužnikovom imovinom ili imovinom trećeg lica.

²⁹ ZON, čl. 225. Tužba za pobijanje dužnikovih pravnih radnji je takode vezana za objektivni rok. Vid.: ZOO, čl. 285.

³⁰ Svesni ograničenja u pogledu obima ovog naučnog rada, na ovom mestu smo izbegli raspravu o prirodi i elementima subjektivnih prava, kao i dilemu da li su preobražajna prava (nem. *Gestaltungsrecht*) subjektivna prava ili su to samo prividno, pa ih kao pravne moći valja razlikovati od subjektivnih prava. Opširnije o različitim pristupima subjektivnom pravu i prirodi preobražajnog prava: D. Stojanović u: Dragoljub Stojanović, Oliver Antić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2004, str. 197-199, A. Gams, Lj. Đurović, str. 67.

Prva grupa dopunskih prava je usmerena na postizanje izvesnosti u pogledu imanja kojim dužnik odgovara za dugove. U njoj se, primera radi, nalaze pravo poverioca da zahteva deobu dužnikove zajedničke imovine i pravo poverioca da inicira ostavinski postupak.

Druga grupa dopunskih prava omogućava poveriocu očuvanje incijalne vrednosti dužnikove imovine. Za poverioca koji ulazi u ugovorni – obligacioni odnos sa određenim licem, odlučujući faktor u tom pravcu je pre svega bonitet potencijalnog ugovornika, odnosno procena ukupnog stanja imovine kojom ovaj u trenutku obvezivanja raspolaže. Poverilac koji očekuje ispunjenje tražbine se prirodno nada očuvanju prvobitne dužnikove imovine ili pak njenom uvećanju. Iz tog razloga, pravni poredak poveriocu daje određena ovlašćenja u odnosu na imovinskopravnu sferu dužnika. U ovu grupu poveriočevih dopunskih prava spada, primera radi, pravo poverioca da pobija pravne radnje dužnika u stečaju i van stečaja (*actio Pauliana*).

Konačno, treću grupu čine ona dopunska prava koja omogućavaju poveriocu da dodatno ojača svoj pravni položaj, na primer tako što će, nakon dokazivanja ispunjenosti zakonskih uslova, obvezati i neko treće lice (nedužnika) da odgovara za dužnikove obaveze. „Probijanje pravne ličnosti“ je tipičan primer ove podvrste dopunskih prava. Iako je ovde veza poverioca i dužnikove imovine manje izražena, ona ipak postoji, jer do „probijanja pravne ličnosti“ i dolazi po pravilu onda kada imovina dužnika nije dovoljna za namirenje poverioca.

Na osnovu napred navedenog može se zaključiti da je pojam dopunskih prava složen. Ipak, s obzirom na osnovni cilj njihovog zasnivanja, sva dopunska prava koja stoje na raspolaganju poveriocu se mogu podeliti na:

1. prava kojima poverilac otklanja prepreke za namirenje,
2. prava kojima poverilac štiti izglede za namirenje, i
3. prava kojima poverilac jača izglede za namirenje.

U daljem tekstu biće više reči o najznačajnijim dopunskim pravima poverioca u srpskom pravu.

3. Dopunska prava kojima poverilac otklanja prepreke za namirenje

U pravu postoje situacije kada poverilac ne može da se namiri, jer je dužnik nesposoban za plaćanje ili je prezadužen ili je njegovo lično stanje takvo da nije jasno šta se nalazi u imovini podobnoj za namirenje. Pravni poredak u takvim slučajevima poveriocu daje dopunska prava koja mu omogućavaju da kroz odgovarajuće zahteve otkloni prepreke za namirenje i tako ostvari svoj pravni interes.

3.1. Predlog za pokretanje stečajnog postupka i druga prava koja se ostvaruju u stečaju

Pored dužnika i likvidacionog upravnika, poverioci su aktivno legitimisana lica za podnošenje predloga za pokretanje stečajnog postupka.³¹ Ovo dopunsko pravo je dvostruko ograničeno: prvo, ovo nije pravo svakog poverioca, i drugo, ono se ne može koristiti protiv svakog dužnika. U stečajnom pravu se pravi razlika između potraživanja koja mogu da se prijave u stečajnom postupku, a time i da učestvuju u raspodeli deobne mase, od potraživanja koja svojim imaocima daju pravo na iniciranje stečajnog postupka. Krug potraživanja koja se mogu prijaviti u stečaju obuhvata svako potraživanje bez obzira na vrednost, dospelost, utvrđenost, određenost, uslovljenost i osporenost, dok poverioci koji žele da pokrenu stečajni postupak dužnika moraju raspolagati potraživanjem koje je znatno uže određeno, odnosno mora biti neobezbeđeno, neuslovljeno, dospelo i nesporno, a u nekim sistemima i da prelazi određenu vrednost.³²

Poverioci mogu podneti predlog za pokretanje stečajnog postupka samo protiv dužnika koji ima pasivnu stečajnu legitimaciju. Tako se, primera radi, predlog za pokretanje stečaja ne može podneti protiv fizičkog lica,³³ države, autonomne pokrajine, jedinice lokalne samouprave, fondova za obavezno osiguranje, itd.³⁴ Prema tome, krug stečajnih dužnika je znatno uži od pojma dužnika u opštem obligacionopravnom smislu.

Pored podnošenja predloga, poverioci u stečajnom postupku imaju i brojna druga prava, koja mogu biti individualna i kolektivna. Individualna prava poverioci samostalno ostvaruju (na primer, pravo na osporavanje potraživanja drugih poverilaca), dok se kolektivna prava realizuju glasanjem zajedno sa drugim poveriocima u okviru tzv. poverilačkih organa u stečaju (skupština poverilaca i odbor poverilaca). Pomenuta prava uglavnom spadaju u kategoriju dopunskih poveriočevih prava.

³¹ Zakon o stečaju, *Službeni glasnik*, br. 104/2009, 99/2011 – dr. zakon, 71/2012 – odluka US i 83/2014, čl. 55. O materijalnim i procesnim uslovima za pokretanje stečajnog postupka od strane poverioca vid.: Vuk Radović, „Predlog poverioca za pokretanje stečajnog postupka (nevoljni stečaj)“, *Pravo i privreda*, br. 1-4/2002, str. 160-174.

³² O stavovima prihvaćenim u našoj sudskoj praksi u odnosu na poverioce koji imaju pravo da podnesu predlog više vid.: Gordana Ajnšpiler Popović, „Poverioci kao podnosioci predloga za pokretanje stečajnog postupka“, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2011, str. 303-315.

³³ U srpskom pravu, stečajni dužnici mogu biti samo pravna lica. Više o rešenjima prihvaćenim u uporednom pravu, kao i istorijatu stečaja nad imovinom fizičkog lica u Srbiji vid.: Vuk Radović, *Individualni stečaj – stečaj nad imovinom fizičkog lica*, Dosije, Beograd 2006, str. 27-78.

³⁴ Zakon o stečaju, čl. 14.

3.2. Zahtev za proglašenje nestalog lica za umrlo

U srpskom pravu važi pravilo da onaj koji se poziva na nečiju smrt (koju ne može da dokaže) u ostvarenju svojih prava mora u sudskom (vanparničnom) postupku ishoditi odgovarajuće rešenje o proglašenju nestalog lica za umrlo.³⁵ Predlog za pokretanje ovog postupka može podneti lice koje ima neposredni pravni interes da nestalo lice bude proglašeno za umrlo, ali i javni tužilac.³⁶ Čini se da ovde postoji nedoumica kakva je sadržina pravnog standarda „neposredan pravni interes“. Prema nekim autorima, neposredan pravni interes ima svako ko iz proglašenja nestalog za umrlo izvodi neko pravo (naslednici, supružnik, poverilac čije pravo nastaje pod uslovom da određeno lice više nije živo).³⁷ Neposredan pravni interes ovih lica ne može biti sporan. Ovo iz razloga što usled proglašenja nestalog lica nastupaju pravne posledice kao i kod faktičke smrti – prestaje brak ovog lica, te nastaju i prestaju prava trećih vezana za ovu činjenicu i dr.³⁸ Poverioci čije pravo nastaje pod uslovom da određeno lice nije živo (na primer, davalac doživotnog izdržavanja ili korisnik prava iz osiguranja u korist trećeg lica³⁹) su sasvim sigurno lica koja imaju takav interes. Međutim, ostaje dilema može li se u pogledu iniciranja postupka za proglašenje nestalog lica za umrlo otići korak dalje, pa takvo pravo priznati i poveriocima čije se potraživanje ne izvodi iz smrti nestalog lica.

Izgleda da ovde ima argumenata za sasvim različite pristupe. Ako se ima u vidu da sud proverava da li su ispunjene osnovne pretpostavke za pokretanje ovog postupka koje se pre svega tiču vremena u kome o nečijem životu nije bilo nikakvih vesti⁴⁰ i ako se uzme u obzir pravilo da predlog za pokretanje ovog postupka mora da sadrži činjenice na kojima se zasniva i dokaze kojim se te činjenice utvrđuju ili čine verovatnim, kao i to da bi takvi poverioci morali ovaj predlog dopuniti podacima koji verifikuju njihov pravni interes,⁴¹ onda se čini da

³⁵ A. Stanković, „Proglašenje nestalih lica za umrla po našem pravu“, *Pravni život*, br. 7-8/1990, str. 1151.

³⁶ Zakon o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/82 i 48/88 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014 i 6/2015, čl. 58. Slično pravilo važi i u situaciji kada smrt nekog lica ne može da se dokaže ispravom predviđenom Zakonom o matičnim knjigama, u kom slučaju lice koje ima neposredni pravni interes i javni tužilac imaju pravo da podnesu predlog sudu da se rešenjem utvrdi smrt tog lica. Vid.: Zakon o vanparničnom postupku, čl. 70.

³⁷ O. Antić u: D. Stojanović, O. Antić, str. 139. Drugi autori ne ulaze dublje u definisanje ovog standarda. „Postupak može da pokrene svako lice koje ima pravom zaštićeni interes da se nestalo lice proglasi za umrlo.“ A. Gams, Ljiljana Đurović, str. 75.

³⁸ A. Stanković, str. 1153.

³⁹ Ugovarač osiguranja može ugovorom kao i docnijim pravnim poslom, pa i testamentom, odrediti lice kome će pripasti prava iz osiguranja. Vid.: ZOO, čl. 957 st. 1.

⁴⁰ Zakon o vanparničnom postupku, čl. 57.

⁴¹ Zakon o vanparničnom postupku, čl. 59 st. 2.

postoji potreba za širim tumačenjem standarda „neposredan pravni interes“, po kome pravo za pokretanje ovog postupka imaju i oni poverioci čija se tražbina ne zavisi od smrti nestalog lica. Međutim, ako se uzmu u obzir argumenti da proglašenje nestalog lica za umrlo ne dovodi samo do imovinskih posledica, nego i do promene u ličnim stanjima građana (na primer, prestanak braka), onda je uže tumačenje sadržine standarda „neposredan pravni interes“ prihvatljivije, naročito ako se rezonuje da bi u suprotnom svaki poverilac bez obzira na visinu svog potraživanja mogao inicirati ovaj postupak.

Sud je taj koji postupa po predlogu za pokretanje postupka i donosi rešenje.⁴² Uz to, nestalom licu se postavlja staralac koji vodi računa da njegovi interesi budu zaštićeni u postupku.⁴³ Najzad, o otvaranju postupka se objavljuje oglas kojim se poziva nestali, kao druga lica ako imaju informacije o njemu da to jave sudu.⁴⁴ Sve ovo nas navodi na zaključak da je interes nestalog primereno zaštićen. S druge strane, postojanje dugogodišnje neizvesnosti o ličnom stanju građana, odnosno sastavu njegove imovine se čini društveno neprihvatljivim.⁴⁵ Smatramo stoga, da razlozi pravne sigurnosti koji leže u osnovi proglašenja nestalog lica za umrlo nalažu usvajanje stava o široj sadržini standarda „neposredan pravni interes“.

Ova nedoumica se može produbiti otvaranjem dileme da li potraživanje poverioca na čiji se predlog pokreće postupak za proglašenje nestalog lica za umrlo mora biti nesporno, ili je dovoljno da je njegovo potraživanje učinjeno verovatnim. Ako bi se prihvatila teza da potraživanje mora biti utvrđeno iz razloga što se proglašenjem nestalog lica za umrlo utiče nepovratno i na lična stanja građana, onda bi poverilac koji inicira postupak proglašenja nestalog lica za umrlo u pogledu svog potraživanja morao imati izvršnu ispravu. Suprotno ovome, prihvatanje stava po kome je poveriocu za iniciranje postupka za proglašenje nestalog lica za umrlo dovoljno da je njegovo potraživanje učinjeno verovatnim bi značilo da poverilac treba da uz odgovarajući predlog priloži i dokaz o osnovu svoje tražbine (na primer, punovažan ugovor o zajmu, ili verodostojnu ispravu: menicu, fakturu i sl). Čini se da i kod ove dileme pretežu argumenti u korist šireg tumačenja o neposrednom pravnom interesu, po kome je postojanje tražbine procesna pretpostavka za koju je dovoljno da bude učinjena

⁴² Pored ostalog, sud po službenoj dužnosti pribavlja i izvodi dokaze radi utvrđivanja činjenice da li je i kada je nestalo lice umrlo, odnosno da li je još u životu. Zakon o vanparničnom postupku, čl. 60 st. 2.

⁴³ Staralac je dužan da prikuplja dokaze o nestanku odnosno životu nestalog i da ih predloži sudu. Zakon o vanparničnom postupku, čl. 60 st. 2.

⁴⁴ Zakon o vanparničnom postupku, čl. 61 st. 1.

⁴⁵ Produžena neizvesnost o okolnosti da li je neko lice u životu „stvara niz poteškoća i tangira imovinskopravne i ličnopravne odnose određenih lica, ali nije poželjna ni sa društvenog stanovišta“. Obren Stanković u: Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2007, str. 54.

verovatnom. Pored osnovnog razloga koji je već istaknut, čini se da ovde treba uzeti u obzir i nesporan javni interes da se stanje neizvesnosti (o nečijem životu) ukloni iz pravnog prometa sa što manje troškova.

Zahtevati da poverilac vodi parnični postupak kako bi pribavio izvršnu ispravu nije prihvatljivo iz ugla procesne ekonomije,⁴⁶ ako se već unapred zna da će na kraju nedoumice u pogledu predmeta izvršenja,⁴⁷ odnosno problemi u identifikovanju imovine dužnika zahtevati pokretanje postupka za proglašenje nestalog lica za umrlo.⁴⁸ Produžena neizvesnost u pogledu okolnosti da li je neko lice u životu ne doprinosi pravnoj sigurnosti. Ovo iz razloga što poverioci nestalog lica ne znaju ko i kojom imovinom odgovara za preuzete obaveze. Izgleda da iniciranje postupka proglašenja nekog lica za umrlo ne ugrožava samo po sebi interese nestalog, a bitno doprinosi pravnoj izvesnosti kao jednom od osnovnih ciljeva kojim teži uređen pravni poredak. Shodno tome, pravilo po kome ovaj postupak može aktivirati lice koje ima neposredan pravni (poverilački) interes treba tumačiti tako da je za postojanje ovog interesa dovoljno da je potraživanje poverioca učinjeno verovatnim. Ako je ovaj standard prihvaćen i kod predloga za pokretanje stečajnog postupka, nema razloga da ga se ne držimo i u sferi prestanka subjektiviteta fizičkih lica.

3.3. Zahtev za deobu dužnikove zajedničke imovine

Potraživanje donosi poveriocu dopunsko pravo da zahteva deobu dužnikove zajedničke imovine.⁴⁹ Prema zakonu, pored supružnika i naslednika umrlog supružnika, pravo da zahteva deobu bračne tekovine imaju i poverioci

⁴⁶ Takav postupak po pravilu podrazumeva i troškove postavljanja privremenog zastupnika. Naime, ako se u toku postupka pred prvostepenim sudom pokaže da bi redovan postupak oko postavljanja zakonskog zastupnika tuženom trajao dugo, pa bi zbog toga mogle da nastanu štetne posledice za jednu ili obe stranke, sud će tuženom da postavi privremenog zastupnika. To se naročito praktikuje u situaciji kada je prebivalište ili boravište, odnosno sedište tuženog nepoznato, a tuženi nema punomoćnika. Vid.: Zakon o parničnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 – odluka US i 55/2014, čl. 81.

⁴⁷ Predmeti izvršenja su stvari i prava na kojima se može sprovesti izvršenje radi ostvarivanja potraživanja. Zakon o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 99/2011 – dr. zakon, 109/2013 – odluka US, 55/2014 i 139/2014, čl. 19 st. 4.

⁴⁸ „Kad izvršni poverilac u predlogu za izvršenje zahteva da se izvršenje sprovede na celokupnoj imovini izvršnog dužnika ili uz predlog podnese zahtev za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika bez navođenja sredstva i predmeta izvršenja, sud određuje izvršenje, odnosno obezbeđenje bez navođenja sredstva i predmeta izvršenja. Nakon identifikovanja imovine izvršnog dužnika, zaključkom će se odrediti sredstva i predmet izvršenja.“ Zakon o izvršenju i obezbeđenju, čl. 20 st. 3.

⁴⁹ O pravima koja ulaze u zajedničku imovinu, odnosno u posebnu imovinu supružnika vid.: Nenad Tešić, „O zajedničkoj imovini supružnika“, *Pravni život*, br. 10/2006, str. 259-277.

onog supružnika iz čije se posebne imovine nisu mogla namiriti njihova potraživanja.⁵⁰ Iako zakon izričito govori o poveriocima supružnika, sistemskim tumačenjem ove norme može se izvesti zaključak da takvo ovašćenje u pogledu imovine stečene u vanbračnoj zajednici imaju i poverioci vanbračnog partnera.⁵¹

3.4. Iniciranje ostavinskog postupka i vršenje drugih dužnikovih prava

Prema stanovištu Francuskog građanskog zakonika,⁵² koje je zastupljeno i u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima, svaki poverilac čije je potraživanje dospelo za isplatu može vršiti u ime i za račun dužnika, njegova imovinska prava prema trećim licima, koja on zapušta na štetu svojih poverilaca, izuzev onih prava koja su isključivo vezana za ličnost.⁵³ Shodno ovom stanovištu, „poverilac može dati pozitivnu nasledničku izjavu umesto dužnika, zahtevati deobu nasleđa, primiti legat, vindicirati određenu stvar, zahtevati ispunjenje obaveze od dužnikovog dužnika, ali ne može podneti tužbu za razvod ili poništenje braka, niti utvrđivati ili osporavati očinstvo dužnika.“⁵⁴ Pored pomenutih, poverilac bi mogao da vrši i neka dužnikova preobražajna prava, na primer, pravo izbora u slučaju alternativne obligacije ili pravo podnošenja zahteva za izmenu ili raskid ugovora zbog promenjenih okolnosti, ali ipak ne može zahtevati promenu visine obroka kod zakonskog izdržavanja.⁵⁵

Za razliku od francuskog, srpsko pravo izgleda ne daje poveriocu ovako široke mogućnosti u vršenju dužnikovih prava. Međutim, i u srpskom pravu postoje norme koje u određenim pravnim situacijama omogućavaju poveriocu da vrši neko pravo dužnika. Tako, prema Zakonu o obligacionim odnosima, zakupodavac može radi naplate svojih tražbina prema zakupcu po osnovu zakupa zahtevati neposredno od podzakupca isplatu onoga što ovaj duguje zakupcu po osnovu podzakupa.⁵⁶ Mogućnost da poverilac vrši dužnikova zanemarena prava se u širem smislu izvodi iz načela zabrane zloupotrebe prava. Obrisi ovog principa se mogu uočiti i u nekim drugim pravnim situacijama. Primera radi, sud pokreće ostavinski postupak po službenoj dužnosti po dobijanju smrtovnice od nadležnog matičara, ali poverilac kao zainteresovana

⁵⁰ Vid.: Porodični zakon, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 - dr. zakon i 6/2015, čl. 181.

⁵¹ Vid.: Porodični zakon, čl. 4 i 191.

⁵² FGZ, čl. 1166.

⁵³ Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, čl. 226 st. 1.

⁵⁴ J. Radišić, str. 337.

⁵⁵ V. Stanković, „Poveriočevo ovlašćenje da vrši prava svog dužnika“, *Pravni život*, br. 2/74, str. 27.

⁵⁶ Vid.: S. Perović, str. 659.

stranka može podneti relevantne dokaze o smrti ostavioca.⁵⁷ Naslednici često ne žele raspravljanje zaostavštine, dok je poverilac za njenu deobu naročito zainteresovan, na primer, kada je po službenoj dužnosti sud prekinuo parnični postupak usled smrti stranke,⁵⁸ ili kada je poverilac ishodovao izvršnu ispravu u odnosu na ostavioca, ali još uvek nije utvrđeno ko su njegovi naslednici.⁵⁹

Takvi primeri nisu izolovani. U izvršnom postupku, koji se sprovodi popisom, procenom i prodajom pokretnih stvari, pokretne stvari koje su predmet izvršenja mogu od ranije već biti u postupku carinskog skladištenja. Ako u tom pogledu postoji sudska odluka, carinski organ je dužan da postupa po toj odluci, pošto ona ne može biti predmet vansudske kontrole. Licu koje je ovlašćeno za sprovođenje izvršenja, ovde se mora omogućiti pregled i procena vrednosti robe, a licu koje vrši procenu vrednosti robe skreće se pažnja da se roba nalazi u postupku carinskog skladištenja i da nije stavljena u slobodan promet, odnosno da nisu plaćene uvozne dažbine. Ako je naložena javna prodaja, takvu prodaju nije moguće pravilno sprovesti pre stavljanja predmeta izvršenja u promet, a odluka suda doneta u postupku izvršenja je pravni akt na osnovu koga se izvršni poverilac može legitimisati pred carinskim organom kao lice koje može podneti deklaraciju za stavljanje robe u slobodan promet.⁶⁰

Ipak, poverilac ne može zahtevati opoziv poklona za dužnika ako je dužnikov poklonoprimac pokazao grubu neblagodarnost, niti podići tužbu za naknadu štete zbog povrede časti i ugleda.⁶¹

U ovu grupu ovlašćenja poverioca možemo svrstati i ovlašćenje jemca da dâ kompenzacionu izjavu (prigovor) kojom kompenzuje potraživanje glavnog dužnika sa poveriočevim potraživanjem.⁶² Jemac je ovde samo uslovni poverilac na koga bi ako plati tuđi dug, shodno principu personalne subrogacije prešlo poveriočevo potraživanje prema glavnom dužniku.

⁵⁷ Opširnije o pravilima pokretanja ostavinskog postupka vid.: Oliver Antić, *Nasledno pravo*, Beograd 2011, str. 379-380.

⁵⁸ Ovaj interes je donekle umanjen zbog stanovišta usvojenog u sudskoj praksi. Naime, rešenju o nastavku postupka koji je prekinut zbog smrti stranke ne mora prethoditi rešenje o nasleđivanju, jer se zaostavština nasleđuje na osnovu zakona, a rešenje o nasleđivanju ima samo deklarativni karakter. Vid.: Rešenje Višeg suda u Požarevcu, 1 Gž. 1060/2013 od 6.12.2013. godine.

U drugoj odluci sud naglašava: „Da bi parnični postupak koji je bio prekinut zbog smrti tuženog bio nastavljen, nije potrebno da njegovi zakonski naslednici budu pravnosnažno oglašeni u ostavinskom postupku, već je dovoljno da, na predlog suprotne stranke, sud pozove lica koja su najbliži srodnici pokojnog tuženog i koja su pokrenula ostavinski postupak iza njegove smrti (prezumptivni naslednici), da preuzmu parnični postupak. Vid.: Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž2. 332/2014 od 25.6.2014. godine.

⁵⁹ Opširnije o sprovođenju izvršenja u odnosu na naslednike izvršnog dužnika vid.: Nenad Tešić, „Prenos prava i obaveza u okviru načela formalnog legaliteta“, *Harmonius – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*, 2014, str. 343-344.

⁶⁰ Odluka Ministarstva finansija Uprava carina, sektor za carinske postupke i procedure, 148-03.030.01-130/2015 od 12.3.2015.

⁶¹ B. S. Marković, str. 50.

⁶² ZOO, čl. 1009 st. 1.

4. Dopunska prava kojima poverilac štiti izgleda za namirenje

Pravni poredak stavlja imaoocu potraživanja na raspolaganje određena pravna sredstva koja mu omogućavaju da njegova pravna pozicija ostane nepromenjena, kako bi se sprečilo njegovo izigravanje. Poverilac čuva svoje izgleda za namirenje, bilo tako što brani da se imovina njegovog dužnika pomeša sa imovinom drugih lica, bilo tako što sprečava da imovina dužnika usled nekih njegovih pravnih radnji ili odluka postane nedovoljna za namirenje.

4.1. Zahtev za odvajanje zaostavštine od ostatka imovine naslednika

Zaostavština opterećena dugovima se u trenutku smrti ostavioca spaja sa posebnom imovinom naslednika (*confusio bonorum*).⁶³ Interes ostaviočevih poverilaca ovim može biti ugrožen, a naročito ako naslednik ima i svoje poverioce. Iz tog razloga pravni poredak daje poverioocu ostavioca dopunsko pravo da zahteva odvajanje zaostavštine od ostatka imovine naslednika (*separatio bonorum*),⁶⁴ tj. da zahteva formiranje posebne imovinskopravne celine u okviru naslednikove imovine u koju bi ušla samo prava iz zaostavštine.⁶⁵ Odvojena zaostavština, odnosno njen odgovarajući deo biva tako podvrgnut posebnom građanskopravnom režimu koji isključuje pravo naslednika da raspolaze tim stvarima i pravima.⁶⁶

Poverioci naslednika i ostaviočevi poverioci koji nisu zahtevali odvajanje ne mogu se namiriti iz odvojene imovine sve dok se ne namire poverioci koji su zahtevali popis i procenu.⁶⁷ Na taj način poverilac koji je podneo zahtev za odvajanje stiče pravo prvenstva u namirenju svog potraživanja na odvojenim dobrima iz zaostavštine.⁶⁸ Međutim, u isto vreme on gubi pravo da naplati svoje potraživanje iz posebne imovine naslednika.⁶⁹ Na ovaj način je ustanovljen izuzetak od opšteg režima odgovornosti naslednika za obaveze

⁶³ Više o ovom institutu vid.: Dejan B. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, 2. izdanje, Službeni glasnik, Beograd 2010, str. 329-330.

⁶⁴ Vid.: Vrhovni sud Srbije, broj: Rev-1391/02 od 11.6.2003. godine, *Sudska praksa iz oblasti imovinskih odnosa*, str. 92.

⁶⁵ O odvajanju zaostavštine od imovine naslednika vid.: O. Antić (2011b), str. 417-418; D. B. Đurđević, str. 334-336.

⁶⁶ „...a ako je tim stvarima i pravima raspolagao do odvajanja takva raspolaganja ostaju punovažna.“ Vid.: Zakon o nasleđivanju – ZON, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003 – odluka USRS i 6/2015, čl. 225 st. 2.

⁶⁷ Vid.: ZON, čl. 226.

⁶⁸ D. B. Đurđević, str. 336.

⁶⁹ Vid.: ZON, čl. 227 st. 1.

ostavioca,⁷⁰ jer se njegova odgovornost predmetno ograničava na „stvari i prava“ iz zaostavštine.⁷¹

Prikazano dopunsko pravo ima svaki poverilac ostavioca koji učini verovatnim postojanje potraživanja, kao i opasnost da će naplata potraživanja biti osujećena ili znatno otežana.⁷² Izuzetak je predviđen za poverioce koji su obezbeđeni založnim pravom, jer oni pravo na odvajanje imaju samo pod uslovom da je vrednost obezbeđene stvari ili prava nedovoljna za namirenje.⁷³

4.2. Pobijanje pravnih radnji dužnika

Izgleda da je pobijanje pravnih radnji dužnika kao pravni institut izvorno nastao u kontekstu kolektivnog namirenja poverilaca iz imovine insolventnog dužnika. Vremenom je pobijanje počelo da se razvija kao samostalna ustanova, nezavisna od kolektivnog namirenja.⁷⁴ Tako je još u rimskom pravu nastala tužba *actio Pauliana*.⁷⁵ Premda imaju iste korene, čini se da je odvojen razvoj ovih instituta doveo do brojnih razlika između pobijanja u stečaju i van stečaja.⁷⁶ Stečajno pobijanje ima za cilj zaštitu kolektivnih interesa poverilaca stečajnog dužnika, dok je vanstečajno pobijanje fokusirano na zaštitu onog poverioca koji je zahtevao pobijanje.⁷⁷ U sukobu kolektivističke filosofije stečajnog pobijanja i

⁷⁰ Opširnije o ograničenoj korelaciji kod predmetno ograničene odgovornosti imovinskim fondom vid.: O. Antić (2011b), str. 67. Vidi i: D. B. Đurđević, str. 335-336.

⁷¹ Ograničena odgovornost postoji kada poveriocu za namirenje služe izvesni predmeti imovine koji pritom čine posebnu imovinu (predmetno ograničena odgovornost). Neograničena imovinska odgovornost je pravilo, a do predmetnog ograničenja odgovornosti dolazi samo onda kada je ona ugovorena ili zakonom izričito propisana. Vid.: Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Ersten Band, Allgemeiner Teil*, München 1987, str. 22-23. O odgovornosti delom imovine u slučaju nasleđivanja vid. i: H. Brox, W. D. Walker, str. 16.

⁷² Vid.: D. B. Đurđević, str. 335.

⁷³ Upor.: O. Antić (2011b), str. 418; D. B. Đurđević, str. 335.

⁷⁴ Božidar S. Marković, *Pravo pobijanja izvan stečaja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, str. 22.

⁷⁵ U Justinijanovom pravu, *actio Pauliana* se mogla upotrebiti protiv svih frauduloznih radnji dužnika, koje se mogu sastojati ili u otuđenju nekog dela imovine ili u propuštanju neke radnje. Nužno je da je usled toga nastalo umanjenje dužnikove imovine. Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, Beograd 1985, str. 300.

⁷⁶ Više vid.: Jovan Gucunja, *Pravno regulisanje poverilačko-dužničkih odnosa u slučaju prestanka organizacija udruženog rada*, doktorska disertacija, Novi Sad 1980, str. 334-336; Mihailo Velimirović, „Stečajno i vanstečajno pravo pobijanja“, *Pravni život*, br. 11/2005, str. 349-356; Mihajlo Velimirović, *Stečajno pravo*, 3. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik, Beograd 2012, str. 133-136.

⁷⁷ Pasivnu legitimaciju u parnici radi pobijanja dužnikovih pravnih radnji ima lice sa kojim je ili u čiju korist je preduzeta pravna radnja koja se pobija. Vid.: Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 2209/2011 od 30.1.2013. godine.

individualističkog koncepta pobijanja mimo stečaja, prirodno su nastale dve grupe pravila o pobijanju.

Ipak ovi instituti imaju i neke zajedničke osobine. U teoriji se uobičajeno naglašava da je pobijanje supsidijarno pravo, jer se ostvaruje onda kada poverioci ne mogu da namire svoje potraživanje iz imovine dužnika.⁷⁸ Kod vanstečajnog pobijanja supsidijarnost pobijanja u navedenom smislu dolazi do punog izražaja. Međutim, kod stečajnog pobijanja ona se neoborivo pretpostavlja, jer već samo otvaranje stečajnog postupka opravdava korišćenje instituta pobijanja.⁷⁹ Aktivno legitimisana lica za pobijanje u stečaju ne moraju da dokazuju da u stečajnoj masi nema dovoljno sredstava za ispunjenje svih obaveza stečajnog dužnika.⁸⁰

Pobijanje u stečaju i van stečaja, vezuje još jedna zajednička osobina: relativnost pobijanja. U stečajnom postupku, pobijena pravna radnja nema dejstvo u odnosu na stečajnu masu,⁸¹ dok van stečaja, pobijena pravna radnja gubi dejstvo samo prema tužiocu i to u onoj meri u kojoj je to potrebno za namirenje njegovog potraživanja.⁸² Relativnost pobijanja znači da osporena pravna radnja ne gubi svoja pravna dejstva u apsolutnom smislu,⁸³ jer se pobijanjem ne dira u pravni odnos između (stečajnog) dužnika i trećeg lica

⁷⁸ Tomica Delibašić, *Pobijanje pravnih radnji stečajnog dužnika*, Beograd 1999, str. 73; Dragiša B. Slijepčević, „Uslovi i način stečajnog pobijanja po Zakonu o stečaju“, *Pravni informator*, br. 4/2010, str. 17.

⁷⁹ T. Delibašić, str. 73; D. Slijepčević, str. 17.

⁸⁰ D. Slijepčević, str. 17.

⁸¹ Stariji srpski stečajni propisi su propisivali da je pravna radnja bez učinka prema stečajnim poveriocima. Vid.: Stečajni zakon iz 1929. godine – SZ, čl. 27 st. 1. U teoriji su prisutna shvatanja da je ovo rešenje bilo ispravnije. Vid.: T. Delibašić, str. 236.

„Kako se i pravno dejstvo pobijanja pravne radnje stečajnog dužnika razlikuje od dejstva koja nastaju zaključenjem rušljivog pravnog posla predviđenog odredbama Zakona o obligacionim odnosima, jer poništaj sudskog poravnanja deluje prema svima, a pobijanje pravne radnje zaključenja poravnanja za posledicu ima da pobijana radnja nema dejstvo samo prema stečajnoj masi stečajnog dužnika, to je, nasuprot žalbenim navodima, pravilno prvostepeni sud našao da u konkretnoj stvari primena čl. 120. Zakona o stečaju nema za posledicu kažnjavanje poverioca, ovde tuženog, za zaključenje poravnanja, već je krajnji cilj da se, u situaciji kada je postojala nelikvidnost dužnika u vreme zaključenja poravnanja koja je i dovela do pokretanja stečajnog postupka, omogući ravnomerno namirenje svih poverilaca stečajnog dužnika, ovde tužioca.“ Presuda Privrednog apelacionog suda, Pž. 1451/2011(1) od 28.9.2011. godine, *Sudska praksa privrednih sudova*, bilten br. 1/2012, str. 86.

⁸² ZOO, čl. 284. „Pobijenom pravnom delu oduzima se učinak samo prema pobijaču i samo toliko, koliko je potrebno za njegovo namirenje.“ Bogdan Đukić, *Preobražajna prava i paulijansko pravo pobijanja*, Beograd 1935, str. 59. „Kupoprodaja nepokretnosti koja je predmet izvršenja, izvršena uz znanje kupca da je izvršni postupak u toku i nameru prodavca da tako liši svoje poverioce namirenja njihovih potraživanja predstavlja pravni posao koji se sa uspehom može pobijati do visine neizmirenog potraživanja prodavčevog poverioca.“ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1131/2004 od 30.6.2005. godine.

⁸³ Mihajlo Dika, „Pobijanje pravnih radnji u povodu stečaja“, u: Mihajlo Dika (opća redakcija), *Četvrta novela Stečajnog zakona*, Narodne novine d.d., Zagreb 2006, str. 220.

(protivnika pobijanja).⁸⁴ Upravo se u ograničavanju dejstva pobijane pravne radnje može dobro uočiti suština ovog dopunskog prava poverioca. Tako opisano ovlašćenje poverioca bitno poboljšava njegove izgleda za namirenje.

Kod vanstečajnog pobijanja nikada nije bilo sporno da pravo na pobijanje ima svaki poverilac dužnika, Međutim, otvaranjem stečajnog postupka situacija se značajno menja. Naime, od tog trenutka stečajni upravnik postaje zakonski zastupnik dužnika, te se kao opravdano postavlja pitanje da li poveriocima uopšte treba dati pravo na pobijanje, ili ovo pravo treba čuvati samo za stečajnog upravnika. Istorijski posmatrano, srpski propisi o stečaju su isprva davali stečajnom upravniku monopol pobijanja,⁸⁵ što je prema tada dominantnom shvatanju isključivalo poverioce stečajnog dužnika. Međutim, situacija se menja u posleratnim propisima, koji ovo pravo nedvosmisleno daju i poveriocima, a istu koncepciju zadržava i aktuelno stečajno zakonodavstvo.⁸⁶

4.3. Pobijanje sporazumno utvrđene vrednosti nenovčanog uloga u privredno društvo

Ulozi u privredno društvo mogu biti novčani i nenovčani. Vrednost nenovčanih uloga se obavezno mora novčano izraziti. Ona se utvrđuje sporazumno od strane svih članova društva ili putem procene od strane ovlašćenog procenitelja.⁸⁷ Zaštita poverilaca društva je jedan od ciljeva uvođenja principa obavezne procene nenovčanih uloga.⁸⁸ Procena treba da obezbedi da vrednost uloga odgovara vrednosti akcija koje se upisuju. Procena od strane ovlašćenog procenitelja je detaljno uređena, te van tih pravila ne postoji potreba da se poverioci bolje zaštite. Međutim, dodatna zaštita poverilaca je potrebna onda kada članovi društva sporazumno procene vrednost nenovčanog uloga. Ona

⁸⁴ Mihajlo Velimirović, „Pobijanje pravnih radnji dužnika u stečaju“, *Pravni život*, br. 11/1995, str. 315; T. Delibašić, str. 236.

⁸⁵ Franja Goršić, *Komentar Stečajnog zakona*, Geca Kon a.d., Beograd 1934, str. 151; SZ, čl. 36 st. 1.

⁸⁶ Uredba o prestanku preduzeća i radnji, *Službeni list FNRJ*, br. 51/1953, 49/1956, 53/1961 i 52/1962, čl. 48 st. 2; Zakon o prinudnom poravnanju i stečaju, *Službeni list SFRJ*, br. 15/1965, 21/1965, 55/1969, 39/1972 i 16/1974, čl. 95 st. 1; Zakon o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada, *Službeni list SFRJ*, br. 41/1980, 25/1981, 66/1981, 28/1983, 20/1984, 7/1985, 39/1985, 9/1986 i 43/1986, čl. 161 st. 1; Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, *Službeni list SFRJ*, br. 85/1989, *Službeni list SRJ*, br. 37/1993 i 28/1996, čl. 112 st. 1; Zakon o stečajnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 84/04 i 85/05 – dr. zakon čl. 107 st. 1; Zakon o stečaju, čl. 129 st. 1.

⁸⁷ ZOPD, čl. 50 st. 1.

⁸⁸ Više o obaveznoj proceni novčanih uloga u pravu Evropske unije vid.: Vuk Radović u: Mirko Vasiljević, Vuk Radović, Tatjana Jevremović Petrović, *Kompanijsko pravo Evropske unije*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012, str. 139-145.

je po prvi put u naše zakonodavstvo uvedena važećim Zakonom o privrednim društvima.⁸⁹ Prema ovom rešenju, ako je vrednost nenovčanog uloga utvrđena sporazumno od strane svih članova, a društvo nije u mogućnosti da izmiruje svoje obaveze u redovnom toku poslovanja, poverilac društva ima pravo da zahteva da nadležni sud u vanparničnom postupku utvrdi vrednost nenovčanog uloga u vreme unošenja tog uloga. Ako sud u tako iniciranom postupku utvrdi da je vrednost nenovčanog uloga bila manja od sporazumno utvrđene, naložiće članu društva koji je uneo taj nenovčani ulog da razliku do sporazumno utvrđene vrednosti tog uloga isplati društvu. Pritom je *onus probandi* u pogledu vrednosti uloga na onom članu društva koji je predmetni nenovčani ulog uneo u društvo. Pravo poverioca da podnese takav zahtev prestaje istekom objektivnog roka od pet godina od dana unosa nenovčanog uloga u društvo. Drugim rečima, nije od značaja kada je poverilac saznao za okolnost unošenja nenovčanog kapitala u društvo, odnosno da njegova vrednost nije realno utvrđena. Isplatom razlike između realne i sporazumno utvrđene vrednosti nenovčanog uloga uvećava se imovina privrednog društva, što utiče na očuvanje pravne pozicije njegovih poverilaca.

5. Dopunska prava kojima poverilac jača izgleda za namirenje

Pravni poredak stavlja imaoocu potraživanja na raspolaganje određena pravna sredstva koja osnažuju njegove izgleda za namirenje. U modernom pravu postoje brojni mehanizmi u tom pogledu: zasnivanje prioriteta u namirenju za određene poverioce, zadržavanje dužnikovih stvari radi pritiska na dužnika i eventualnog namirenja, učvršćivanje pozicije poverioca naspram svih trećih lica kroz davanje publiciteta tražbini, i obvezivanje i nekog trećeg lica (nedužnika) da odgovara za obaveze dužnika, nakon što poverilac dokaže ispunjenost zakonskih uslova.

5.1. Zakonsko založno pravo

Potraživanja iz većeg broja trgovinskih ugovora su već po samom zakonu obezbeđena zalogom,⁹⁰ dok kod građanskopravnih ugovora, ovo pravo

⁸⁹ ZOPD, čl. 59.

⁹⁰ U našem pravu, zakonsko založno pravo imaju sledeći poverioci: prvo, trgovinski zastupnik po osnovu ugovora o trgovinskom zastupanju, drugo, komisionar po osnovu ugovora o komisionu, treće, skladištar po osnovu ugovora o uskladištenju, četvrto, špediter po osnovu

ima poslenik po osnovu ugovora o delu.⁹¹ Pritom je neophodno da predmet zaloge služi za obezbeđenje potraživanja upravo iz tog posla na osnovu koga je i dospelo u ruke poverioca (tzv. načelo specijalosti ili koneksiteta).⁹² Takvo založno pravo donosi po samom zakonu i bez potrebe za bilo kakvim dodatnim publicitetom,⁹³ obezbeđenim poveriocima prioritet, kako u odnosu na neobezbeđene poverioce, tako i u odnosu na sve druge založne poverioce čije obezbeđenje ima ugovornu osnovu. Iako se zakonsko založno pravo značajno razlikuje od ostalih poveriočevih dopunskih prava, pre svega po svojoj stvarnopravnoj prirodi, ono ipak ima sve osnovne karakteristike dopunskog prava: nastaje nezavisno od volje subjekata u obligacionom odnosu,⁹⁴ odlikuje ga akcesornost i odsustvo korelacije, a po svojoj nameni značajno povećava poveriočeve izgleda za namirenje.

5.2. Pravo zadržavanja (retencije)

Ako su ispunjeni određeni uslovi, potraživanje donosi poveriocu i pravo retencije (*ius retentionis*).⁹⁵ Ovo pravo omogućava poveriocu da zadrži stvar iz dužnikove imovine koja se kod njega zatekla kako bi izvršio pritisak na

ugovora o špediciji, peto, vršilac kontrole po osnovu ugovora o kontroli, šesto, prevozioci po osnovu ugovora o prevozu i sedmo, banka po osnovu ugovora o sefu. Više o zakonskom založnom pravu kod trgovinskopravnih ugovora vid.: Ivica Jankovec, *Privredno pravo*, 4. izdanje, JP Službeni list SRJ, Beograd 1999, str. 282-288; Mirko S. Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, 14. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, str. 62-65; Nikola Gavella u: Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo – svezak 2*, 2. izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb 2007, str. 294-303.

⁹¹ Kao vid obezbeđenja naplate potraživanja naknade za rad i naknade za utrošeni materijal, i ostalih potraživanja po osnovu ugovora o delu, zakonom je predviđeno da poslenik ima pravo zaloge na stvarima koje je napravio ili opravio, ali i na ostalim predmetima koje mu je predao naručilac u vezi sa njegovim radom, sve dok ih drži i ne prestane dragovoljno da ih drži. Vid.: ZOO, čl. 628.

⁹² I. Jankovec, str. 285; M. S. Vasiljević, str. 63-64.

⁹³ Opširnije o ekonomskim razlozima davanja prioriteta u namirenju pružaocima važnih privrednih usluga, Nenad Tešić, „Security Rights in Movables and Claims (Republic of Serbia)“, *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, First Regional Conference*, Cavtat 2010, Volume II, str. 104.

⁹⁴ Zakonski založni poverilac čak ima prioritet u namirenju u odnosu na poverioce obezbeđene registrovanom zalogom koja je nastala saglasnošću volja. Ovo pravo prioriteta u odnosu na registrovanu zalogu postoji samo u odnosu na zakonsko založno pravo prevozioca, komisionara, otpremnika, skladištara i poslenika. Vid.: Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar, *Službeni glasnik RS*, br. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – ispr. i 99/2011 – dr. zakoni, čl. 33.

⁹⁵ Zakon o obligacionim odnosima koristi termin pravo zadržavanja (čl. 286-289), dok prof. Konstatinović koristi izraz „pravo zadržanja“ (čl. 233-236 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima).

dužnika,⁹⁶ a po potrebi i javno unovčio zadržanu stvar u cilju naplate potraživanja.⁹⁷ „Pravo retencije, ima svaki poverilac bez obzira na osnov i vrstu pravnog posla iz koga je potraživanje nastalo, potrebno je samo da je potraživanje civilno, a ne naturalno.“⁹⁸ Po pravilu, se zahteva da je potraživanje dospelo, ali izuzetno retenciju može vršiti i poverilac nedospelog potraživanja, ako je dužnik postao nesposoban za plaćanje.⁹⁹ Pravo poverioca na zadržavanje prestaje, ako mu dužniku pruži odgovarajuće obezbeđenje za ispunjenje njegove obaveze.¹⁰⁰

5.3. *Upis u javne knjige*

Potraživanje iz nekih ugovora donosi poveriocu ovlašćenje da ovu činjenicu upiše u javne knjige i tako svome pravu da odgovarajući publicitet. Upis u obliku zabeležbe je, na primer, moguć kod ugovora o doživotnom izdržavanju.¹⁰¹ Slična zabeležba je moguća i kod ugovora o zakupu nepokretnosti.¹⁰² Ipak, prema Zakonu o obligacionim odnosima, za dejstvo zakupa prema trećim licima upis u javne knjige nije neophodan, jer zakupac može suprotstaviti svoje pravo pribaviocu zakupljene stvari. Pribavilac ne može zahtevati od zakupca da vrati zakupljenu stvar pre isteka roka na koji je zakup ugovoren, odnosno pre isteka otkaznog roka.¹⁰³

⁹⁶ „Poverilac dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje.“ Vid.: ZOO, čl. 286 st. 1.

⁹⁷ „Poverilac koji drži dužnikovu stvar po osnovu prava zadržavanja ima pravo da se naplati iz njene vrednosti na isti način kao i založni poverilac.“ Vid.: ZOO, čl. 289.

⁹⁸ Opširnije o pravu retencije vid.: Miodrag Orlić u: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Nomos, Beograd 1999, str. 261; N. Gavella u: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, str. 561-563.

⁹⁹ Vid.: ZOO, čl. 286 st. 2. „Samo poverilac dospelog potraživanja u čijim se rukama nalazi neka dužnikova stvar ima pravo zadržati je sve dok mu ne bude plaćeno potraživanje. U slučaju da je dužnik postao nesposoban za plaćanje, poverilac tada može vršiti pravo zadržavanja iako njegovo potraživanje nije dospelo.“ Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž. 3087/2007 od 20.3.2008. godine, *Sudska praksa trgovinskih sudova*, bilten br. 2/2008.

¹⁰⁰ Vid.: ZOO, čl. 288.

¹⁰¹ Ova zabeležba omogućava davaocu izdržavanja da svoje pravo iz ugovora uspešno suprotstavi svim pribaviocima na koje je primalac izdržavanja nakon upisa zabeležbe eventualno preneo svojину na nepokretnosti koja je predmet ugovora o doživotnom izdržavanju. Vid.: Tatjana Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb 2001, str. 231.

¹⁰² Otuda je priroda prava koje ima zakupac, naročito ako je pitanju dugoročni zakup nepokretnosti (na primer, na 99 godina), predmet živih rasprava. Opširnije: M. Orlić, *Pravna priroda zakupa*, doktorska disertacija, Beograd 1974.

¹⁰³ Ovo pravilo važi ako je zakupac u posedu predmeta zakupa. Međutim, ako predmet zakupa nije predat zakupcu, a pribavilac u trenutku zaključenja ugovora na osnovu koga je stekao svojину nije znao za ugovor o zakupu, on ne mora predati predmet zakupcu ali ovome stoji na raspolaganju zahtev za naknadu štete. Opširnije o pravilima koja važe u slučaju otuđenju

5.4. Zahtev za obezbeđenje u slučaju smanjenja osnovnog kapitala

Sprovođenje redovnog postupka smanjenja osnovnog kapitala akcionarskog društva može negativno uticati na mogućnost poverilaca društva da naplate svoja potraživanja. Zbog toga kompanijsko pravo otežava ovaj postupak uvođenjem obaveze adekvatne zaštite poverilaca (obezbeđenja potraživanja), kao nužnog uslova za smanjenje osnovnog kapitala.¹⁰⁴

Registar privrednih subjekata objavljuje odluku o smanjenju osnovnog kapitala u neprekidnom trajanju od tri meseca počev od dana njene registracije. Poverioci čija su potraživanja, nezavisno od datuma dospeća, nastala pre isteka roka od 30 dana od dana objave ove odluke mogu pisanim putem tražiti od društva obezbeđenje tih potraživanja do isteka perioda objave te odluke. Poverioci koji su blagovremeno istakli takav zahtev, a od društva ne dobiju obezbeđenje potraživanja u roku od tri meseca, niti im društvo izmiri ta potraživanja, mogu tužbom protiv društva pred nadležnim sudom tražiti obezbeđenje svojih potraživanja. Ovo pod uslovom da dokažu da predmetno smanjenje osnovnog kapitala ugrožava namirenje njihovih potraživanja. Dopunsko pravo na adekvatnu zaštitu nemaju poverioci koji spadaju u prvi ili drugi stečajni isplatni red,¹⁰⁵ kao i poverioci čije je potraživanje već obezbeđeno. Pravo poverilaca na obezbeđenje u slučaju smanjenja osnovnog kapitala je dodatno ojačano i činjenicom da se kao uslov za upis promena u Centralnom registru, a posledično i Agenciji za privredne registre, zahteva i podnošenje pisane izjave predsednika odbora direktora, odnosno predsednika nadzornog odbora da su poverioci adekvatno zaštićeni, uz pretnju solidarnom ličnom odgovornošću ako se izjava naknadno pokaže da je bila netačna. Takođe, plaćanje akcionarima se može vršiti tek po isteku roka od 30 dana od dana registracije smanjenja osnovnog kapitala.

Iz navedenog se vidi da je dopunsko pravo poverilaca na obezbeđenje u slučaju smanjenja osnovnog kapitala višestruko ograničeno: prvo, potraživanje

zakupljene stvari za srpsko pravo vid.: Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1990, str. 660.

¹⁰⁴ Zakon o privrednim društvima – ZOPD, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon i 5/2015, čl. 319 st. 1. Ovo pravo poverilaca je garantovano i odredbama Druge direktive kompanijskog prava Evropske unije. Vid.: Directive 2012/30/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and others, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 54 of the Treaty on the Functioning of the European Union, in respect of the formation of public limited liability companies and the maintenance and alteration of their capital, with a view to making such safeguards equivalent, *Official Journal of EU*, L 315/74, 14.11.2012, čl. 36. Više o ovoj odredbi Druge direktive vid.: V. Radović u: M. Vasiljević, V. Radović, T. Jevremović Petrović, str. 171-172.

¹⁰⁵ Više vid.: Zakon o stečaju, čl. 54 st. 4 tač. 1-2.

mora nastati u određenom periodu od dana objavljivanja odluke o smanjenju, drugo, poverilac mora da podnese blagovremeni pisani zahtev društvu za obezbeđenje, i treće, poverilac ne sme biti obezbeđen, niti spadati u privilegovane stečajne isplatne redove.

5.5. Zahtev za obezbeđenje i pravo na pobijanje odluke o statusnim promenama

Statusne promene mogu imati negativan uticaj na pravni položaj poverilaca svih društava koja učestvuju u ovom postupku, bez obzira da li je reč o društvima sticaocima ili društvima prenosiocima. Zbog toga zakonodavac opravdano kreira mehanizam zaštite poverilaca u slučaju statusnih promena.¹⁰⁶ U našem pravu, posebno pravo na zaštitu ima svaki poverilac društva koje učestvuje u statusnoj promeni, ako ispuni dva kumulativna uslova: prvo, da je njegovo potraživanje nastalo pre registracije statusne promene, i drugo, da je potraživanje ugroženo statusnom promenom.¹⁰⁷ Taj poverilac ima pravo da zahteva dobijanje odgovarajuće zaštite od svog dužnika (tzv. prethodna zaštita poverilaca), a u slučaju da u roku od 15 dana od dana slanja zahteva za pružanje zaštite ne dobije odgovarajuću zaštitu ima pravo na sudsku zaštitu (tzv. naknadna zaštita poverioca). Ova prava nemaju poverioci čija potraživanja spadaju u prvi ili drugi stečajni ispladni red i poverioci čije je potraživanje obezbeđeno. Iz izloženog se uočava izvesna paralela zaštite poverilaca privrednog društva koje sprovodi postupak smanjenja osnovnog kapitala u redovnom postupku i zaštite poverilaca u slučaju sprovođenja statusnih promena.

5.6. Probijanje pravne ličnosti

Pravo društava kapitala počiva na dva osnovna principa: princip pravne samostalnosti i princip ograničene odgovornosti. Prvi princip ukazuje na to da su društva kapitala pravno samostalna i odvojena od svojih članova. Uostalom, činjenica da ona imaju pravni subjektivitet to na najbolji način potvrđuje. Na ovaj princip se nadovezuje princip ograničene odgovornosti ili neodgovornosti

¹⁰⁶ O sistemima zaštite poverilaca više vid.: Tatjana Jevremović Petrović, *Prekogračna spajanja društava u pravu EU*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 272-277; T. Jevremović Petrović u: M. Vasiljević, V. Radović, T. Jevremović Petrović, str. 325-329.

¹⁰⁷ ZOPD, čl. 509-511.

akcionara, odnosno članova za obaveze društva, kao možda i najznačajnija posebnost prava društava kapitala. U praktičnim posledicama, primena ova dva principa se manifestuje na sledeći način: poverioci društva kapitala mogu da zahtevaju namirenje samo od društva kapitala, kao svog dužnika, ali ne i od akcionara, odnosno članova društva.¹⁰⁸ Ovo je fundamentalna karakteristika društava kapitala i velika privilegija koju pravni sistem daje licima (budućim osnivačima privrednog društva) koja žele da se bave preduzetništvom. Međutim, privilegija neodgovornosti članova za obaveze društva nosi i obavezu određenog ponašanja. Članovi društva ne smeju da zloupotrebljavaju princip neodgovornosti za obaveze društva. U slučaju zloupotrebe, pravo štiti poverioce privrednog društva, i to tako što im omogućava da, pored privrednog društva kao dužnika, svoj zahtev upere i protiv članova društva.¹⁰⁹ U tom slučaju se figurativno govori o „probijanju pravne ličnosti“ privrednog društva ili „dizanju korporativnog vela“ (engl. *piercing the corporate veil, lifting the corporate veil*). Osnova posledica probijanja se sastoji u sledećem: obaveze privrednog društva postaju i obaveze onih njegovih članova koji su zloupotrebili pravni subjektivitet društva. Na taj način lična imovina članova privrednog društva biva izložena odgovornosti, jer oni za dugove društva odgovaraju sopstvenom imovinom.¹¹⁰

5.7. Prava poverilaca ortaka prema ortачkom društvu

Određena pravna sredstva stoje na raspolaganju samo poveriocima ortaka ortачkog društva.¹¹¹ Tako, poverilac koji ima dospelo potraživanje prema ortaku po osnovu pravnosnažne i izvršne presude ima pravo da u pisanoj formi zahteva od društva da mu isplati u novcu ono što bi ortak primio u slučaju likvidacije društva, ali samo do visine svog potraživanja. Ako u roku od šest meseci od dana dostave ovog zahteva društvo ne izvrši isplatu poveriocu ortaka, on može zahtevati pokretanje postupka prinudne likvidacije društva.¹¹²

¹⁰⁸ O ograničenoj odgovornosti članova više vidi: Paul L. Davies, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, Sweet & Maxwell, London 2008, str. 37-40.

¹⁰⁹ Zakon o privrednim društvima, primera radi, navodi da će se smatrati da postoji zloupotreba naročito ako to lice: upotrebi društvo za postizanje cilja koji mu je inače zabranjen, koristi imovinu društva ili njemu raspolaže kao da je njegova lična imovina, koristi društvo ili njegovu imovinu u cilju oštećenja poverilaca, ili radi sticanja koristi za sebe ili treća lica umanjim imovinu društva, iako je znalo ili moralo znati da društvo neće moći da izvršava svoje obaveze (čl. 18 st. 2).

¹¹⁰ Opširnije o ovom institutu u našem pravu vid.: Nebojša Jovanović, „Pobijanje pravnog subjektiviteta kompanija“, *Pravni život*, br. 10/1997, str. 865-890; Mirko Vasiljević, „Probijanje pravne ličnosti“, *Pravni život*, br. 11/1995, str. 17-27.

¹¹¹ ZOPD, čl. 124.

¹¹² O mogućnostima namirenja poverilaca pojedinog ortaka na dobrima koja spadaju u imovinu zajedničke ruke građanskog ortakluka više vid.: Mirjana Radović, „Imovina ortakluka kao

6. Zaključak

Onog trenutka kada obligaciju prestanemo posmatrati isključivo kao odnos dve lica subjekta obligacije, i uvažimo okolnost da je ona posredno i veza njihove dve imovine, postaje nam razumljiv kontinuirani proces sužavanja poveriočevih prava usmerenih na ličnost dužnika, s jedne strane i širenje njegovih ovlašćenja u odnosu na imovinu dužnika, s druge strane.¹¹³ Smatramo da se pomenuta veza između poverioca i dužnikove imovine značajnim delom zasniva upravo na evoluciji jedne grupe ovlašćenja koja smo ovde nazvali poveriočevim dopunskim (dopunjujućim) pravima.

Izgleda da poveriočeva prava koja sa činidbom i ostalim (uzgrednim) ovlašćenjima poverioca stoje na aktivnoj strani obligacionog odnosa (u širem smislu), odlikuje akcesornost, ograničeno trajanje i odsustvo korelacije sa dužnikovim obavezama. Pored toga što nastaju *ex lege*, te ih se poverilac ne može unapred odreći, za sva dopunska prava je zajedničko i to da otvaraju put (prinudnom) namirenju potraživanja: bilo tako što uklanjaju prepreke za namirenje, bilo tako što čuvaju ili jačaju izgleda za namirenje potraživanja. Otuda se uverljivo može zaključiti da su dopunska prava poverioca, u svojoj suštini, odnos subjekata obligacije, dakle dva lica (strane), ali povodom dužnikove imovine.

Primarni cilj svake obligacije je njeno ispunjenje koje je u najvećem broju slučajeva dobrovoljno. Međutim, dopunska prava dolaze do izražaja onda kada voljno ispunjenje izostane. Ona dakle predstavljaju subjektivna ovlašćenja koja zakonodavac daje poveriocu kako bi došlo do ostvarenja sekundarnog cilja obligacije, iza koga stoji pravni poredak sa svojim garancijama, a to je prinudno namirenje. Drugim rečima, ako je (voljno) ispunjenje glavna (primarna) kauza obligacije (lat. *causa prima*), onda je (prinudno) namirenje supsidijarna (sekundarna) kauza obligacije (lat. *causa secunda*) kojoj se poverilac okreće ako ostvarenje primarne kauze izostane. Uloga dopunskih prava u obligacionom odnosu se upravo ogleda u kreiranju uslova za ostvarenje, tako shvaćene supsidijarne kauze obligacije, tj. u omogućavanju prinudnog namirenja.

Dopunska prava, po pravilu, sprečavaju izigravanje poverilaca. Služeći se dopunskim pravima poverilac duboko zalazi u imovinskopравnu sferu dužnika, ali mu pravni poredak takva ovlašćenja daje kako bi poverilac na taj način zaštitio svoj legitimni obligacionopravni interes. Bez dopunskih prava poverilac bi često bio onemogućen u ostvarenju potraživanja, bilo zato što

imovina zajedničke ruke“, u: Milena Polojac, Zoran S. Mirković, Marko Đurđević (ur.), *Srpski građanski zakonik – 170 godina*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014, str. 284-286.

¹¹³ Upor.: B. S. Marković, str. 18.

dužnikova imovina nije sasvim omeđena, pa se ne zna tačno odakle poverilac može da se namiri, bilo zato što je, suprotno načelu savesnosti i poštenja, dužnikova imovina usled njegovih pravnih radnji ili odluka postala nedovoljna za namirenje.

Vuk RADOVIĆ, PhD, LL.M.¹¹⁴
Nenad TEŠIĆ, PhD¹¹⁵

ON CREDITOR'S SUPPLEMENTAL RIGHTS

Summary

The authors in this paper place an emphasis on definition and systematization of one particular group of additional creditor's rights here named "supplemental creditor's rights" which are still insufficiently explored in contemporary legal science.

In that context, the authors point out that once we stop looking at the obligation solely as a relation between two legal subjects, and we acknowledge the fact that it is a relation between two estates as well, it becomes clear that the process of narrowing creditor's rights focuses on the debtor, on the one side, and the expansion of creditor's powers in relation to debtor's assets, on the other hand. Authors believe that the aforementioned connection between the creditor and the debtor's property is based precisely on the evolution of supplemental creditor's rights to which they indicate. In addition to the primary prestation, the supplemental creditor's rights are based on the active side of obligational relation. These rights arise by operation of law and the creditor may not waive them in advance. They are also characterized by accessoriness, limited duration, influence on the debtor's personal estate and the absence of correlation with the debtor's duties. Consequently, the main objective of these rights is to keep the door open for (forced) execution of claims, either by removing obstacles that limit execution, so as to preserve or strengthen the prospects for the execution of claims. Therefore, it is plausible to conclude that, in essence, supplemental creditor's rights represent the relation between two legal subjects, but regarding the debtor's personal estate.

The primary goal of any obligation is its fulfilment, which is in most cases voluntary. Supplemental creditor's rights come into play if voluntary fulfilment fails. However, the legislator gives these subjective powers to a creditor in order to achieve execution of claims guaranteed to him by the legal

¹¹⁴ Associate Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

¹¹⁵ Assistant Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

system. In other words, if the (voluntary) fulfilment is the main (primary) cause of obligation (lat. *causa prima*), then the (forced) execution is the subsidiary (secondary) cause of obligation (lat. *causa secunda*) to which the creditor turns if the achievement of the primary cause of obligation defaults. Therefore, the main purpose of supplemental rights in obligational relations is the creation of conditions for the performance of subsidiary cause of obligation, i.e. facilitating the execution of claim.

Supplemental rights, as a rule, prevent the circumvention of creditors (for instance, fraudulent conveyance). In order to protect his legitimate obligational interest, by using the supplemental rights, the creditor frequently enters into the proprietary sphere of the debtor.

Without supplemental rights creditor would often be prevented from execution of his claim, either because the debtor's estate is not entirely specified, and it is not known exactly from where the creditor can be reimbursed, when, for example, contrary to the principle of good faith, the debtor's assets become insufficient for settlement as a result of debtor's negligent actions or decisions. Accordingly, the authors distinguish three groups of supplemental creditor's rights:

- 1) the rights which remove obstacles for the execution of claim,
- 2) the rights which protect prospects for execution of claim and
- 3) the rights which strengthen the prospects for execution of claim.

PREPORUKA EVROPSKE KOMISIJE 94/79/EC: ŠTA DONOSI NOVO U PORESKOM SISTEMU CRNE GORE?

УДК: 336.2(497.16)
Original research paper

Rezime

*Na sjednici Vlade Crne Gore od 26.03.2015. godine, usvojen je dokument pod nazivom Analiza o realizaciji poreske politike za 2014. godinu. Cilj ove analize poreskih propisa je razumijevanje njihovog uticaja na privredu i budžet, kao i ustanovljavanje stepena usklađenosti sa *acquis-em*, u kontekstu procesa pridruživanja Evropskoj uniji. Između ostalog, u dijelu koji se odnosi na porez na dohodak fizičkih lica, istaknuta je potreba usaglašavanja ove vrste poreza sa Preporukom Evropske komisije 94/79/EC. Naime, riječ je o opštem pravnom aktu Evropske unije koji u sebi inkorporira pravila doktrine Schumacker koja se odnosi na nediskriminatorni poreski tretman nerezidentnih fizičkih lica u državama članicama Evropske unije, razvijene u praksi Suda pravde Evropske unije. Ovaj članak predstavlja analizu predmetne doktrine, kao i efekata koje će njena primjena imati u pravnom sistemu Crne Gore. Rad će pokazati da pravila koja čine Preporuku Evropske komisije 94/79/EC značajno odstupaju od postojećeg poreskog tretmana nerezidentnih fizičkih lica, te da će biti neophodno njegovo usklađivanje sa pravilima iz prava Evropske unije.*

Ključne riječi: Preporuka Evropske komisije 94/79/EC, Doktrina Schumacker, Sud pravde Evropske unije, Oporezivanje nerezidenata.

1. Uvodna razmatranja

Dana 30.03.2015. godine, Crna Gora je otvorila pregovaračko poglavlje 16 (porezi) u procesu pristupanja Evropskoj uniji (u daljem tekstu: EU), od kada teče postupak usaglašavanja poreskog zakonodavstva sa pravom Evropske unije (u daljem tekstu: pravo EU). Ovaj proces za sada nije rezultirao

¹ Izvršni direktor Instituta za pravne studije, Podgorica, Crna Gora.

implementacijom nekog sekundarnog legislativnog akta u oblasti direktnih poreza, međutim, u raznim zvaničnim dokumentima moguće je naići na određene analize i preporuke u pogledu potrebe njihove implementacije. Kao skorašnji primjer moguće je navesti dokument pod nazivom Analiza o realizaciji poreske politike za 2014. godinu, usvojen na sjednici Vlade Crne Gore, od 26.03.2015. godine, čiji je cilj, između ostalog, ustanovljavanje stepena usklađenosti crnogorskih poreskih propisa sa *acquis-em*. Riječ je o sveobuhvatnom dokumentu, koji u dijelu koji se odnosi na porez na dohodak fizičkih lica, ističe potrebu usaglašavanja ove vrste poreza sa Preporukom Evropske komisije 94/79/EC² (u daljem tekstu: Preporuka 94/79/EC). Treba naglasiti da je ovo prvi put da se u nekom zvaničnom dokumentu pominje ovaj sekundarni izvor prava EU, jer čak ni Izvještaj o analitičkom pregledu usklađenosti zakonodavstva Crne Gore za Poglavlje 16 (Porezi) ne pominje obavezu njegove implementacije.³ Ovaj rad predstavlja analizu sadržine ovog sekundarnog izvora prava EU koja je nastala kao plod prakse Suda pravde Evropske unije (u daljem tekstu: SPEU) u slučaju *Schumacker*. Takođe, on će ukazati i na moguće dileme na koje će naići crnogorski zakonodavac prilikom formulisanja odredaba koje u sebi sadrže pravila iz Preporuka 94/79/EC, kao i na aspekte postojećih propisa koje ona tangira.

2. Diskriminacija u pravu EU

SPEU u svojoj praksi predviđa opštu definiciju pojma zabrane diskriminacije koja se primjenjuje u svim oblastima prava pa i poreskom pravu. Ista se zasniva na onome što u poreskom pravu predstavlja princip jednakog tretmana, a SPEU u slučaju njene primjene u oblasti poreza, često u zavisnosti od predmetnog slučaja, vodi računa i o principu sposobnosti plaćanja (npr. slučaj *Schumacher*): „Ustaljena sudska praksa jeste, da diskriminacija može nastati samo primjenom različitih normi na uporedive situacije kao i primjenom istih normi na različite situacije.“⁴ Slično određenje srećemo i u praksi Ustavnog suda Crne Gore (u daljem tekstu: Ustavni sud): „Princip zabrane diskriminacije (nediskriminacija), Ustavom je uspostavljen, takođe, tako da bez razloga –

² COMMISSION RECOMMENDATION of 21 December 1993 on the taxation of certain items of income received by non-residents in a Member State other than that in which they are resident (94/79/EC).

³ Izvještaj o analitičkom pregledu usklađenosti zakonodavstva Crne Gore za Poglavlje 16 (Porezi), file:///C:/Users/Vezuv/Downloads/Izvj%C5%A1taj%20sa%20skrininga%20-%2016.%20Porezi%20(1).pdf

⁴ Slučaj 107/94 P. H. Asscher v Staatssecretaries van Financiën, pasus 40.

*zabranjuje, da se ono što je isto ili slično nejednako pravno tretira, odnosno da se ono što je bitno različito, tretira pravno jednako...*⁵

Iz navedene definicije slijedi zaključak da je suštinski element zabrane diskriminacije zaštita tzv. prava na jednakost (*equality right*). Ovaj koncept se zasniva na *tertium comparationis*. Pošto se pravna zaštita prekogranične situacije u smislu zabrane diskriminacije, zasniva na njenom poređenju sa čisto domaćom situacijom, predmetni *tertium comparationis* je hipotetička domaća situacija koja je identična sa prekograničnom situacijom samo što joj nedostaje inostrani element. Dakle, osnov postojanja diskriminacije jeste pitanje postojanja uporedivih situacija. U cilju utvrđivanja da li je različit tretman diskriminatorne prirode, treba utvrditi u pogledu predmetne mjere da li su lica u objektivno uporedivoj situaciji.⁶ SPEU obično primjenjuje od slučaja do slučaja, test sličnosti poreskih obveznika koji se tiču određenih aspekata njegovog jednakog tretmana. Međutim, i on nije uvijek konzistentan i predvidiv. U poreskom kontekstu razlika u tretmanu može nastati na osnovu većeg poreskog tereta (npr. veća poreska stopa ili šira poreska osnovica) i kao posljedica procesnih prepreka (drugačiji način naplate poreza).⁷ U zavisnosti od činjenica u predmetu, SPEU nekada stavlja akcenat na pravnu situaciju poreskog obveznika (npr. slučaj *Royal Bank of Scotland*⁸), nekada na činjenično stanje slučaja (npr. slučaj *Schumacker*⁹).

2.1. Direktna diskriminacija

Primarni koncept zabrane diskriminacije je zasnovan na UFEU i u principu se primjenjuje u odnosu na državljanstvo: „...*svaka diskriminacija na osnovu državljanstva će biti zabranjena*“.¹⁰ Ovaj vid diskriminacije se naziva direktna ili očigledna diskriminacija. Zbog njenog lakog prepoznavanja, ali prije svega jer su u poreskom pravu odlučujuće činjenice rezidentstvo i izvor¹¹, broj

⁵ Odluka Ustavnog suda Crne Gore, U-I br. 27/10, 30/10 i 34/10, 24. mart 2011.

⁶ Slučaj 374/04 *Test Claimants in Class IV of the ACT Litigation v Commissioners of Inland Revenues*, pasus 46.

⁷ *Company Taxation in the Internal Market*, Commission staff working paper, SEC (2001) 1681, str. 310.

⁸ Isključivi kriterijum komparacije razlika između poreske stope, vidi više u slučaju 311/97 *Royal Bank of Scotland plc v Ellinko Dimosio (Greek State)*, pasus 24.

⁹ Analizirana faktička situacija u kojoj se nalazi nerezidentni radnik po pitanju olakšica vezanih za porez na dohodak, vidi više u slučaju 279/93 *Roland Schumacker v Finanzamt Köln-Altstadt*, pasus 36.

¹⁰ Član 18 Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of the European Union, C 83/1, 30.03. 2010.

¹¹ Vezivanje za određenu jurisdikciju je određeno kao odlučujuća činjenica (*connecting criteria*) koja spaja materijalni (sadržinski) element oporezivog događaja sa svrhom poreske nadležnosti

slučajeva u materiji oporezivanja je minimalan. Vrijedi pomenuti slučaj *Commission v Hellenic Republic*¹², koji se ticao grčkih propisa koji su predviđali oslobođenje od plaćanja poreza u slučaju prvog sticanja nepokretnosti u svrhu stanovanja. Problem je ležao u činjenici da je ovaj povlašćeni režim bio rezervisan isključivo za lica koja su rezidenti Grčke kao i za lica koji su državljani Grčke ili su grčkog porijekla.

Komisija EU je ovakvo ograničenje smatrala suprotnim sa pravom EU te protiv Grčke pokrenula žalbeni postupak. SPEU je u ovom slučaju odlučio da je riječ o dvostrukoj diskriminaciji. Ograničenje mogućnosti korišćenja oslobođenja u vezi sa grčkim državljanstvom ili grčkim porijeklom, SPEU je okarakterisao kao direktnu diskriminaciju: “...*jedini faktor koji pravi razliku između situacije grčkog državljanina i lica grčkog porijekla i državljana koji nisu Grci, u pogledu prava na izuzeće od predmetnog poreza, jeste njihovo državljanstvo. Samo grčki državljani i lica grčkog porijekla imaju pravo na izuzeće. Stoga, različit tretman, izričito i isključivo zasnovan na državljanstvu, predstavlja direktnu diskriminaciju.*”¹³

2.2. Indirektna diskriminacija

Vrlo brzo je SPEU uvidio da je pojam direktne diskriminacije preuzak da bi se na pravi način uklonile prepreke intrakomunitarnoj trgovini. Stoga, kroz svoju praksu on stvara novi koncept koji se naziva indirektna (prikrivena diskriminacija). Prvi značajan korak u tom pravcu bio je pokrivanje i pojma indirektna (prikrivene) diskriminacije¹⁴ koji se zasniva na činjenici rezidentstva. Koristeći vokabular međunarodnog poreskog prava, indirektna diskriminacija nastaje kada neka norma lošije tretira jedan dio predmetne prekogranične transakcije zbog nekih karakteristika kao što je inostrano rezidentstvo ili činjenica da je drugi učesnik u transakciji osnovan u inostranstvu.¹⁵

(ovlašćenja) države. Svrha ovog kriterijuma je često definisana vezom između relevantnih aspekata lica podvrgnutih oporezivanju (taxable persons) ili oporezivih događaja sa određenom teritorijom. Ova veza može biti objektivne prirode – događaji koji su se odigrali na nekoj teritoriji, ili subjektivne prirode – događaji koji su vezani za određeno lice koje ima boravište ili prebivalište na nekoj teritoriji. Vidi više u – Angel Schindel, Adolfo Atchabahian: General Report, (in: Source and residence: new configurations of the principles, Caheires de Droit Fiscal International) Vol. 90a, 2005, International Fiscal Association, str. 28-29.

¹² Slučaj 155/09, European Commission v Hellenic Republic.

¹³ *Ibid*, pasus 69.

¹⁴ Slučaj 237/94 **John O'Flynn v Adjudication Officer**, pasusi 17-18.

¹⁵ Mary C. Bennett, : Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle, Tax Law Review 59, New York University School of Law, 2006, str. 443.

Dakle, zabrana diskriminacije je proširena sa inostranih državljana na inostrane rezidente. Prvi put se SPEU bavio ovom problematikom u slučaju *Sotgiu*, u kome je dao odgovor na pitanje da li se pojam diskriminacije odnosi i na zabranu različitog tretmana na osnovu rezidentstva radnika, pored toga što sprečava nepovoljniji položaj na osnovu državljanstva: „Pravila koja se tiču jednakog tretmana, kako Ugovora tako i člana 7 Uredbe br. 1612/68, sprečavaju ne samo očiglednu diskriminaciju na osnovu državljanstva već i sve oblike prikrivene diskriminacije koji primjenom drugih kriterijuma diferencijacije, vode u praksi istom rezultatu. Ovo tumačenje, koje je neophodno radi osiguranja efikasnog sprovođenja jednog od osnovnih principa Zajednice, eksplicitno je prepoznato petim recitalom preambule Uredbe br. 1612/68 koji zahtijeva da jednakost u tretmanu radnika bude osigurana ‘u praksi i na osnovu zakona’. Zato mogu postojati situacije kada kriterijumi kao što su mjesto porijekla ili rezidentstvo radnika, u skladu sa okolnostima, mogu biti jednaki u pogledu efekata u praksi, diskriminaciji na osnovu činjenice državljanstva koja je zabranjena na temelju Ugovora i Uredbe.“¹⁶

Generalno, razlika u tretmanu koja počiva na kriterijumu rezidentstva, kako fizičkih lica tako i kompanija, na koju se odnosi pojam indirektno diskriminacije u praksi SPEU, zasniva se na pretpostavci da su nerezidenti u najvećoj većini slučajeva državljani druge države članice: „Međutim, nacionalne norme te vrste, koje prave razliku na osnovu rezidentstva tako što nerezidentima uskraćuju određene koristi koje se nasuprot tome pružaju licima koja imaju boravište unutar nacionalne teritorije, u stanju su da rade na štetu državljana drugih država članica. Nerezidenti su u najvećem broju slučajeva stranci.“¹⁷

U svojoj praksi, kada je u pitanju zaštita nerezidentnih fizičkih lica, SPEU je koristio više formalno-pravnih određenja za situacije kada se neka mjera može smatrati indirektnom diskriminacijom i u slučaju njene jednake primjene u odnosu na državljane drugih država članica: kada „suštinski utiče“ na državljane druge države članice;¹⁸ „velika većina onih na koje ona utiče“ državljani su druge države članice;¹⁹ „primjenjuju se bez razlike ali mogu biti lakše ispunjeni od strane državljana u odnosu na državljane drugih država članica;²⁰ kada postoji rizik da one mogu posebno ići na štetu državljana drugih država članica.²¹

¹⁶Slučaj 152/73 Giovanni Maria Sotgiu v Deutsche Bundespost, pasus 11.

¹⁷ Slučaj 279/93 Roland Schumacker v Finanzamt Köln, pasus 28.

¹⁸ Spojeni slučajevi 259/91, 331/91 i 332/91 Pilar Allué and Carmel Mary Coonan and others v Università degli studi di Venezia and Università degli studi di Parma, pasus 12.

¹⁹ Slučaj 272-92 Maria Chiara Spotti v Freistaat Bayern, pasus 18.

²⁰ Slučaj 349/87 Elissavet Paraschi v Landesversicherungsanstalt Wuerttemberg, pasus 23.

²¹ Slučaj 151/94 Commission of the European Communities v Grand Duchy of Luxembourg, pasus 15.

Ono što je bitno istaći jeste da prepoznavanje rezidentstva kao kriterijuma zabrane diskriminacije od posebnog je značaja za materiju direktnih poreza, i poresko pravo uopšte. Razlog za to jeste što države ne koriste državljanstvo kao odlučujuću činjenicu prilikom primjene svojih ovlaštenja na oporezivanje, već poresko rezidentstvo.²² Država rezidentstva poreskog obveznika uspostavlja poresku obavezu na svjetski dohodak, ma gdje on bio ostvaren.²³ Ovakav univerzalni poreski zahtjev se zasniva na koristima koje poreski obveznik ima od države rezidentstva vezane za ekonomsku, socijalnu, kulturnu i materijalnu infrastrukturu u kojoj obično ostvaruje najveći dio svojih prihoda, te stoga trebaju doprinijeti finansiranju javnih rashoda u skladu sa principom *ability-to-pay*.²⁴ Pored rezidentstva, kao odlučujuća činjenica u poreskom pravu javlja se princip izvora. Država uspostavlja svoj poreski zahtjev jer je poreskom obvezniku pružila određene preduslove da bi ostvario dohodak kao što su prirodni resursi, infrastruktura, tržište rada, tržište kapitala i sl. Shodno tome, prema teoriji koristi (*benefit theory*) ovaj poreski zahtjev je ograničen na dohodak ostvaren na njenoj teritoriji.²⁵ Dakle, kada je neki prekogranični dohodak u pitanju, dvije države se javljaju sa svojim ovlaštenjem na oporezivanje: država izvora dohotka i država rezidentstva poreskog obveznika. Takođe, specifično za oblast oporezivanja jeste da međunarodno pravo dopušta da se rezidenti i nerezidenti tretiraju na različit način.²⁶ Uobičajena praksa je da nerezidenti imaju nepovoljniji poreski tretman, te zbog toga princip nediskriminacije u pravu EU ima značajna odstupanja u odnosu na princip nediskriminacije u međunarodnom poreskom pravu.

Definicija diskriminacije koja se koristi kako u pravu EU tako i u međunarodnom pravu je praktično identična, ali njen smisao je različit. U pravu EU dovoljno je da su situacije u materijalnom (sadržinski) identične (objektivni element npr. slučaj *Schumacher*), dok se norme međunarodnog poreskog prava

²² Brigitte Knobbe-keuk: Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions, EC Tax Review Issue 3, Kluwer Law International, 1994, str. 76.

²³ Alessandro Dragonetti, Valerio Piacentini, Anna Sfondrini: Manuale di fiscalità internazionale (III edizione - 2008), IPSO Gruppo Walters Kluwer Italia, str. 10.

²⁴ U tom smislu vidi – Peter J. Wattel - The EC Court's Attempts to Reconcile the Treaty Freedoms With International Tax Law, Common Market Law Review, Kluwer Law International, 1996, str. 223.

²⁵ Peggy B. Musgrave: Sovereignty, Entitlement and Cooperation in International Taxation, Brooklyn Journal of International Law 26, 2001, str. 1343.

²⁶ Princip rezidentstva podrazumijeva načelno “neograničenu poresku obavezu” jer oporezuje lica (rezidente) u odnosu na njihov cjelokupan dohodak, dok princip izvora načelno podrazumijeva “ograničenu poresku obavezu” pošto oporezuje isključivo prihod (ili imovinu) koja potiče ili je vezana za državu oporezivanja. Vidi više u – Angel Schindel, Adolfo Atchabahian: General Report, (in: Source and residence: new configurations of the principles, Caheires de Droit Fiscal International) Vol. 90a, 2005, International Fiscal Association, str.29.

zasnivaju na pretpostavci da su rezidenti i nerezidenti u različitoj situaciji i na osnovu toga legitimno mogu biti subjekt različitog poreskog tretmana (osim ako izričito to nije zabranjeno ugovorom o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja). Ne poklapanje ova dva pristupa leži u razlici između osnovnih ciljeva prava EU i međunarodnog poreskog prava. Dok sa jedne strane, osnovne slobode imaju za cilj uklanjanje granica između država članica što je više moguće u slučaju intrakomunitarnih ekonomskih aktivnosti, osnovna polazna tačka međunarodnog poreskog prava jeste upravo postojanje ovih granica.²⁷

Iako je u principu dozvoljeno praviti razliku u poreskom tretmanu između rezidenata i nerezidenata, SPEU obraća pažnju na to da li je riječ o sadržinskim (materijalnim) razlikama. Ukoliko kada se uzmu u obzir objektivni elementi situacije, nema razlike između rezidenata i nerezidenta, onda je razlika u poreskom tretmanu zabranjena. Najbolji primjer dilema i sukoba ova dva sistema poreske logike, predočavaju slučajevi *Gerritse* i *Schumacker*. U prvom slučaju SPEU je definitivno podržao kao odlučujuću činjenicu rezidentstvo po pitanju alokacije prava na oporezivanje: „*Štaviše, kada je oporezivanje u pitanju, rezidentstvo je odlučujuća činjenica na kojem je međunarodno poresko pravo, a posebno Model konvencija OECD...zasnivano po pitanju alokacije ovlašćenja na oporezivanje između država u situacijama koje uključuju inostrani element.*“²⁸

3. Doktrina schumacker sud pravde EU

Dakle, na ovaj način u slučaju *Schumacker*, SPEU iznosi vjerovatno jedan od najkontroverznijih stavova u svojoj cjelokupnoj praksi (uključujući i neporeske oblasti). SPEU načelno staje na stranu osnovnog principa međunarodnog poreskog prava o dopuštenosti različitog tretmana rezidenata i nerezidenata, što je bilo predmet brojnih kritika zastupnika što veće slobode tržišta: „*U vezi sa direktnim porezima, situacija rezidenata i nerezidenata, nisu uporedive kao pravilo...Shodno tome, član 48 Ugovora u principu ne sprječava primjenu normi države članice na osnovu kojih nerezidentno lice koje je zaposleno u toj državi članici ima teži poreski tretman dohotka u odnosu na rezidentno lice sa istim zaposlenjem.*“²⁹ U svojoj praksi SPEU ustanovljava pristup da se iz ugla države izvora, kao opšte pravilo, situacija rezidenata i nerezidenata ne može smatrati identičnom. Predmetno pravilo omogućava

²⁷ Company Taxation in the Internal Market, Commission staff working paper, SEC (2001) 1681, str. 309.

²⁸ Slučaj 234/01 *Arnoud Gerritse v Finanzamt Neukölln-Nord*, pasus 45.

²⁹ Slučaj 279/93 *Roland Schumacker v Finanzamt Köln*, pasusi 31. i 35.

državama članicama da primjenjuje različite poreske norme u odnosu na ove dvije grupe, ukoliko postoji objektivna i relevantna razlika između njihovih situacija.³⁰

Međutim, ovakav princip se kosi sa osnovnim postulatima drugih oblasti prakse SPEU, da je na unutrašnjem tržištu EU kao pravilo - identičan tretman proizvoda i faktora proizvodnje na osnovu državljanstva odnosno rezidentstva. Pod tim uticajem, SPEU u istom slučaju stvara i izuzetak od pravila, koji se odnosi na direktne poreze. On se tiče situacije kada se nerezidenti u praksi nalaze u objektivno identičnoj situaciji kao rezidenti, tako da opšti princip međunarodnog prava biva potisnut potrebom za osiguranjem jednakog tretmana lica na tržištu EU: „*Međutim, situacija je drugačija, u slučaju kao što je ovaj kada nerezident ostvaruje značajan prihod u državi svog rezidentstva, a ostvaruje većinu svog oporezivog dohotka u državi zaposlenja, što rezultira situacijom da država rezidentstva nije u mogućnosti da mu pruži olakšice koje uzimaju u obzir njegove lične i porodične okolnosti...Nema objektivne razlike između situacije ovakvog nerezidenta i rezidenata koji se bave uporedivim zaposlenjem, da bi bila opravdana razlika u tretmanu u pogledu uzimanja u obzir u poreske svrhe obveznikovih ličnih i porodičnih okolnosti.*“³¹

3.1. Slučaj Schumacker

Štiteći slobodu kretanja radnika, SPEU je u svojoj praksi ustanovio pravilo da EU prekogranični radnici ne smiju biti diskriminirani na osnovu propisa države zaposlenja (izvora), niti da smiju biti spriječeni da svoje aktivnosti sprovedu u nekoj drugoj državi putem propisa države njihovog rezidentstva.³² Problem sa kojim se SPEU suočio u slučaju *Schumacker* jeste da lične i porodične okolnosti poreskog obveznika nisu uzete u obzir niti u državi rezidentstva (Belgija), u kojoj je prihod bio izuzet od oporezivanja na osnovu odredaba bilateralnog poreskog ugovora, niti u državi u kojoj je ostvario prihode od zaposlenja (Njemačka), gdje je oporezovan kao samac a u stvarnosti je bio oženjen.³³ U ovom slučaju SPEU postavlja temelj filozofije po kojoj

³⁰ Lari Hintsanen: Attribution of Income to Permanent Establishments under EC Law, European taxation, April 2003, International Bureau of Fiscal Documentations, str. 114.

³¹ Slučaj 279/93 Roland Schumacker v Finanzamt Köln, pasusi 36-37.

³² Antoine Valat: General Allowances and Home State Obligations under EC Law – Opinion Delivered in the De Groot Case, European Taxation, October 2002, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 446.

³³ John F. Avery Jones: What is the Difference between Schumacker and Gilly?, European Taxation, January 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 2.

nerezidentni radnici u određenim situacijama moraju biti tretirani na identičan način sa rezidentnim licima koja obavljaju uporedivu aktivnost.

Kao osnovno pravilo SPEU prihvata načelo međunarodnog poreskog prava da rezidenti i nerezidenti nisu u uporedivoj situaciji, te da se obveznikove lične i porodične okolnosti kao dio ličnog (subjektivnog) *ability-to-pay* uzimaju u obzir u državi rezidentstva: „*Dohodak primljen na teritoriji države članice od strane nerezidenta u većini slučajeva predstavlja samo dio njegovog ukupnog dohotka, koji je koncentrisan u njegovom mjestu rezidentstva. Štaviše, nerezidentov lični ability-to-pay, određen u odnosu na njegov ukupni dohodak i njegove lične i porodične okolnosti, lakše je ustanoviti u mjestu gdje se nalaze njegovi lični i porodični interesi. Načelno, to je mjesto gdje se nalazi njegovo uobičajeno boravište. Shodno tome, međunarodno poresko pravo, a posebno Model konvencija OECD, prihvata da je u principu globalno oporezivanje poreskog obveznika, koje uzima u obzir njihove lične i porodične okolnosti, stvar države rezidentstva.*”³⁴

Dakle, iz ove formulacije slijedi da je obaveza davanja olakšica koja se tiče ličnih i porodičnih okolnosti vezana za činjenicu da je većina dohotka ostvarena na teritoriji države rezidentstva i da je ta država u boljoj mogućnosti da ustanovi obveznikov lični *ability-to-pay* (lične i porodične okolnosti) zbog dostupnosti informacija. Međutim, situacija se mijenja kada nerezident ostvaruje najveći dio svojih prihoda u državi izvora (zaposlenja) pa je dohodak ostvaren u državi rezidentstva isuviše mali da bi mogli biti uzeti u obzir njegova lična i porodična svojstva: „*Ne postoji objektivna razlika između situacija ovakvog nerezidenta i rezidenta sa uporedivim zaposlenjem, takva da opravda različit tretman u pogledu uzimanja u obzir u poreske svrhe obveznikovih ličnih i porodičnih okolnosti. U slučaju nerezidenta koji prima većinu svog dohotka i skoro cijeli dohodak porodice u državi članici koja nije država njegovog rezidentstva, diskriminacija proističe iz činjenice da njegove lične i porodične okolnosti nisu uzete u obzir niti u državi rezidentstva niti u državi zaposlenja.*”³⁵ Na osnovu iznijetih stavova, gospodin Roland Schumacker je stekao pravo na korišćenje poreskih pogodnosti vezanih za njegove lične i porodične okolnosti u jednoj od država. Pošto nije bio oporezovan u Belgiji, a u Njemačkoj su postojale pogodnosti vezane za obveznikove lične i porodične okolnosti, SPEU je odlučio da je prikladno dozvoliti mu da iste iskoristi, iako su na osnovu njemačkih propisa one bile ograničene isključivo na njemačke rezidente.³⁶

³⁴ Slučaj 279/93, Finanzamt Köln-Altstadt v Roland Schumacker, pasus 32.

³⁵ Ibid, pasusi 37-38.

³⁶ Nils Mattsson: Does the European Court of Justice Understand the Policy behind Tax Benefits Based on Personal and Family Circumstances, European Taxation, June 2003, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 188.

3.2. Konačno uobličavanje doktrine Schumacker

Takođe, kasnija praksa SPEU ukazuje na tendenciju proširivanja obaveze na osnovu doktrine *Schumacker* da se pruže olakšice vezane za lične i porodične okolnosti od strane države izvora, na sve situacije kada nerezident ne ostvaruje dovoljno prihoda u državi svog rezidentstva. Potvrdu ovog stava nalazimo u slučaju *Wallentin*³⁷ kada je poreski obveznik za razliku od gospodina Schumacker, radio u državi izvora na povremenoj osnovi, samo ograničeni vremenski period a bio je oslobođen od oporezivanja u državi rezidentstva zbog prirode prihoda³⁸ Dakle, riječ je o suštinskoj razlici u faktičkoj situaciji sa slučajem *Schumacker*. Postepeno širenje filozofije *Schumacker*, sledeću fazu doživljava postavljanjem pitanja dostupnosti nerezidentima progresivnih poreskih stopa, koje su obično rezervisane isključivo za rezidentne poreske obveznike, i primjenjuju se u kombinaciji sa ličnim i porodičnim olakšicama uz neto princip oporezivanja. Nasuprot tome, nerezidenti su najčešće oporezovani proporcionalnim stopama na bruto osnovi. Poslije nametanja obaveze državi izvora da omogući u određenim situacijama nerezidentnim licima korišćenje olakšica vezanih za lični i porodični status, SPEU je istu obavezu nametnuo i kada je riječ o mogućnosti korišćenja progresivnih stopa. U već pomenutom slučaju *Gerritse* formulisano je pravilo da nije zabranjeno da država izvora oporezuje nerezidente proporcionalnom stopom na bruto osnovi, ali da taj poreski teret ne smije da bude veći od onog koji bi postojao da se primijene progresivne stope namijenjene rezidentima u identičnoj situaciji, uz korišćenje olakšica vezanih za lični i porodični status (npr. egzistencijalni minimum i olakšica za izdržavanu djecu).³⁹

Zvršni korak razvoja *Schumacker* filozofije predstavlja proširivanje dostupnosti nerezidentnim fizičkim licima olakšica koje po svojoj prirodi nisu vezane za obveznikov subjektivni *ability-to-pay*. U slučaju *Ritter-Coulais*, slučaju *Lakebrink* i slučaju *Renneberg*, SPEU je odlučio da u svrhu određenja oporezivog dohotka nerezidenata u državi izvora ili u određenju poreske stope primjenjive na njih, nerezidenti imaju pravo da koriste za umanjenje poreske osnovice gubitke (negativne prihode) od korišćenja nepokretnosti u državi njihovog rezidentstva kao da se ona nalazi u državi izvora.⁴⁰ Koncept subjektivnog *ability-to-pay* se odnosi na mogućnost fizičkog lica (logično je da pravna lica ne mogu imati subjektivni *ability-to-pay*) da plaća poresku obavezu

³⁷ Slučaj 169/03, Florian W. Wallentin v Riksskatteverket

³⁸ Chiara Bardini: The Ability to Pay in the European Market – An Impossible Sudoku for the ECJ, INTERTAX, Volume 38, Issue I, Kluwer Law International, str. 5.

³⁹ Slučaj 234/01, Arnoud Gerritse v Finanzamt Neukölln-Nord, pasus 55.

⁴⁰ Hugh J Ault, Jacques Sasseville: Taxation and Non-Discrimination – A Reconsideration, World Tax Journal, June 2010, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 110.

uzimajući u obzir njegove/njene lične okolnosti. Ono što se postavlja kao pitanje, u vezi sa praksom SPEU jeste šta sve spada u ovu kategoriju. Obično se kao elementi subjektivnog *ability-to-pay* (ličnih i porodičnih okolnosti) uzimaju: porodica, djeca, troškovi za zdravstvene potrebe, alimentacija, pokloni neprofitnim organizacijama, itd.⁴¹ Nakon što se lična i socijalna situacija fizičkog lica uzme u obzir, prelazi se na njen/njegov objektivni *ability-to-pay*. Njega čini određenje dohotka koji je moguće pripisati poreskom obvezniku: iznos ostvarenog dohotka uzimajući u obzir troškove i gubitke (negativni prihod).⁴²

Slikovit primjer širenja doktrine *Schumacker* na elemente objektivnog *ability-to-pay* obveznika predstavlja slučaj *Renneberg*. Gospodin Renneberg je bio rezident Belgije, gdje je posjedovao stan u kojem je živio. Međutim, bio je zaposlen u Holandiji, gdje je ostvarivao cjelokupan dohodak. Dakle riječ je o klasičnoj *Schumaker* situaciji. Pitanje koje se postavilo u ovom slučaju jeste da li gospodin Renneberg ima pravo da umanjí svoj oporezivi dohodak u Holandiji, kamatom koju je plaćao na hipotekarni zajam uzetim od jedne holandske banke. Drugim riječima, slučaj se ticao izvoza holandskog poreskog podsticaja u odnosu na stan u Belgiji. SPEU se pozivao na presudu u slučaju *Lakebrink*, u kojoj je praksa proizašla iz slučaja *Schumacker* proširena na sve poreske pogodnosti koje se tiču *ability-to-pay* nerezidenta, i zauzeo stav u korist poreskog obveznika: "...član 39 EZ treba tumačiti na način da sprečava nacionalno zakonodavstvo poput onog u glavnom postupku, u skladu sa kojim državljanin Zajednice koji nije rezident države članice u kojoj on prima cjelokupan ili skoro cjelokupan oporezivi dohodak, ne može u svrhu određenja poreske osnovice poreza na dohodak u toj državi, da isti umanjí negativnim prihodom vezanim za kuću u njegovom vlasništvu koju koristi za stanovanje u drugoj državi članici, dok rezident prvo pomenute države članice može koristiti ovakav negativni prihod u svrhu određenja poreske osnovice poreza na njegov dohodak."⁴³

⁴¹ Gerard T.K. Meussen: *Renneberg – ECJ Unjustifiably Expands Schumacker Doctrine to Losses from Financing of Personal Dwelling*, *European Taxation*, April 2009, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 186.

⁴² Chiara Bardini: *The Ability to Pay in the European Market – An Impossible Sudoku for the ECJ*, *INTERTAX*, Volume 38, Issue I, Kluwer Law International, str. 4. i 10.

⁴³ Slučaj 527/06, R.H.H. Renneberg v Staatssecretaris van Financiën, pasus 84.

4. Preporuka Evropske komisije 94/79/ec i pravni sistem Crne Gore

Implementacija Preporuke 94/79/EC će pred crnogorskog zakonodavca i državne organe koje će primjenjivati njene odredbe staviti dvije osnovne dileme. Prvo, zbog pravne prirode ovog sekundarnog legislativnog akta prava EU zakonodavac će imati diskreciono pravo da odluči koji je to procenat dohotka ostvarenog od strane nerezidentnog fizičkog lica neophodan da bi isti imao pravo na poreski tretman kao i rezidentno fizičko lice. Drugo, poreske i sudske vlasti će prilikom primjene pravila koja su sadržana u Preporuci 94/79/EC morati da identifikuju sve poreske prednosti na osnovu važećih propisa koje nerezidentnim fizičkim licima moraju biti omogućene.

4.1. Dileme prilikom implementacije Preporuke Evropske komisije 94/79/EC

Poseban aspekt implementacije pravila doktrine Schumacker jeste taj da treba voditi računa da ista ima osnov u dva izvora prava EU različite pravne prirode. Naime, predmetna pravila svoje utemeljenje imaju, kako u praksi SPEU, tako i u Preporuci 94/79/EC. Sa jedne strane, pravila izgrađena u praksi SPEU su obavezujuća za sve države članice. Riječ je o jednoj vrsti precedenta. Npr. ukoliko nacionalni sud proslijedi prethodno pitanje i dobije odgovor, vezan je takvom odlukom SPEU.⁴⁴ Međutim, iako ne postoji niti jedna presuda SPEU koja eksplicitno govori da su i ostali nacionalni sudovi u obavezi da poštuju odluku o prethodnom pitanju koja se tiče postupka pred nekim drugim nacionalnim sudom, u praksi se smatra da ta obaveza postoji. Činjenica da SPEU ne pominje obaveznost drugih nacionalnih sudova daje im dejstvo *erga omnes*.⁴⁵ Preciznije, umjesto da da direktnu ocjenu predmetnog nacionalnog zakona, SPEU daje mišljenje o kompatibilnosti određene vrste zakonodavstva sa pravom EU, a prepušta završni korak nacionalnom sudu da primijeni u konkretnom slučaju uputstva sa kojim ga je opskrbio na zakon koji je u pitanju.⁴⁶

Sa druge strane, preporuke koje donosi Evropska komisija često se nazivaju *sowt law* izvorima prava, a glavna karakteristika im je da nemaju pravno obavezujuća dejstva.⁴⁷ Komisija EU je vezana istim, te ona stvaraju legitimna očekivanja u pogledu njenog ponašanja kako za države članice tako i

⁴⁴ Slučaj 52/76 *Luigi Benedetti v Munari F.Ili s.a.s.*, pasus 26.

⁴⁵ Paul Craig, Gráinne de Búrca: *EU Law*, Oxford University Press, 2003, str. 444.

⁴⁶ Federico G. Mancini: *The Making of a Constitution for Europe*, *Common Market Law Review* 26, 1989, str. 606.

⁴⁷ Vidi u tom smislu - Oana Andreea Ștefan: *European Competition Soft Law in European Courts - A Matter of Hard Principles?*, *European Law Journal*, Vol. 14, No. 6, November 2008, str. 756.

za zainteresovane strane.⁴⁸ Međutim, SPEU je u svojoj praksi zauzeo stav da ipak ova vrsta izvora prava EU nije bez ikakvih pravnih efekata: "...iako preporuke nemaju za cilj da stvaraju obavezujuća dejstva i nisu u stanju da stvaraju prava na koja se pojedinci mogu oslanjati pred nacionalnim sudovima, one nisu bez ikakvih pravnih dejstava. Nacionalni sudovi su obavezni da uzmu u obzir preporuke u cilju rješavanja sporova..."⁴⁹ Dakle, ovo znači da bi ne uzimanje u obzir *soft law* izvora prava predstavljalo povredu obaveza iz UFEU od strane nacionalnog suda, zbog pogrešne primjene EU prava i njegovog sistema izvora prava.⁵⁰

Iz svega navedenog, pravila doktrine Schumacker stvaraju logičnu dilemu za sve zakonodavce: koji je to iznos ukupnog dohotka koji nerezident treba da ostvari u državi zaposlenja (izvora) da bi imao pravo na identičan tretman kao i rezident dotične države? Iako Komisija EU smatra dovoljnim da nerezident ostvari više od 75% svog ukupnog dohotka u državi izvora⁵¹, u slučaju *Schumacker* SPEU je donio presudu u kojoj je bilo riječi o faktičkoj situaciji, da je nerezident ostvario preko 90%. Dakle, obzirom na pravnu prirodu Preporuke 94/79/EC nacionalni zakonodavac ne mora izabrati tako nizak prag ostvarenog dohotka, već se opredijeliti za neki visočiji procenat poput onog iz presude Schumacker. Dakle, jedino bi bilo zabranjeno postaviti ljestvicu iznad nivoa od 90% ostvarenog dohotka. Pravac iz presude zadržale su i države članice u izmjenama i dopunama svojih propisa koji je uslijedio nakon predmetne presude. Primjer može biti Švedska koja je uvela opciju da lica bez obzira na rezidentstvo ili državljanstvo, koja ostvaruju prihode od zaposlenja u Švedskoj, prihode od poslovnog profita vezanih za stalnu poslovnu jedinicu u Švedskoj ili od prihoda od nepokretnosti u Švedskoj, imaju pravo na iste osnovne olakšice pod uslovom da su ovi prihodi vezani isključivo, ili skoro isključivo, za izvore sa teritorije Švedske.⁵²

Takođe, i najviše sudske instance biće suočene sa raznim dilemama prilikom primjene odredbi za koji god procenat zakonodavac da se opredijeli. Naime, iako je načelno teško naći zamjerku logici SPEU, da se nerezident koji skoro sav dohodak ostvari u državi rezidentstva nalazi faktički u uporedivoj situaciji sa rezidentnim poreskim obveznikom, vezivanje sticanja povlašćenog

⁴⁸ Carlo Pinto: EC State Aid Rules and Tax Initiatives – A U-Turn in Commission Policy? (Part II), European Taxation, September 1999, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 343.

⁴⁹ Slučaj 207/01 Altair Chimica SpA v ENEL Distribuzione SpA, pasus 41.

⁵⁰ Daniel Sarmiento: The Function of EU Soft Law, (in: Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration, ed. Dennis Weber), International Bureau of Fiscal Documentation, 2010, str. 59.

⁵¹ Commission Recommendation of 21 December 1993 (94/79/EC) on the taxation of certain items of income received by non-residents in a Member State other than that in which they are resident

⁵² Björn Westberg: New Swedish Rules on the Taxation of Non-Resident Individuals, European Taxation, February 2005, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 77-78.

poreskog tretmana za određeni procenat ostvarenog dohotka pretstvalja sve ili ništa pristup (*all or nothing approach*), koji često može dovesti do arbitrenih rezultata. Recimo da nerezident A ostvaruje 92% dohotka u državi izvora, dok lice B ostvaruje 88% dohotka. Iako je njihova situacija praktično identična, razlika od samo 4% dovodi do potpuno različitog rezultata za poreske obveznike, ukoliko je uslov za sticanje prava na korišćenje poreskih pogodnosti vezanih za lične i porodične okolnosti postavljen na 90% ukupnog dohotka.⁵³

Tako, lako je zamisliti situaciju sličnu onoj u slučaju *Schumacker*, u kojoj u državi rezidentstva nije ostvareno dovoljno ukupnog dohotka da bi ta država pružila predmetne olakšice, ali i da poreski obveznik ne ispuni uslove za to ni u državama zaposlenja. Ukoliko bi se desilo da, kao u slučaju *Schumacker*, rezident ostvari manje od 10% ukupnih prihoda u državi rezidentstva, ali ostatak prihoda ostvari ravnomjerno u tri različite države, postavlja se pitanje koja bi od njih trebala da prilikom određenja njegove poreske obaveze uzme u obzir njegove lične i porodične okolnosti? Svaki izbor između ove tri države u potpunosti je arbitran i dovodi do veoma različitih ishoda, a ne izabradi jednu od država zaposlenja, koja bi mu pružila predmetne olakšice, predstavlja takođe nezadovoljavajući rezultat. Dakle, ova situacija rezultira velikom nejednakošću između gospodina *Schumacker* i poreskog obveznika iz ovog slučaja, koja ne bi mogla biti opravdana na zadovoljavajući način činjenicom da je gospodin *Schumacker* ostvario sav svoj dohodak u samo jednoj inostranoj državi, a naš poreski obveznik u tri različite države.⁵⁴

4.2. Usklađenost poreskih propisa Crne Gore sa Preporukom Evropske komisije 94/79/EC

Specifičnost doktrine *Schumacker*, da ona ne zahtijeva izmjenu propisa u smislu ukidanja nekih odredbi već donošenje normi kojim se određene pogodnosti rezervisane za rezidente stavljaju na raspolaganje pod određenim uslovima i nerezidentima, čini nemogućim ukazivanje na sve pogodnosti koje će Crna Gora morati obezbijediti nerezidentnim radnicima. Naime, do ulaska u EU poreski propisi koji regulišu rad nerezidentnih fizičkih lica mogu pretrpiti značajne izmjene. Međutim, analizirajući važeće propise, treba reći da, poslije ukidanja egzistencijalnog minimuma i olakšice za izdržavanu djecu, ZPDFL sadrži malo odredaba koje bi uticale na subjektivni *ability-to-pay*. Jedna od rijetkih je npr. da se porez na dohodak fizičkih lica ne plaća na naknadu za

⁵³ Peter J. Wattel: Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances – Why *Schumacker*, Asscher, Gilly and Gschwind Do Not Suffice, European Taxation, June 2000, International Bureau of Fiscal Documentation, str. 216.

⁵⁴ *Ibid*, str. 217.

odvojeni život od porodice u iznosu do 100 evra mjesečno.⁵⁵ Takođe, kada je riječ o objektivnom *ability-to-pay*, u skladu sa presudom u slučaju *Ritter*, poreske vlasti Crne Gore će morati da uzmu u obzir i gubitke nerezidentnih lica, što je trenutno u direktnoj suprotnosti sa odredbama ZPDFL. Predmetni član predviđa da se prilikom određivanja poreske osnovice nerezidenta, nasuprot rezidentnim licima, ne uzimaju u obzir preneseni gubici.⁵⁶

Sa druge strane, u slučaju povremenog pružanja usluga nerezidentnog fizičkog lica na teritoriji Crne Gore, primjenjivale bi se odredbe ZPDFL koje se odnose na prihode od samostalne djelatnosti, pod kojim se smatraju prihodi ostvareni od privredne djelatnosti, slobodnih zanimanja, profesionalnih i intelektualnih usluga i prihodi od drugih samostalnih djelatnosti koje nisu osnovna djelatnost poreskog obveznika, a povremeno se obavljaju radi ostvarivanja prihoda. Pod "slobodnim zanimanjima" ZPDFL smatra djelatnosti zdravstvenih radnika, veterinaru, advokata, notara, revizora, inženjera, arhitekata, savjetnika, konsultanata, prevodilaca, naučnika, književnika, novinara, umjetnika, sportista i druge slične djelatnosti.⁵⁷ Kada je riječ o mogućnosti korišćenja pretpostavljenih i stvarnih troškova, ZPDFL predviđa da "poreskom obvezniku koji ostvaruje prihode od drugih samostalnih djelatnosti koje nisu njegova osnovna djelatnost", koji ne dokumentuje rashode, standardni rashodi (pretpostavljeni troškovi) se priznaju u visini od 30% od ostvarenih prihoda.⁵⁸ U pretpostavljenom slučaju koncerta inostrane muzičke zvijezde, ZPDFL ga kao umjetnika svrstava u kategoriju slobodnih zanimanja, dok je olakšica vezana za pretpostavljene troškove dostupna kategoriji obveznika koji ostvaruju druge samostalne djelatnosti na povremenoj osnovi. Dakle, zbog potpune terminološke konfuzije predmetnog propisa, usljed čestih izmjena i dopuna, *ex lege* nije potpuno jasno da li na osnovu ZPDFL inostrani umjetnik ima pravo na ove pretpostavljene troškove, ili na korišćenje troškova uopšte. Međutim, praksa Poreske uprave Crne Gore dopušta mogućnost da inostrani umjetnici prilikom pružanja usluga na teritoriji Crne Gore koristi predmetnu olakšicu vezanu za pretpostavljene i stvarne troškove. Jedini aspekt ovog poreskog režima, koji bi u praksi mogao biti problematičan na nivou prava EU jeste mogućnost korišćenja troškova koji su nastali u inostranstvu, a vezani su za pružanje usluga u Crnoj Gori. U ovom slučaju poreske vlasti treba da slijede praksu SPEU, te dozvole mogućnost korišćenja svih dokumentovanih troškova vezanih za pružanje usluge, ma gdje oni bili ostvareni.

⁵⁵ Član 5a stav 2. tačka 4. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica "Službeni list RCG", br. 65/01, 37/04 i 78/06 i "Službeni list CG", broj 86/09, 40/11 i 12/12

⁵⁶ *Ibid.*, član 8. stavovi 1-2.

⁵⁷ *Ibid.*, član 16 stavovi 1-3.

⁵⁸ *Ibid.*, član 20 stav 2.

5. Zaključna razmatranja

Analizom prakse u vezi sa tretmanom ekonomskih aktivnosti nerezidentnih fizičkih lica na teritoriji države izvora, dolazi se do zaključka da je SPEU stvorio jedinstveni korpus pravila primjenjivih u ovoj situaciji, nezvezano da li je riječ o radnom odnosu ili povremenom pružanju usluga. Osnovni postulat doktrine *Schumacker* jeste da SPEU prihvata načelo međunarodnog poreskog prava da rezidenti i nerezidenti nisu u uporedivoj situaciji, te da se obveznikove lične i porodične okolnosti kao dio ličnog (subjektivnog) *ability-to-pay* uzimaju u obzir u državi rezidentstva. Međutim, situacija se mijenja kada nerezident ostvaruje najveći dio svojih prihoda u državi izvora (zaposlenja) pa je dohodak ostvaren u državi rezidentstva isuviše mali da bi mogao biti uzeti u obzir njegova lična i porodična svojstva.

Primjena ovih pravila biće od velike važnosti za crnogorsko tržište rada, pošto ono u mnogome zavisi od nerezidentnih radnika, kao i povremenih pružaoca usluga. Dovoljno je samo napomenuti sektor turizma, pogotovo u periodu ljetne sezone, ili sektor građevinarstva. Ulaskom u EU Crna Gora će se redovno suočavati sa situacijom da pojedini nerezidentni radnici ostvaruju cjelokupan ili skoro cjelokupan dohodak na teritoriji Crne Gore, što ih stavlja u poziciju da zahtijevaju pravo na olakšice vezane za lične i porodične okolnosti, kao i sve ostale elemente *ability-to-pay*-a sadržanog u crnogorskim propisima.

Iz tog razloga crnogorski zakonodavac treba biti veoma oprezan prilikom implementacije u crnogorski poreski sistem pravila doktrine *Schumacker*. U tom cilju, prva dilama će biti postavljanje granice dohotka iznad koje će nerezidentna fizička lica biti tretirana kao crnogorski rezidenti po pitanju poreskih pogodnosti. Obzirom na pravnu prirodu Preporuke 94/79/EC nacionalni zakonodavac ne mora izabrati tako nizak prag ostvarenog dohotka (75%), već se opredijeliti za neki višočiji procenat poput onog iz presude *Schumacker*. Dakle, jedino rješenje koje bi bilo suprotno pravu EU jeste postaviti ljestvicu iznad nivoa od 90% ostvarenog dohotka.

Sa druge strane, osobenost doktrine *Schumacker* jeste da ona ne pretpostavlja uklanjanje nekih postojećih odredbi već omogućavanje korišćenja pogodnosti rezervisanih isključivo za rezidente, pod određenim uslovima, i nerezidentnim fizičkim licima. Stoga, u ovom momentu je nemoguće znati koji će sve elementi obveznikovog *ability-to-pay*-a postojati u poreskim propisima. Jedino što je moguće reći, analizitajući važeće propise, jeste da ZPDFL sadrži malo odredaba koje bi uticale na subjektivni *ability-to-pay*, te da samo poreske pogodnosti vezane za naknadu za odvojeni život od porodice, kao i uzimanje u obzir gubitaka prilikom određivanja poreske osnovice, eksplicitno rezervisane isključivo za rezidentna fizička lica.

**RECOMMENDATION OF THE EUROPEAN COMMISSION
94/79/EC: WHAT ARE THE IMPLICATIONS FOR THE TAX SYSTEM OF
MONTENEGRO?**

Summary

At the session held on March 26th 2015, the Government of Montenegro has adopted a document called the Analysis on the realization of tax policy for the year 2014. The goal of this analysis is the understanding of the impact that a tax legislation has on the commerce and budget, but also the determination of the degree of compatibility with acquis, in the context of European Union association process. Among other, in the part related to tax on income of natural persons, the necessity of harmonization with the Recommendation of the European Commission 94/79/EC is emphasized. Namely, this general legal act of European Union includes the rules of Schumacker doctrine, which relates to the anti discriminatory tax treatment of nonresident natural persons, developed in the case practice of the Court of Justice of the European Union. This article represents an analysis of the subject doctrine and the effects of its application in the legal system of Montenegro. The article will show that rules from the Recommendation of the European Commission 94/79/EC go beyond the actual tax regime of nonresident individuals and that it will be necessary to make them compatible with the rules of EU Law.

Key words: *Commission Recommendation 94/79/EC, Schumacker doctrine, Court of Justice of the European Union, Taxation of nonresident individuals*

⁵⁹ Executive Director of Institute for Legal Studies, Podgorica, Montenegro.

ZAKLJUČENJE ŠTETNIH UGOVORA

УДК: 374.7
Review paper

Uvod

Ugovor je pravni posao koji nastaje saglasnošću volja najmanje dvije ili pak, više ugovornih strana. Zaključenju ugovora prethodi ispunjenje uslova koji su predviđeni zakonom da bi isti bio punovažan i samim tim proizvodio pravno dejstvo. Uslovi neophodni za zaključenje ugovora (bilo kog) su: sposobnost ugovaranja, saglasnost volja, predmet, causa i forma (forma se podrazumjeva u svim onim slučajevima, gdje je zakonom predviđena *forma ad solemnitatem* kao uslov punovažnosti pravnog posla). Naizgled, u pravnoj proceduri ništa nije sporno, ugovorne strane koje pristupaju zaključenju ugovora moraju ispuniti zakonom predviđene uslove da bi ostvarile cilj zbog kojeg su i ušle u ugovorni odnos. Međutim, praksa pokazuje da nakon zaključenja ugovora, nastupaju često pravne posljedice koje imaju karakter „štete“, da li za jednu, obje ugovorne strane ili pak za...

Interes svake ugovorne strane je uzajamno ispunjenje prava i obaveza ugovornica (izuzetak su jednostavno obavezni prvni poslovi i ugovori). Ako je u pitanju odnos privatnog karaktera, pa jedna ugovorna strana ne ispuni obavezu prema drugoj, nastaju pravne posljedice koje se ogledaju u pravu ugovorne strane čiji je interes neostvaren ili povrijeđen, da zahtjeva naknadu štete, povraćaj u pređašnje stanje ili tužbom kod suda u slučaju usvajanja tužbenog zahtjeva, ispunjenje ugovorne obaveze. Ukoliko je jedna ugovorna strana dovela drugu u stanje zablude, ili je ugovor zaključen, jer je jedna ugovorna strana prevarila drugu ili je prinudila na zaključenje pravnog posla, onda to može biti osnov da se u postupku pred sudom, ugovor proglašava za rušljiv, a u situaciji kada se tužbeni zahtjev pokaže kao osnovan.

Mnogo veći problem nastaje kada je zaključen ugovor javnog karaktera i kada je odredbama zaključenog ugovora povrijeđen javni (državni interes), a jedna od ugovornih strana je državni organ, koji pod „plaštom“ javnog interesa, u ugovoru kreira norme suprotne važećim zakonima države ili pristaje na uslove druge ugovorne strane koji su u direktnoj suprotnosti sa zakonima koji štite državne interese i interese građana.

¹ Docent pravnog fakulteta, Univerzitet Crne Gore, Podgorica.

Summa summarum, takav pravni posao je apsolutno ništav i ne može proizvoditi pravno dejstvo. Da li zaključenje štetnih ugovora treba da bude samo osnov za poništaj pravnog posla ili i pozivanje na krivično-pravnu odgovornost onih koji pod plaštom vlasti sudjeluju u zaključenju pravnih poslova štetnih po državne i interese građana? Odgovori na ova pitanja su filozofske i pravne prirode... Moral (etika) društva o potrebi zaštite državnih interesa naročito od strane onih subjekata koji djeluju kroz institucije sistema s jedne strane, do pravnog pitanja vraćanja krivičnog djela „zaključenje štetnih ugovora” u krivično zakonodavstvo, sa druge strane.

Ova pitanja su smjernice koje će biti uput našem istraživačkom radu, sa ciljem doprinosa u stvaranju ambijenta u kojem treba da prevladava shvatnje i znanje o prihvatanju moralnih i pravnih normi kojima treba da se rukovode svi, kako oni koji norme donose, tako i onih koji ih primjenjuju i građana koji moraju da ih poštuju. Samo tako možemo stvoriti bolje društvo i kvalitetniji život, život u kojem će interes države i njenih građana prevladati svaki vid samovolje i zloupotrebe koje vode u korupciju i organizovani kriminal. Društvo u kojem vladaju korupcija, organizovani kriminal, naročito korupcija na visokom nivou, i nije društvo, već samo vid samodestrukcije i stvaranja fiktivnih normi koje poništavaju princip vladavine prava. Bez vladavine prava nema pravne države, nastaje privid rukovođen egom „L’Etat s’est moi”, koji vodi državu i njene građane u kaos u kojem korist imaju samo oni koji se rukovode ličnim interesima na račun države i njenih građana. Zadatak svih nas koji se bavimo naukom je da svojim naučno-istraživačkim radom i učestvovanjem, kako u društvenom životu, a rukovodeći se Aristotelovim načelom „Anthropos zoon politicon”, tako i u akademskom životu dođemo do rešenja koja će onima koji odgovorno i etično postupaju sa ciljem zaštite državnih interesa, pomoći da istraju u sprovođenju onih ideja i rješenja koji su za dobrobit napretka društva. Nauka ne smije da ćuti na ona dešavanja, gdje može i mora da da svoj doprinos. Kritički osvrt, nema za cilj preuzimanje uloge nadležnog državnog organa koji bi donio odluku o eventualnim razlozima za ništavost ili ne jednog zaključenog ugovora, već da detaljnom pravnom analizom uzoraka iz kojih je tvoren jedan pravni posao, spriječi eventualno nastupanje štetnih pravnih posljedica, kao i ukazivanje na moguće štetne posljedice.

1. Uopšteno o ugovoru kao institutu obligacionog prava i nevažnosti pravnih poslova

Još od perioda rimskog prava suština ugovora (contract), ogledala se u sporazumu, saglasnosti volja (conventio, consensus). Rimski pravnik Pedije iz II v.n.e., napisao je da nema ugovora niti obligacije, koja u sebi ne sadrži saglasnost volja (Nullum esse contractus, nulla obligationem quae non habet in se conventionem- D.2.14.1.3.² Navedeno shvatanje pozitivno je kritikovao pravnik Ulpijan, smatrajući da se shvatanje pravnika Pedieja, uopšteno odnosi na sve obligacije, ali da postoje i oni odnosi koji nastaju, mijenjaju se i prestaju, a da uslov nije saglasnost volja dva ili više subjekata. Shodno, navedenom i „današnja nauka definiše ugovor kao saglasnu izjavu volja kojom se stvaranjaju ili ukidaju pravni, mijenjaju ili ukidaju pravni odnosi.”³ U navedenom smislu jasno se pravi razlika između shvatanja obligacije u rimskom pravu, kao obaveze koja ima svoj pravni osnov i u jednostranim pravnim poslovima koji nastaju izjavom volje jednog subjekta u odnosu na ugovor koji ne može nastati ako nema ponude jedne i prihvata ponude druge ugovorne strane. Ponuda i prihvata ponude su konstitutivni elementi saglasnosti volja kao jednog od bitnih elemenata za zaključenje ugovora kao pravnog posla.

Danas, „obligacija je pravni odnos između dve određene strane na osnovu koga je jedna strana (poverilac) ovlašćena na određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi inače imala prava da čini, a druga strana je dužna da to ispuni.”⁴ Analizirajući prethodno citirano, zaključujemo da je na strani dužnika dug prema poveriocu, a na strani poverioca potraživanje prema dužniku čije namirenje poverilac može zahtjevati u roku dospelosti istog na namirenje.

Suština sadržine poverilačko-dužničkog odnosa najbolje se ostvaruje kroz ispunjenje ugovornih prava i obaveza. Svemu ovome prethodi i ispunjenje drugih (pored saglasnosti volja) bitnih uslova (elemenata), da bi ugovor bio punovažan i samim tim proizvodio obligaciono-pravno dejstvo.⁵

Ukoliko neki od bitnih elemenata fali, ugovor se smatra nepostojećim. U pravnoj teoriji možda je izraz „*nepotpun*”⁶ najprihvatljiviji. Jer, ako nekom pravnom poslu nedostaje bitan uslov, onda tog pravnog posla i nema. Nepostojeće pravne poslove treba razlikovati od nevažećih pravnih poslova. Kod nevažećih pravnih poslova ugovor kao pravni posao sadrži sve bitne elemente,

² Vidi, Obrad Stanojević, Rimsko pravo, izdanje 8. Beograd 1995. str. 261.

³ Stanojević, op.cit.str.262.

⁴ Vidi, Slobodan Perović, Obligaciono pravo, Beograd 1990. Str.7

⁵⁵ Napomena: Bitne uslove za zaključenje ugovora (sposobnost ugovaranja, saglasnost volja, predmet, causa, forma), nabrojali smo u uvodu našeg rada;

⁶ Vidi, Andrija Gams, Uvod u građansko pravo, izdanje 17. Beograd 1994.str.204.

ali se nekim od tih elemenata sadržinom pravne norme vrijeđa neki interes (javni, opšti, društveni, državni s jedne strane ili privatni interes druge ugovornice, s druge strane). Ako se odredbama i nekim bitnim elementom ugovora vrijeđa javni interes, takav pravni posao (ugovor) je apsolutno ništav i ne može proizvoditi pravno dejstvo. Ako se sa druge strane, bitnim elementom ugovora vrijeđa interes druge ugovornice (privatni interes), takav pravni posao je rušljiv, ali se u zakonom predviđenom roku, a ispunjenjem zakonom predviđenih uslova može kovalidirati.⁷

2. Nezakoniti pravni poslovi

Nezakoniti pravni poslovi su nevažeći, apsolutno ništavi pravni poslovi koji ne proizvode pravno dejstvo. U pravnoj teoriji za naznačenje ovih pravnih poslova koriste se i termini „protivzakoniti”⁸ ili „nedopušteni”⁹ pravni poslovi.

To su poslovi suprotni moralu društva i ustanovi javnog poretka uopšte. Kada govorimo o moralu, „tumačenje suda nije mehaničko, već u visokom stepenu stvarnosti, ono ne znači reprodukovanje postojećeg prava i morala, već u velikoj meri njihovo preciziranje, dograđivanje i učvršćivanje.”¹⁰

Za nezakonite pravne poslove nailazimo i na termin „zabranjeni” pravni poslovi.¹¹ Da li se zaključen, a zabranjen, nedopušten i nezakonit pravni posao, npr. ugovor, može smatrati i zaključenim štetnim ugovorom?

Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva posmatranje odnosa nezakonit ugovor i momenat kada takav ugovor poprima karakter štetnog ugovora. Složena pravna analiza podrazumjeva sagledavanje pravnih posljedica tako zaključenog pravnog posla (ugovora). Pravne posljedice su pravna dejstva koja se žele postići zaključenjem jednog pravnog posla, a postižu se ostvarenjem same sadržine ugovora, koja se ogleda kroz ispunjenje prava i obaveza ugovornih strana. U taksativnom nabrojanju bitnih uslova za zaključenje ugovora, dolazimo do zaključka da je ključna spona u momentu spoznaje, da nezakonit pravni posao postaje štetan ugovor, upravo u **causi** ugovora kao jednom od bitnih uslova (elemenata), potreban za punovažnost pravnog posla.

Drugo pitanje koje se postavlja je, da li se štetan ugovor može smatrati „štetnim”, ako šteta kao pravna posljedica nije i nastupila? Odgovor na ovo

⁷ O nevažnosti pravnih poslova vidi: Perović, op.cit. str.447; Stanković, Vodinečić, Uvod u građansko pravo, izdanje 3. Beograd 1996. str.171; Zoran P. Rašović, Građansko pravo, Podgorica 2006. str.264.

⁸ Vidi, Gams, op.cit.str.206.

⁹ Vidi, Stanković, Vodinečić, op.cit.str.174.

¹⁰ Ibidem

¹¹ Ibidem

pitanje sagledava se u razlozima koji su spriječili nastupanje štetne posljedice, koji se sagledavaju od slučaja do slučaja, ali koji ne brišu niti umanjuju „štetu” koja je mogla nastati iz nezakonito zaključenih odredaba ugovora, a čiji je uzrok- cilj, namjera koja se željela postići zaključenjem ugovora. To nadalje, podrazumjeva da se i u odgovoru na drugo pitanje, vraćamo polaznoj tački, CAUSA nazakonitog pravnog posla.

2.1. Pojam cause i causa nezakonitog pravnog posla

Postoje različite teorije o kauzi kao jednom od bitnih elemenata(uslova) za zaključenje pravnog posla. Od klasične teorije, preko teorije negacije do novijih shvatanja o kauzi koje su predodredile suštinu samog pojma kauze.

Klasično shvatanje u kauzi vidi cilj kome stranke teže prilikom preuzimanja ugovornih obaveza. Tako kod dvostrano obaveznih ugovora kauza se ogleda u međusobnom (uzajamnom) ispunjenju ugovornih obaveza.¹²

Teorija antikauzaliteta smatra da je kauza nekorisna, i da se predmetom može objasniti svrha i razlog zbog kojeg su ugovorne strane zasnovala ugovorni odnos.¹³

Novija shvatanja o kauzi objašnjavaju se kroz subjektivnu, objektivnu i mješovitu teoriju o kauzi.

Mješovita teorija sublimira subjektivno i objektivno shvatanje, uzimajući volju stranaka, ali i ekonomski ekvivalent kao osnov zasnivanja ugovornog odnosa, koji je bit pravne prirode kauze. Prof. Andrija Gams je definisao kauzu kao ekonomski cilj pravnog posla, a Zakon o obligacionim odnosima kauzu normira kao pravni cilj pravnog posla. Kauza je nužan uslov nastanka i postojanja ugovora. Kako onda možemo odrediti kauzu kod nezakonitih pravnih poslova?

Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva razgraničenje motiva od kauze. ‘...Trebavoditi računa da li kauza u konkretnom slučaju ostvaruje funkciju individualne zaštite ili funkciju društvene zaštite.’¹⁴ Zakon postavlja pravilo da pobude iz kojih je ugovor zaključen ne utiču i na punovažnost zaključenog pravnog posla. Prema Zakonu, svaka ugovorna strana mora imati dopušten osnov, a osnov je nedopušten ako je protivan ustavnim načelima uređenja, javnom moralu i prinudnim pravnim propisima.¹⁵

¹² U tom smislu, vidi Perović, op.cit.str.325.

¹³ Ibidem

¹⁴ Perović, op.cit.str.329.

¹⁵ Vidi, Perović, op.cit.str.333.

Analizirajući prethodne konstatacije, možemo zaključiti da se upravo kod nedopuštenih kauza, kao relevantan postavlja odnos motiva i kauze. Na ovom mjestu ne možemo primijeniti shvatanje da pobude iz kojih je ugovor zaključen ne utiču na punovažnost zaključenog pravnog posla. Naprotiv, kod nedopuštenih kauza veoma je važna pobuda, ali je najčešće latentna i ima lukrativan karakter, naročito ako proizilazi iz vršenja onih koji vrše funkciju vlasti. Takav motiv se ispoljava na vrlo sofisticiran način, rukovođen težnjom da se navodno štiti javni interes i da će posljedice zaključenog pravnog posla biti dobrobit za državu i njene građane. „Ništa se na svijetu ne dešava samo od sebe (causa sui)... kamen ne pada da bi pao, nego zato što mora, što mu je istrgnut oslonac, ali čovjek koji djela, ne čini to zbog nekog *zato što*, nego zbog *da bi nešto time postigao*.”¹⁶

2.2. *Sagledavanje odnosa pobude i kauze na primjeru nezakonitog pravnog posla*

Sagledavanje kauze kod zaključenja nezakonitog pravnog posla najbolje se može sagledati analizom konkretnog primjera zaključenja jednog ugovora. Da li se radi o nezakonitom pravnom poslu ili ne, pravni stav ćemo zauzeti u zaključku ne želeći da prejudiciramo.

Analiziraćemo samo pojedine odredbe ugovora koje se po nama čine sporne, koje dovode u pitanje javni interes i interes građana.

3. Predmet ugovora

Analizu zaključenog pravnog posla, počecemo od sagledavanja predmeta ugovora.¹⁷ Ugovora je imenovan i označen kao kupoprodaja jedne nepokretnosti koja se nalazi u zoni koja pripada državnoj imovini, sa potrebnom investicionog ulaganja.

Da li predmet ugovora o kupoprodaji, može biti istovremeno i kupoprodaja i Ugovor o dugoročnom zakupu Morskog dobra i Ugovor o komunalnom opremanju i drugi „relevantni ugovori, koji su od centralnog

¹⁶ Rudolf Fon Jering, Cilj u pravu, prevod s nemačkog Branimir Živojinović, Podgorica, 1998.str.17.

¹⁷ Napomena: Radi se o Ugovoru koji je zaključen 2014 god., zaveden kod nadležnog državnog organa.

značaja za uspješnu realizaciju Projekta’’?¹⁸ Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva sagledavanje same pravne prirode ugovora.

Predlagač (jedna ugovorna strana), obrazlagala je ovo činjenicom da se radi o mješovitom ugovoru. Naše mišljenje je da se na ovom mjestu ne može govoriti o mješovitom ugovoru, niti o spajanju dva ili više ugovora. Naime, predmet jednog ugovora ne može biti UGOVOR, o kom bilo ugovoru da je riječ...kako je moguće da predmet ugovora o zakupu bude i zakup i ugovor o prodaji sa investicionim ulaganjem i ugovor o komunalnom opremanju Zone lokacije?

Predmet ugovora proizilazi iz prava i obaveza konkretno zaključenog ugovora i sastoji se u davanju, činjenju, nečinjenju ili uzdržavanju od nečega na što se inače ima pravo. To je obligaciono-pravna prestacija, ono o čemu je je ugovor.¹⁹ Ovdje ne može biti riječi ni o mješovitim ugovorima , jer je kod ovih „kombinovanje elemenata raznih vrsta ugovora u jedan ugovor dopušteno i moguće zbog kategorije neimenovanih ugovora...’’²⁰ Ugovor o kupoprodaji i Ugovor o zakupu su imenovani ugovori regulisani Zakonom o obligacionim odnosima. Drugo ovdje nije zaključen jedan ugovor, već više ugovora kroz predmet ugovora. Ni jedan pravni sistem ne sadrži ovakvu pravnu konstrukciju.

Od mješovitih ugovora potrebno je razlikovati spajanje dva ili više ugovora „koji svaki za sebe zadržava svoje pravne karakteristike te predstavljaju zasebne cjeline’’.²¹ Kako na ovome mjestu možemo govoriti o spajanju dva ili više ugovora, ako su oni svi povedeni pod jedan predmet ugovora?! Mi možemo na osnovu određenja predmeta primjetiti da se ovdje radi o tri zaključena ugovora, ali ne možemo govoriti o spajanju ta tri ugovora, jer ako su ti ugovori (što proizilazi iz gore citiranog), određeni kao jedan predmet drugog ugovora, to je onda jedna nepoznata i nelogična pravna konstrukcija. Ovdje se radi o neznanju i nepoznavanju određenja predmeta jednog ugovora, kao bitnog elementa pravnog posla.

4. Cijena kao bitan element predmetnog Ugovora

Prodavci predmetnog zemljišta (dvije opštine), nakon tenderske procedure prodaju zemljište po cijeni ispod one koju je procijenio nadležni državni organ. Prethodno ukazuje da je postupak prodaje u dijelu određenja cijene predmetne nepokretnosti sproveden suprotno čl. 43 Zakona o državnoj

¹⁸ Predmet gore navedenog ugovora;

¹⁹ U tom smislu, Perović, op.cit.str.311.

²⁰ Perović,op.cit.str.214.

²¹ Ibidem

imovini „Vrijednost nepokretnih stvari u svojini države procjenjuje organ uprave nadležan za poslove katastra”²²

Predlagač se pozvao na odredbu po kojoj „Vlada, opština i javna služba mogu odrediti i drugi ovlašćeni organ ili instituciju za procjenu vrijednosti nepokretnih stvari”²³ Citirana odredba imala bi osnova da je taj drugi ovlašćeni organ procijenio vrijednost nepokretnosti po većoj cijeni od one koju je odredio nadležni državni organ za poslove katastra.²⁴ Predlagač je smatrao da treba prihvatiti nižu cijenu, jer je u pitanju prodaja neurbanizovanog zemljišta. Zašto se predlagač opredijelio za prodaju neurbanizovanog zemljišta? Da li je takav korak legitiman i da li je u interesu države i u skladu sa principima vladavine prava?!

Analiza prethodnog i fraus legis u tumačenju pravne norme, ukazuje na sporno i pitanje određenja cijene koja je pored predmeta, bitan element Ugovora o kupoprodaji.

5. Pristup Zoni morskog dobra

Plaže i kupališta su prema Zakonu održavnoj imovini (države u kojoj je zaključen pravni posao), Dobra u opštoj upotrebi. Ta dobra dostupna su „*svima pod jednakim uslovima i njihova upotreba se vrši bez posebnih dozvola ili odobrenja nadležnih organa.*”²⁵

Kako se onda objašnjava odredba ugovora kojom se propisuje da kupalište na jednoj od najljepših plaža na c.p., ima status „*reprezentativnog kupališta*, uređenog hotelskog kupališta posebne namjene kojem je **pristup dozvoljen samo za određene kategorije gostiju, članove kluba u skladu sa pravilima definisanim od strane vlasnika ili operatora koji upravlja klubom hotelom i rizortom**”?!²⁶

Ova odredba ugovora ne samo da je suprotna Zakonu o državnoj imovini, već se njome ne određuje *ko, kako i pod kojim uslovima postaje član kluba?* I kako je moguće, normu Zakona derogirati odredbom ugovora i ograničiti pristup građanima koji nijesu članovi kluba, plaži i kupalištu? Da li se ovakvo rješenje u odredbi ugovora, može pravdati čl.90 Zakona o turizmu, kao

²² Vidi, čl.43 st.1 Zakona o državnoj imovini („Sl.list Crne Gore, br.21/09 od 20.03.2009, 40/11 od 08.08.2011).

²³ Čl.43 st.3 Zakona o državnoj imovini.

²⁴ Napomena: Iz sadržaja tenderske dokumentacije predmetnog ugovora možemo vidjeti da je nadležni državni organ dao procjenu zemljišta na 63e po metru kvadratnom, a druga relevantna institucija 50e po metru kvadratnom.

²⁵ Vidi čl.10 st.1 tač.10 Zakona o državnoj imovini.

²⁶ Čl. 1.1.67 predmetnog Ugovora.

što je bilo pokušaja? U navedenoj zakonskoj odredbi propisuje se kako se prema vrsti usluga koje pružaju, klasifikuju ugostiteljski objekti i koje usluge pružaju.²⁷

Pitanje pružanja usluga i kvalifikovanja tih objekata, (po grupama) je jedno, a određenje kupališta i pristup tim kupalištima je drugo.

6. Davanje u podzakup

Državna imovina data u zakup, ne može se dati u podzakup, bez prethodne saglasnosti zakupodavca. Odredbom ugovora precizirano je da „Pravo korišćenja od strane Zakupaca, podrazumjeva neograničeno i prenosivo pravo, nezavisno pravo korišćenja koje uključuje pravo, da **bez prethodno ili naknadnog odobrenja držaoca vlasničkog prava (Zakupodavca)**, Zakupac može eksploatisati, izgraditi, razvijati, vršiti parcelizaciju relevantne katastarske parcele, ustupati i/ili prenositi na treću stranu svoje pravo korišćenja, u skladu sa Ugovorom o dugoročnom zakupu dobra u državnoj imovini.” Nedopustivo je da se ovo pitanje reguliše suprotno normi zakona o državnoj imovini: „Stvari i druga dobra u državnoj imovini **ne mogu se dati u podzakup** bez saglasnosti zakupodavca.”²⁸

7. Pitanje eksteritorijalnosti

Eksteritorijalnost je pojam međunarodnog prava koji znači izuzimanje nekih osoba, ustanova ili teritorija iz jurisdikcije zemlje u kojoj se nalaze. Da li se može govoriti o zaštiti državnih interesa, ako je odredbom ugovora predviđeno da „Kupac ima pravo da uspostavi *režim kontrolisanog pristupa* u okviru Lokacije i zone koja je u državnoj imovini, a koji su namijenjeni za isključivu upotrebu od strane članova kluba ili gostiju turističkih objekata. ...usvajanje i sprovođenje internih propisa vezanih za prolazak saobraćaja u okviru Lokacije i zone u državnoj imovini će biti pod kontrolom i nadležnošću kupca, osim što će aktivnosti opštinskih i državnih organa vezano za saobraćajne nezgode, krivične radnje i javni red, zaštitu od požara...biti nadležnost relevantnog državnog ili opštinskog organa.”²⁹ A, što je sa nadležnošću *poreskih i sanitarnih organa*? Ako analiziramo citiranu odredbu ugovora, navedenim organima pristup i vršenje poslova iz svoje nadležnosti, nije dozvoljen.

²⁷ Vidi čl.90 Zakona o turizmu Crne Gore.

²⁸ Vidi čl.39 st.7 Zakona o državnoj imovini.

²⁹ Čl.8.1.3 iz sadržine navedenog ugovora.

Nadalje, „**sve izmjene i dopune zakona, pravila i propisa koje bi rezultirale umanjnjem ili ukidanjem prava kupcu, smatraće se materijalnim kršenjem ovog ugovora i kupac će imati pravo da raskine ugovor.**”³⁰ Da li navedeno znači da ukoliko Parlament jedene države u kojoj se realizuje investicija, izglasa izmjenu i dopunu zakona, npr. izmijeni se stopa plaćanja poreza, da za sve građane države važi obaveza plaćanja uvećanog poreza, a za kupca (stranog investitora), taj Zakon ne važi?! U ovom pravnom poslu, predviđeno je da propisi koje donesi investitor, derogiraju pravne propise jedne države. U navedenom smislu, takve odredbe ugovora suprotne su ustavnom poretku. Predlagač se u odnosu na kritički osvrt, pozvao na drugu odredbu istog ugovora po kojoj je „kupac je dužan da poštuju i postupa u skladu sa svim zakonskim obavezama...”. Međutim, pravna analiza ukazuje na činjenicu da ako u jednom pravnom poslu postoje dvije odredbe koje su suprotne jedna drugoj, onda se to u pravu zove *fraus legis*, izigravanje norme zakona, koja stvara prostor za zlupotrebe u tumačenju odredaba ugovora, koje se reflektuju samim tim i na mogućnost zlupotrebe zakona.

8. Clausula intabulandi kod Ugovora o zakupu

Zakup i koncesija za period duži od pet godina³¹, kao i pravo preče kupovine upisuju se u G list katastra nepokretnosti. Prethodno podrazumjeva i postojanje jasno izražene volje stranaka o tome, bez obzira da li je u pitanju uknjižba ili predbilježba. Međutim, *saglasnost ugovornika, nema značenje clause intabulandi.*³² „To znači da pravila o formi i sadržaju isprave u kojoj se daje clausula intabulandi, ne važe kod upisa obligacionih prava. Upis obligacionih prava nije materijalnoppravna pretpostavka za njihovo sticanje.”³³ To nadalje podrazumjeva, da saglasnost volja za upis dugoročnog zakupa, proizilazi iz same sadržine zaključenog ugovora o zakupu, u dijelu predmeta ugovora, gdje se ugovorne strane saglašavaju da kroz ponudu i prihvatanje ponude izraze pristanak za zaključenje pravnog posla.

„Zakup za period duži od pet godina se upisuje na zakupljenoj nepokretnosti u korist zakupca na osnovu isprave za upis...Pravo zakupa upisuje se kao pravo na nepokretnosti sa zabilježbom trajanja i osnova prava zakupa, odnosno kao teret na nepokretnosti.”³⁴

³⁰ Čl. 8.1.4. iz sadržine navedenog ugovora.

³¹ Napomena: Ovdje se radi o zakupu plaže na period od 90 godina.

³² U tom smislu, Zoran P. Rašović, *Zemljišno knjižno pravo*, Podgorica 2012. str. 750.

³³ Vidi, Rašović, str. 750, 751.

³⁴ Ibidem

Clausula intabulandi (na njemačkom *Einschreibende Klausel*) je izričita i stogo formalna izjava volje knjižnog prethodnika –lica čije se zemljišno-knjižno pravo ukida, ograničava ili opterećuje, da pristaje na uknjižbu ili predbilježbu. To je pristanak za upis koji je *condicione sine qua non stvarnih prava*, ali nema dejstva za obligaciona prava.

Odredbom predmetnog ugovora je predviđeno da dva državna organa daju svoju konačnu i neopozivu saglasnost za UKNJIŽBU (konačno sticanje ili gubitak zemljišno-knjižnih prava) zakupcu u G list nepokretnosti kao imaoca.³⁵ Na osnovu izloženog postavlja se pitanje, ako clausula intabulandi nema dejstva na obligaciona prava, već ta saglasnost proizilazi iz same sadržine ugovora, zašto se ona potencira kod zakupa na 90 godina i to kao saglasnost (konačna i neopoziva) i to kod uknjižbe, ako nam zakon pruža mogućnost registrovanja zakupa zabilježbom imovinskih odnosa, a u dijelu upisa tereta i ograničenja? I kako se može tumačiti zakup na 90 (devedeset) godina, osim kao sticanje prava svojine?!

9. Prividni pravni posao?

Prividan pravni posao je ustanova obligacionog prava. Po Zakonu o obligacionim odnosima prividan ugovor obuhvata dva ugovora: fiktivan i simulovan. Mi ćemo na ovom mjestu pažnju posvetiti odnosu zaključenog (predmetnog ugovora) i simulovanog pravnog posla.

Kod simulovanih pravnih poslova „učesnici pravnog posla dovode javnost u zabludu o stvarnosti (realnosti, istinitosti, o prirodi, o učesnicima, o korisniku ili modalitetima dejstva).”³⁶

Prof.dr Zoran Rašović ukazuje na fenomen, da su prividni ugovori kreirani namjerno. Nadalje, on smatra da „simulacija može imati različite aspekte, manje ili više ozbiljne. Ona je promjenljiva u svom intezitetu. Pobude (pokretač) koje simulator slijedi mogu biti veoma nejednake moralne vrijednosti: prevara trećeg lica, izmicanje poreskoj administraciji, želja da javnost ne sazna za privatne poslove...”³⁷

Bez namjere da ulazimo u „pokretače” pobuda ugovornih strana, postavljamo pitanje, zašto je predstavnik predlagača kao jedna ugovorna strana, pribjegao zaključenju pravnog posla čije su pojedine odredbe ugovora suprotne javnim propisima? Zašto se clausula intabulandi nalazi na mjestu gdje nema pravno dejstvo? U čemu se ogleda interes jedne države, da najljepši dio svoje

³⁵ Iz sadržine predmetnog ugovora.

³⁶ Zoran P. Rašović, Građansko pravo, podgorica 2006.str.277.

³⁷ Ibidem

obale da u zakup na period od 90 (devedeset) godina? I kako se tretira zakup na devedeset godina sa clausulom intabulandi na mjestu gdje nije nužna? Da li iz sadržine predmeta pravnog posla u kojem se pominje i ugovor o prodaji *neurbanizovanog zemljišta* i ugovor o zakupu i ugovor o komunalnom opremanju, ne proizilazi summa summarum mogućnost, da se ovim pravnim poslom, a u dijelu zakupa, simulira javnosti zakup, a u suštini se disimulira(prikriva) prodaja?! „Kod tzv.relativne simulacije, stranke prividno, prema javnosti, trećim licima, zaključuju jedan pravni posao, da bi tako prikrile drugi pravni posao (disimulovani), koji su stvarno u okviru prividnog posla zaključile.”³⁸

Simulovani pravni posao je apsolutno ništav, dok disimulovani proizvodi pravno dejstvo pod uslovom da ima sve pretpostavke za to. „ Disimulovani pravni posao, u stvari, odgovara pravoj volji stranaka.”³⁹

10. Zaključenje pravnog posla

Dobra u svojini države ili imovini opština mogu se ugovorom dati u zakup do 30 godina odlukom Vlade, odnosno nadležnog organa opštine i do 90 godina odlukom Skupštine, na predlog Vlade.⁴⁰ Ako je u konkretnom slučaju potrebna saglasnost i odluka Skupštine (jer je u pitanju zakup na 90 godina), da li se onda predstavnik predlagača, a u odnosu na kritički upućen osvrt, može pozivati na činjenicu da ugovor nije zaključen, jer Skupština nije donijela odluku kojom prihvata ovakav pravni posao?! Analizirajući ugovor, utvrdili smo da su ugovorne strane potpisale svojeručno svaku stranu ugovora. Ugovor ima i pečat ovlašćenih predlagača. Ono što je nedostajalo, da bi ugovor počeo da proizvodi pravno dejstvo, je odluka u Parlamentu. Da li se takav pravni posao može smatrati zaključenim, iako Parlament nije donio odluku? Ovo pitanje je od važnosti, jer se u odgovoru ogleda eventualna odgovornost pojedinaca (predstavnik vlasti), za eventualnu štetu koju bi građani i Država pretrjeli, da je jedan takav pravni posao počeo da proizvodi pravno dejstvo. Iz konstatovanog proizilazi i potreba sagledavanja načina na koji tumačimo ugovor. I naposljetku, da li oslobađa od odgovornosti predstavnika državnog organa, namjera koju je pokazao u pravnom poslu, i koja provejava kroz sadržinu istog, jer ugovor je zaključen, a samo zbog jedne zakonske obaveze koja se tiče odluke jednog državnog organa, nije počeo da proizvodi pravno dejstvo?!

³⁸ Montecchiari, La simulazione del contratto, Milano, 1999. Stolfi, Note minime sulla prova della simulazione relativa, in Giur. 1975, edizione I, str.999.

³⁹ Rašović, op.cit.str.278.

⁴⁰ Čl.39 Zakona o državnoj imovini.

10.1 Načini tumačenja ugovora

Ugovor se može tumačiti na različite načine. Pravna teorija poznaje subjektivno, objektivno i mješovito (subjektivno-objektivno) tumačenje.

Subjektivni način tumačenja daje prednost autonomiji volje u ugovornim odnosima. Ali treba imati u vidu, da ta autonomija ni u jednom pravnom sistemu nema apsolutni domašaj, jer je uslovljena i ograničena obavezom poštovanja ustanove javnog poretka. Građanski zakonic 19.vijeka davali su prednost subjektivnom načinu tumačenja odredaba ugovora, sa potrebom istraživanja volje stranaka u smislu otkrivanja zajedničke volje iz koje se spoznaje i namjera zaključenja jednog pravnog posla. U Francuskom građanskom zakoniku predviđeno je da se treba istražiti namjera ugovornika, prije nego da treba tumačiti značenje izraza i normi doslovce.⁴¹

Austrijski građanski zakonik u noveliranim odredbama paragrafa 914, usvaja dejstvo subjektivnog i objektivnog kriterijuma, koji podrazumjeva da se pri tumačenju ugovora ne treba držati doslovnog smisla izraza, već treba ispitati nameru stranaka i ugovor tako razumeti kako to shvataju poštenog prometa odgovara.⁴²

Moderniji građanski zakonic u svojim rješenjima, više preferiraju objektivni način tumačenja, doslovnog tumačenja odredaba ugovora.

U praksi naših sudova prihvaćen je objektivno-subjektivni kriterijum, ali većina primjera iz sudske prakse pokazuje prevagu objektivnog tumačenja ugovora.⁴³

10.2 Kada se smatra da je ugovor zaključen?

Veoma važno pitanje koje se nameće povodom konkretnog slučaja, a na koje smo ukazali u uvodnom dijelu ove tačke izlaganja je: da li ugovor postoji u pravnom smislu riječi, tj. da li je zaključen ako nije dobio „zeleno svjetlo” Parlamenta, ali su stranke potpisale svojeručno svaku stranu ugovora, a ugovor je ovjeren i pečatima?

Nema ugovora, ako nema saglasnosti volja. Običan razgovor ne obavezuje. Saglasnost volja nastaje sublimacijom dva elementa:

ponuda + prihvatanje ponude = saglasnost volja = zaključen ugovor

⁴¹ Vidi, čl.1156 Francuskog građanskog zakonika (Code Civile), kao i čl.1026 Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru „ Kad tumačiš ugovor, pazi na riječi, al' vazda s obzirom na volju i namjeru”.

⁴² Vidi, Perović, op.cit.str.369.

⁴³ Vidi, o tome i rješenjima sudske prakse, Perović, op.cit.str.370.

Od momenta kada nastane saglasnost volja, ugovor⁴⁴ postaje zakon za strane ugovornice i smatra se zaključenim. Saglasnost volja je samo jedan od uslova koji su neophodni za punovažnost, tj. da bi ugovor kao pravni posao proizvodio pravno dejstvo. U konkretnom slučaju, stranke su u pravnom poslu ispunile sve bitne elemente za zaključenje pravnog posla. Međutim, nekim od tih elemenata vrijeđa se javni interes. To znači da takav pravni posao iako ispunjava uslove potrebne za punovažnost, ne može proizvoditi pravno dejstvo, već podleže ništavosti. Imamo i situacija, kada je pored saglasnosti ugovornih strana, potrebna i odluka nadležnog organa da bi jedan tako zaključen ugovor počeo da proizvodi pravno dejstvo.

Kada analiziramo prethodno, možemo izvesti zaključak, da je u konkretnom slučaju pravni posao (ugovor) zaključen. Međutim, takav pravni posao iz prethodno navedenih razloga, ne proizvodi pravno dejstvo. Za nas u nekom drugom slučaju (kada su u pitanju privatni interesi ugovornih strana), ne bi ni bila od značaja činjenica da li je ugovor zaključen ili ne, a ne proizvodi pravno dejstvo... Ali obzirom da je u pitanju zaključen pravni posao iz koga bi, da je dobio podršku Parlamenta jedne države, proizašle štetne posljedice po državu i njene građane, onda nas interesuje namjera koja je rukovodila predstavnika vlasti da zaključi jedan takav pravni posao. Ovdje štetu trpi i investitor koji je izrazio želju i namjeru da valorizuje jedno područje i odabrao državu u koju želi da uloži svoje investicije. Na taj način pokazana je neozbiljnost države prema stranom investitoru, što nije dobro ako se želi ići naprijed sa razvojem države koji treba da donese dobrobit građanima. Na ova pitanja, nadovezuju se i pitanja odgovornosti nadležnih za stavljanje potpisa na jedan pravni posao (ugovor), čije su odredbe suprotne zakonima jedne države, a čitav pravni posao temelji se na raspolaganju i upravljanju onim što je državna imovina.

Navedene dileme podstakle su ranije, mnoga filozofska pitanja i samog Jeringa da temeljno izučiti teoriju odgovornosti za štetu u slučajevima kada ugovor samo prividno postoji, ali je uistinu ništav.⁴⁵

Polazište njegove studije kao i novi pojmovi u njegovoj teoriji, koji su docnije izvršila veliki uticaj na pravnu teoriju su: culpa in contrahendo i negativni ugovorni interes.⁴⁶

„Culpa in contrahendo je osnovni pojam na kome Jering gradi svoje teorijsko shvatanje o odgovornosti za prouzrokovanu štetu u slučaju kada je ugovor poništen. Međutim, lice koje pristupa zaključenju ugovora ima obavezu

⁴⁴ Napomena: Misli se na ugovor koji je punovažan, a punovažan je ako su ispunjeni sledeći uslovi: sposobnost ugovaranja, saglasnost volja, forma, predmet i causa.

⁴⁵ Vidi, Orlić Miodrag, Zaključenje ugovora, Beograd, 1993.str.38.

⁴⁶ U tom smislu, op.cit.str.38.

da tom prilikom ispolji potrebnu pažnju (*diligentia*). Pravila o odgovornosti za nepažnju treba da pruže zaštitu ne samo postojećim ugovorima, nego i onima koji se nalaze u nastajanju, jer samo u tom slučaju ugovorni odnosi neće biti ozbiljnije ugroženi.

Culpa znači nepažnja i predstavlja blaži stepen krivice, nego *dolus* koji označava zlu nameru.⁴⁷

U konkretnom slučaju, predstavnik vlasti koji (ne) zastupa državne interese, ne samo što je morao i imao obavezu da pokaže ne samo potrebnu pažnju, već kada pregovora sa investitorom oko valorizacije državnih dobara, morao je postupati i *bona fides* sa pažnjom dobrog domaćina. Jering nije računao da će doći vrijeme tranzicije, i da će biti onih koji će privatne interese staviti ispred državnih i interesa naroda. S toga smatramo da se u konkretnom slučaju ne može govoriti o culpa in contrahendo, a da li se može govoriti o dolus in contrahendo, neka ocijene nadležni državni organi. Odgovor na ovo pitanje podrazumjeva da nadležni državni organi treba da sagledaju odnos između subjektivne teorije tumačenja ugovora i dva momenta: Prvi je onaj koji je prethodio zaključenju ugovora i drugi, faza kada već imamo zaključen ugovor.

Prvi momenat treba dovesti u vezi sa motivima i pobudama koji su rukovodile ugovorne strane, a prethodili su zaključenju ugovora. To je ona namjera koja je uvela buduće strane ugovornice u razgovore i pregovore.

Drugi momenat je kad su ugovorne strane zaključile ugovor, postigle saglasnost, što znači da je na ponudu odgovoreno prihvatom ponude. Saglasnost volja je rezultat koji motive i pobude sublimira sad već u *interes* ugovornih strana. Kada motivi i pobude daju rezultat, onda je taj rezultat ustvari interes koji se želio postići zaključenjem pravnog posla. Samo se na ovom mjestu postavlja pitanje: Da li je u pitanju državni i interes naroda ili interes pojedinca koji simulira zaštitu javnog interesa?

Interes posebno dolazi do izražaja kada zaključen ugovor počne da proizvodi pravne posljedice pozitivne ili negativne. U našem slučaju, da je odluka Parlamenta bila pozitivna, ugovor bi proizveo negativne pravne posljedice, tj. štetu po državne i interese građana, ali i po stranog investitora koji je „uveden” u jedan takav pravni posao. Jering to naziva „negativni ugovorni interes”, koji se sastoji u šteti koju ugovornik trpi zbog toga što je ugovor poništen. Po Jeringu, šire tumačenje negativnog ugovornog interesa podrazumjeva i sledeće: „a) štetu zbog zaključenja ugovora; b) običnu štetu i izmaklu dobit; c) prostiranje do iznosa pozitivnog interesa”.⁴⁸

U konkretnom slučaju ugovor je zaključen, ne proizvodi pravno dejstvo, jer je izostala pozitivna odluka nadležnog organa, da bi ugovor mogao da proizvede pravno dejstvo. Ovdje treba naglasiti, da se saglasnost Parlamenta tražila samo zbog dužine trajanja „zakupa”. U odnosu na ostale nezakonite

⁴⁷ Orlić, op.cit.str.39.

⁴⁸ Orlić, op.cit.str.43.

odredbe, saglasnost je dao predstavnik nadležnog državnog organa. To znači, da je Parlament dao saglasnost, ugovor bi proizveo pravno dejstvo, do momenta dok se ne bi postavilo pitanje postupka za poništenje. U svakom od ovih slučajeva, a u širem smislu, prožima se suština koju je Jering želio objasniti kroz teoriju „negativnog ugovornog interesa”.

Da bi smo govorili o drugoj fazi (zaključenje ugovora) i eventualnim pravnim posljedicama koje bi proizašle da je ugovor počeo da proizvodi pravno dejstvo (poništenje i šteta), kao i da bi se postavilo pitanje odgovornosti nadležnih za navedene posljedice, potrebno je pravno detaljno sagledati i analizirati prvu fazu koja prethodi zaključenju ugovora i dovesti je u vezu sa subjektivnim načinom tumačenja pravnog posla.

Polazna osnova subjektivnog načina tumačenja svodi se na istraživanje volje stranaka.

Sagledavanjem motiva i pobude, spoznaje se i namjera koja je rukovodila stranke da pristupe razgovorima i pregovorima koji bi vodili zaključenju jednog pravnog posla. Ta namjera je posljedica unutrašnje volje, želje koja pokreće subjekta da uđe u jedan proces, kako bi ostvario svoj cilj. Zašto je bitna ta veza između subjektivne teorije tumačenja ugovora i faze koja prethodi zaključenju pravnog posla? Upravo zato što ozbiljnom pravnom analizom tog momenta, dolazimo do onoga što treba da bude konačan ishod svih radnji oko realizacije jednog pravnog posla. Svi koji ulazimo u pravne odnose treba da se rukovodimo onom rimskom „Ius est boni et aequi”. Ta vještina dobrog i pravičnog za rezultat ima i mora da ima vladavinu prava.

Motivi i pobude podstaknuti namjerom, zaključenjem pravnog posla dobijaju karakter „interesa” koji se želio postići, zadovoljiti i koji implicira pravne posljedice ispunjenjem prava i obaveza ugovornih strana. Ako taj konačan ishod ima za posledicu negativan ugovorni interes, i ako je još uz tu činjenicu, on proizašao voljom predstavnika jednog državnog organa, onda se nalazimo na strani suprotnoj vladavini prava, a to je nepravda koja proizilazi iz nejednakog položaja. Oni koji su nosioci vlasti imaju nadređen položaj, ali ako ga zloupotrebljavaju u svoju korist, onda ulazimo u bezakonje, a bezakonje stvara prostor za korupciju koja se reflektuje na različite načine, ali svaki od njih podriva temelje pravne države, ulazi u pore institucija i opstruira rad tih institucija, čitav sistem i dovodi do haosa u koji donosi ekstraprofit pojedincima, a na društvenom planu siromaštvo.

Šematski to bi izgledalo ovako:

| | | |
|-----------------------------------|---|---------------------------------|
| <u>Motiv+pobude(namjere)</u> | = | <u>interes</u> |
| <i>I faza-nema ugovora</i> | | II faza-zaključen ugovor |
| <i>Pozitivan ugovorni interes</i> | = | vladavina prava = pravna država |

(dobrobit građana)

Negativan ugovorni interes = nepravda = bezakonje = korupcija (siromaštvo).

Zaključak

Dispozitivne norme Zakona o obligacionim odnosima, predstavljaju pravni osnov za ostvarivanje načela slobode ugovaranja (autonomije volje). Zakon normira da učesnici u pravnom prometu slobodno uređuju obligacione odnose, ali i postavlja granice odredbom po kojoj učesnici u prometu ne mogu uređivati svoje odnose suprotno ustavom utvrđenim načelima javnog poretka. Ovako nomirana odredba uslovljava učesnike da moraju poštovati i i svoje odnose uređivati u skladu sa zakonima države.

Ako imamo jedan obligaciono-pravni odnos koji se ostvuje kroz prava i obaveze ugovornih strana od kojih je jedna predstavnik vlasti, a druga strani investitor, podrazumjeva se da su oni prvi pozvani da poštuju javni poredak jedne države. Kako tumačiti pravnu situaciju u kojoj je zaključen ugovor suprotan zakonima jedne države, a da se pri tom strana koja predstavlja vlast poziva na načelo autonomije volje?

Ugovori zaključeni suprotno zakonima jedne države su nezakoniti ugovori (nezakoniti pravni poslovi). Ovi pravni poslovi spadaju u red apsolutno ništavih pravnih poslova i oni ne mogu proizvoditi pravno dejstvo. U odnosu na ove pravne poslove važi ona Bogišićeva, „što se grbo rodi, vrijeme ne ispravi”. U pravnom smislu, ovi pravni poslovi ne mogu se naknadno osnažiti (konvalidirati), osim u dva slučaja koja se ne mogu primijeniti na predmetni pravni posao. Ne samo zbog činjenice, što su nezakoniti, već i zbog pravnog pravila da odredbe ugovora ne mogu derogirati norme Ustava i zakona jedne države.

Ako se neko sa pozicija predstavnika vlasti, u odnosu na konstatovano poziva na načelo slobode ugovaranja, a znamo da u odnosu na autonomiju volje, pozitivno pravni propis jasno određuje granice te slobode, onda se na ovom mjestu može govoriti o zloupotebi onih koji vrše vlast, a na štetu državnih i interesa građana. Država i donosi zakone, da bi štitila građane od samovolje pojedinaca.

Ukoliko se u konkretnom slučaju kojim smo se bavili želi realizovati investicija, koja će koristiti i državi i građanima, onda bi trebalo, a u slučaju da odluka suda bude negativna (po pravni posao, ništavost pravnog posla), zaključiti novi čije će odredbe biti u saglasnosti sa zakonima države. U odnosu na ovako zaključen pravni posao ne može se djelovati aneksom ugovora.

Summa summarum, više smo skloni da se u dijelu tumačenja ugovora koji zaključuju predstavnici vlasti, priklonimo subjektivnom tumačenju. Vjerujemo da će izlazak iz tranzicije stvoriti prostor za vraćanje povjerenja u institucije koje će voditi brigu o interesima države i građana.

MEĐUNARODNI STANDARDI O SLOBODI KRETANJA RADNIKA

УДК: 342.726-057(4-672EY

Original research paper

Uvod

Sloboda kretanja radnika jedna je od osnovnih sloboda na kojima počiva Evropska unija (pored slobode kretanja kapitala, slobode prometa roba i slobode pružanja usluga). To potvrđuje činjenica da su odredbe koje se odnose na slobodu kretanja radnika sadržane kako u osnivačkim ugovorima – koji su najznačajniji izvori komunitarnog radnog prava, tako i u tzv. sekundarnom zakonodavstvu Evropske unije (pravila i direktive). Mobilnost radnika je od izuzetne važnosti za funkcionisanje Evropske unije. Ovo iz razloga što od mobilnosti radne snage imaju koristi kako radnici koje odlaze na rad u drugu državu članicu, tako i same države članice. Države prijema na ovaj način obezbjeđuju popunjenost radnih mjesta, a samim tim i kontinuiranu proizvodnju i pružanje usluga. Sa druge strane, matične države imaju koristi zbog toga što se na ovaj način smanjuje stopa nezaposlenosti i rasterećuju socijalni fondovi, iz kojih su finansiraju razne vrste pomoći za nezaposlena lica.

Prema istraživanjima koja su vršena u 2012. godini, više od 14 miliona građana Evropske unije borave u drugoj državi članici, najčešće iz poslovnih razloga. To potvrđuju i podaci da je više od tri četvrtine (78 %) svih građana Unije koji su 2012. boravili u drugoj državi članici EU pripadalo je radno sposobnoj populaciji (15 – 64 godine), dok je taj postotak među domaćim stanovništvom iznosio oko 66 %. Stopa zaposlenosti među mobilnim građanima EU(67,7 %) bila je viša nego među domaćim stanovništvom (64,6 %)².

Veliki značaj u promovisanju slobode kretanja radnika unutar EU ima Mreža **EURES-a** (Evropska mreža javnih službi za zapošljavanje). EURES je mreža javnih zavoda za zapošljavanje u partnerstvu s Evropskom komisijom (zemlje evropskog ekonomskog prostora plus Švajcarska). EURES mreža pokrenuta je 1993. godine i instrument je poboljšanja mobilnosti odnosno prostorne i profesionalne pokretljivosti radne snage na evropskom tržištu rada.

¹ Saradnik Pravnog fakulteta, Podgorica, Crne Gore

² Vidjeti: www.ec.europa.eu

EURES doprinosi većoj mobilnosti radnika kroz pružanje informacija, savjetovanja i usluga posredovanja (job-matching) - kako za poslodavce tako i lica koja traže zaposlenje, tako i ta sve građane koji smatraju da im može doprinijeti princip slobodnog kretanja ljudi.

Pored ukazivanja na pojam i bitne elemente slobode kretanja radnika, u radu su analizirana i rješenja koja se odnose na uslove za ostvarivanje prava na rad u drugoj državi prema standardima Evropske unije. Osi toga ukazano je na razvoja slobode kretanja radnika, kao i najvažnija dokumenta koja se odnose na ovo pitanje. Jedna od tema koja je obrađena u radu jeste i ograničenja koja se odnose kako na slobodu ulaska i boravka u zemlju prijema, tako i na pristupanje određenim poslovima kretanja radnika, koje postoje u okviru Evropske unije za državljane koji dolaze iz država koje nijesu članice Evropske unije, kao i za državljane iz novoprimjenjenih država u članstvo ove regionalne organizacije.

***Ključne riječi:** sloboda kretanja radnika, migranti, zapošljavanje, zaštita prava radnika, socijalna sigurnost*

1. Pojam slobode kretanja radnika

Slobodu kretanja radnika u pravu Evropske unije bismo mogli definisati kao pravo državljana Evropske unije da prelaze, borave i zapošljavaju se na teritoriji drugih država-članica, bez diskriminacije po osnovu državljanstva i bez uobičajenih formalnosti koje su predviđene za radnike koji dolaze iz "trećih zemalja", odnosno iz država koje nijesu članice Evropske unije.

Sloboda kretanja radnika u Evropskoj uniji podrazumijeva više elemenata, i to:

- Pravo na rad bez radne dozvole (osim za radnike iz novih država članica koje su obuhvaćene tranzicionim periodom). U vezi sa ovim pravom treba napomenuti da države članice nacionalnim propisima ne mogu predviđati nikakav sistem kvota u pogledu zapošljavanja domaćih državljana.

- Jednakost postupanja u zapošljavanju, odnosno postupanje kao sa državljanima članice u kojoj se rad obavlja. To podrazumijeva zabranu diskriminacije po osnovu državljanstva ili boravka u pogledu ostvarivanja i zaštite prava iz radnog odnosa, a posebno prava na zaradu, sindikalno organizovanje, zaštitu od otkaza i sl. Tako, pravilo 1612/68 predviđa da su ništave odredbe kolektivnog ugovora ili ugovora o radu kojima bi se predviđalo nejednak tretman radnika koji su državljani druge države članice EU.

- Pravo na jednake socijalne pogodnosti kakve imaju i državljani članice u kojoj se radnik zapošljava. Ovdje se misli na jednakost postupanja

prilikom ostvarivanja prava po osnovu rada, odnosno u pogledu određenih fiskalnih prava. Treba napomenuti da se u pogledu ostvarivanja prava na socijalnu pomoć prave određeni izuzeci od pravila jednakog postupanja, iz razloga što se ovo pravo može odnositi samo na domaće državljane.

- Pravo članova porodice da se pridruže radniku i da primaju porodične naknade. Sloboda kretanja članova porodice se odnosi na supružnike, djecu mlađu od 21 godinu ili na djecu koju radnik izdržava, kao i na djecu supružnika. Osim toga, sloboda kretanja se odnosi i na radnikove roditelje, ukoliko ih izdržava, kao i na roditelje supružnika koje radnik izdržava. Treba napomenuti da ove kategorije lica ostvaruju pravo na dobijanje boravišne isprave u istom trajanju kao i radnik (ukoliko dostavi dokaze da će im omogućiti uslove stanovanja koji su ekvivalentni uslovima stanovanja radnika koji su domaći državljani), s tim što pravo na boravišnu ispravu zadržavaju i nakon njegove smrti.

- Potpuna koordinacija sistema socijalne sigurnosti (prava iz penzijsko-invalidskog osiguranja i doprinosi za socijalno osiguranje);

- Međusobno priznavanje kvalifikacija. Iako je pitanje uređivanja profesija u nadležnosti država članica, ovaj elemenat slobode kretanja radnika je od posebnog značaja, iz razloga što bi pristup tržištu rada unutar EU bio bitno ograničen, bez priznavanja kvalifikacija koje su stečene u nekoj drugoj državi članici. Treba napomenuti da je donijet veliki broj direktiva koje se tiču uzajamnog priznavanja diploma- kako onih koje se odnose na priznavanje diploma u određenim sektorima, tako i onih koje se ovim pitanjima bave na opšti način, koje su 2001. godine modifikovane donošenjem direktive 2001/19.

Sticanje slobode kretanja radnika podrazumijeva ispunjenost dva uslova, i to:

- 1) Posjedovanje državljanstva neke od država članica EU, obzirom da se sloboda kretanja radnika odnosi samo na državljane zemalja koje su članice EU. Pri tome, ne postoji regulative na nivou EU koja propisuje uslove za sticanje državljanstva, već je ovo pitanje u isključivoj nadležnosti država članica. Treba napomenuti da od ovog pravila postoje izuzeci, koji se odnose na radnike koji su državljani trećih zemalja, tj. onih koje su van EU. Sloboda kretanja za ove kategorije radnika može se predvidjeti posebnim sporazumom između države i EU. Primjer za to je Švajcarska čiji državljani uživaju slobodu života i rada unutar EU, kao i državljani EU u Švicarskoj, u skladu sa sporazumom Švajcarske i EU³.

³ Radnici iz nekih od država EU-a (Bugarske i Rumunjske) mogu imati privremena ograničenja za rad u Švajcarskoj.

Izuzetak od pravila da je državljanstvo članice EU uslov za sticanje slobode kretanja predstavljaju Island, Lihendštajn i Norveška. Naime, iako ove države nijesu članice EU-a, njihovi građani mogu raditi unutar EU jednako kao i državljani EU, obzirom da pripadaju Europskom ekonomskom području⁴.

2) Da radnik obavlja profesionalnu aktivnost, tj. da se ne radi o turistima, sportskim amaterima ili studentima. Profesionalna aktivnost odnosi se na rad koji ispunjava sljedeće elemente:

- Da se izvršava za drugoga, tj. za poslodavca
- Da je subordiniran poslodavcu, odnosno da rad obavlja pod njegovim nadzorom
- Da za obavljene rad dobija određenu zaradu.

Treba napomenuti da se pod pojmom: "komunitarni radnik" podrazumijeva i radnik koji je angažovan sa nepunim radnim vremenom, radnik koji je angažovan na određeno vrijeme, tj. na privremenim poslovima, kao i radnik koji je angažovan na sezonskim poslovima ili se nalazi na profesionalnoj obuci. Pri tome, na osnovu prakse Suda evropskih zajednica proizilazi da se pod pojmom: "komunitarni radnik" ne podrazumijevaju lica sa invaliditetom koja se nalaze na profesionalnoj rehabilitaciji, odnosno koja su angažovana u zaštitnim radionicama, iz razloga što se u ovim slučajevima akcenat stavlja na njihovo profesionalno osposobljavanje i socijalnu integraciju.

Slobodu kretanja radnika možemo tretirati u užem i u širem smislu.

Sloboda kretanja radnika u užem smislu podrazumijeva tri osnovna prava, i to:

1) Pravo napuštanja države porijekla i ulazak u drugu državu (država prijema). Ovo pravo podrazumijeva postojanje bezvизnog režima, odnosno ulazak na teritoriju druge države članice samo na osnovu lične karte ili pasoša. Ovo pravo dalje podrazumijeva da državljani država članica ne mogu, prilikom ulaska u državu prijema, biti izloženi uobičajenim kontrolama, koje su predviđene za državljane trećih zemalja. Osim toga, država prijema je dužna da im izda nova ili produži važenje postojećih dokumenata ukoliko njihovo važenje istekne u periodu boravka na njenoj teritoriji;

2) Pravo boravka u državi prijema povodom obavljanja profesionalnih aktivnosti. Ovo pravo podrazumijeva dva segmenta: boravak u cilju traženja zaposlenja na teritoriji druge države i boravak radi obavljanja profesionalne aktivnosti kod poslodavca na teritoriji druge države. Kada je u

⁴ Radnici iz nekih od država EU mogu imati privremena ograničenja za rad u Islandu, Lihtenštajnu ili Norveškoj. Trenutno su to: Bugarska i Rumunija.

pitanju traženje zaposlenja, ovo pravo podrazumijeva odsustvo bilo kakvog sistema kvota koji bi se uvodio nacionalnim propisima u korist domaćih državljana. Pod ovim se podrazumijeva boravak u zemlji prijema do tri mjeseca. Sa druge strane, shodno praksi Suda pravde evropskih zajednica, poznavanje jezika države prijema može se tražiti kao uslov za rad, ako priroda poslova to zahtijeva⁵. Ipak, treba napomenuti da se boravak radi traženja zaposlenja shodno praksi Suda pravde evropskih zajednica ograničava na period od šest mjeseci, osim ako zainteresovano lice pruži dokaze da će naći zaposlenje u državi prijema. Sa druge strane, radnik koji je zaključio ugovor o radu ili drugu vrstu ugovora o radnom angažovanju ima pravo na izdavanje boravišne isprave u zemlji prijema. Iako ova isprava ima deklarativan karakter, jer državljanin unutar zemalja EU pravo boravka stiču na osnovu osnivačkih ugovora, ona se izdaje sa periodom trajanja do pet godina, koja se nakon toga automatski produžava, ukoliko je radnik i dalje radno angažovan. Boravišna isprava se može uskratiti radniku koji je sam otkazao radni odnos, tj. u slučaju dobrovoljne nezaposlenosti. Treba napomenuti i to da izdavanje boravišne isprave nije obavezno za radnike na privremenom radu, odnosno one koji izvršavaju rad najduže tri mjeseca u toku godine, kao i za sezonske i pogranične radnike⁶. Osim toga, lica koja u državi prijema traže zaposlenje mogu prenijeti naknade za nezaposlenost iz svoje matične države članice najmanje tri mjeseca dok traže posao u drugoj državi članici, ako su se prvobitno registrovali kao nezaposleni u matičnoj državi članici.

3) Pravo da se ostane u državi prijema i nakon prestanka zaposlenja. Ovo pravo se uslovljava minimalnim periodom trajanja zaposlenja, osim za lica kod kojih je došlo do potpunog gubitka radne sposobnosti ili se radi o licima koja su navršila godine života koje su predviđene kao uslov za ostvarivanja prava na starosnu penziju.

Sloboda kretanja radnika u širem smislu odnosi se na jednakost prilikom ostvarivanja prava iz radnog odnosa i po osnovu rada. Pod ostvarivanjem prava iz rada se podrazumijeva zabrana diskriminacije - kako prilikom ostvarivanja individualnih prava iz radnog odnosa (kao što su: pravo na zaradu, pravo na odmore, pravo zaštite na radu i dr.), tako i kolektivnih prava iz radnog odnosa (pravo na sindikalno organizovanje, kolektivno pregovaranje i sa njima povezana prava). Pod pravima po osnovu rada podrazumijevaju se: pravo starosnu i invalidsku penziju, pravo na porodičnu penziju, naknade za

⁵ Opširnije vidjeti: Branko Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica, 2004. godine, str. 192 i sl.

⁶ Pogranični radnici su oni radnici koji boravi u jednoj, a radi u drugoj državi članici.

invalidnost, naknade za slučaj bolesti, pomoć povodom rođenja djeteta, naknade za slučaj nezaposlenosti i pravo na zdravstvenu zaštitu.

Ono što je karakteristično za koncept slobode kretanja lica u pravu EU je da se postepeno širio od prvobitnog prava unutrašnjeg tržišta do ličnog i osnovnog prava građana Unije. Tako se ovo pravo pored radnika, odnosi i na lica koja nijesu u radnom odnosu - kao što su studenti i penzioneri.

Kada su u pitanju penzioneri, sloboda kretanja tretira dvije kategorije ovih lica: penzioneri koji su pravo na penziju ostvarili u državi prijema (o kojima je bilo riječi) i penzioneri koji nijesu radili u državi prijema. Za ovu drugu kategoriju penzionera Direktiva br. 90/365 za ostvarivanje prava na slobodu kretanja predviđa ispunjenje određenih uslova, i to: da je obavljao profesionalnu aktivnost na teritoriji EU; da je ostvario pravo na penziju (bilo starosnu ili invalidsku); da ima dovoljno sredstava za izdržavanje i da posjeduje zdravstveno osiguranje u zemlji porijekla kojim su pokriveni svi zdravstveni rizici zemlje prijema.

Sloboda kretanja studenata uređena je Direktivom br. 93/96, koja pored toga što se ne odnosi na studente koje pravo na slobodu kretanja ostvaruju po nekom drugom osnovu, predviđa ispunjenje određenih uslova za student, i to: da je upisao studije u odgovarajućoj obrazovnoj ustanovi, da ima dovoljno sredstava za izdržavanje i da je ima odgovarajuće zdravstveno osiguranje u državi porijekla (ovdje se misli da u osiguranjem pokriveni isti zdravstveni rizici kao i u državi prijema).

2. Razvoj slobode kretanja radnika

Možemo reći da se sloboda kretanja radnika u okviru današnje Evropske unije kretala u više faza, kroz koje se postepeno širila od prvobitnog prava unutrašnjeg tržišta do ličnog i osnovnog prava građana Unije.

Prva faza je obuhvatala period do sredine 80-tih godina i za nju je karakteristično da se sloboda kretanja radnika tretirala u okviru osnovnog cilja na kome je počivala ideja o evropskim integracijama: zajedničko tržište. U tom smislu, postojali su ekonomski interesi za ukidanje prepreka kretanja ljudi kao faktora proizvodnog procesa, pa je i sloboda kretanja radnika bila sadržana u Ugovoru o osnivanju evropske ekonomske zajednice za uglj i čelik (član 69) i u Ugovoru o osnivanju evropske zajednice za atomsku energiju (član 96). Iako se ova dva ugovora odnose samo na zaposlene u oblasti privrede kojima se bave, njihov značaj je u tome što potvrđuju slobodu kretanja radnika kao jedno od osnovnih načela međudržavne integracije.

U drugoj fazi dolazi do postepenog razvoja slobode kretanja radnika. Tako se ovo pravo predviđa u Ugovoru o osnivanju Evropske ekonomske zajednice, koji pored toga što u članu 12 predviđa zabranu diskriminacije po osnovu državljanstva, ustanovljava unutrašnje tržište kao prostor bez unutrašnjih granica, na kome su obezbijedeni slobodno kretanje lica i promet robe, usluga i kapitala. Ugovor o EZ predviđa pravo građanstva, koje podrazumijeva pravo svih građana Unije na slobodno kretanje i boravak na teritoriji država članica. Važno je napomenuti da ovaj ugovor predviđa isključivu nadležnost komunitarnih organa po pitanjima slobodnog kretanja lica, odnosno radnika, što je izuzetak od pravila da se ostvarivanju ciljeva socijalne politike, shodno načelu supsidijarnosti, pretposlavlja nadležnost država članica. Osim toga, Ugovor o Evropskoj zajednici predviđa i osnivanje Evropskog socijalnog fonda, u cilju lakšeg zapošljavanja radnika unutar Zajednice i stvaranje uslova za njihovu veću pokretljivost, kako geografsku - tako i profesionalnu.

Poseban značaj za dalje unapređenje slobode kretanja radnika ima Ugovor o Evropskoj uniji (koji je stupio na snagu 1993. godine) koji uspostavlja koncept: "Građanstva Unije", koji ima dva elementa: političko građanstvo i socijalno građanstvo. Drugim riječima, ovim propisima se pokrivaju dvije osnovne oblasti koje se odnose na slobodu kretanja, i to: pravo na ulazak i boravak i pravo na radno angažovanje i sa njime povezana prava. Ovom slobodom bavi se i Mastrihtski ugovor, koji predviđa slobodno kretanje svakom građaninu Unije, pod uslovima i ograničenjima koji su precizirani osnivačkim ugovorima. Za ovo pitanje značaj ima i Ugovor iz Amsterdama, kojim je predviđeno da pitanja viza, imigracija i policijske i pravosudne saradnje u kontroli spoljnih granica Unije spada u krug zajedničkih nadležnosti komunitarnih organa.

Treća faza odnosi se na razvoj sekundarnog zakonodavstva. Do sada je u ovoj oblasti donijeto tridesetak dokumenata, a poseban značaj imaju:

- Regulatoriva 1612/68 - koja operacionalizuje ugovorni princip zabrane svake diskriminacije između radnika država članica po osnovu državljanstva, a u pogledu zapošljavanja, nagrađivanja i ostalih uslova;
- Direktiva 68/360 - propisuje režim korišćenja prava na ulazak i boravak radnika na teritoriju prihvatne države;
- Direktive br. 89/48, 92/51, 94/38, 97/38 i 2000/5 - koje se odnose na priznavanje stručnog obrazovanja i diploma;
- Direktiva br. 64/221, koja propisuje sadržaj i procedure ograničenja slobode kretanja;

- Direktiva br. 73/148 - o ukidanju ograničenja kretanja i boravka unutar Zajednice za državljane država članica na području poslovnog nastanjenja i pružanja usluga;
- Direktiva br. 93/96, koja se odnosi na slobodu kretanja studenata;
- Regulativa br. 1251/70 - reguliše uslove i administrativne formalnosti vezane za produženje boravka radnika u prihvatnoj državi članici i nakon prestanka zaposlenja u njoj;
- Regulativa br. 1408/71 – koja reguliše primjenu sistema socijalne sigurnosti za radnike migrante;
- Direktiva 2004/38 - o pravu građana Unije i članova njihovih porodica na slobodno kretanje i boravište na području države članice, kojom se izmjenjuje Uredba (EEZ) br. 1612/68 i stavljaju izvan snage direktive 64/221/EEZ, 68/360/EEZ, 72/194/EEZ, 73/148/EEZ, 75/34/EEZ, 75/35/EEZ, 90/364/EEZ, 90/365/EEZ i 93/96/EEZ.

3. Ograničenje slobode kretanja radnika

Iako je sloboda kretanja radnika jedna od temeljnih sloboda na kojima počiva EU, još su u ugovoru o osnivanju Evropske zajednice predviđena ograničenja koja se na nju odnose. Ta ograničenja se mogu odnositi kako na slobodu ulaska i boravka u zemlju prijema, tako i na pristupanje određenim poslovima. Kada je u pitanju ograničenje ulaska i boravka, ono može podrazumijevati dva aspekta:

- 1) Odbijanje izdavanja ili obnavljanja boravišne isprave
- 2) Udaljavanje sa teritorije države prijema (za lica koja već imaju boravišnu ispravu).

Svakako, ova ograničenja moraju biti opravdana nekim javnim interesom na nacionalnom nivou. Tako se u pogledu ograničenja slobode ulaska i boravka u zemlju prijema kao razlozi za to navode zaštita javnog poretka, javne bezbjednosti i javnog zdravlja. Pri tome, ograničenje slobode ulaska i boravka mora se odnositi na konkretno lice i biti povezana sa njegovim ranijim ponašanjem – kada je u pitanju zaštita javnog poretka i javne bezbjednosti, odnosno ukoliko se radi o licima koja boluju od zaraznih bolesti koja se nalazi na utvrđenoj listi bolesti, a ne nikako na određene kategorije lica u smislu "generalne prevencije" opasnosti po javni interes na nacionalnom nivou.

Ograničenje u pogledu pristupa određenim radnim mjestima može se odnositi na zapošljavanje u javnoj upravi. Ovo ograničenje predviđeno je još Ugovorom o Evropskoj zajednici i do sredine 80-tih godina obuhvatalo je širok dijapazon poslova u javnoj upravi koji su bili rezervisani za radnike državljanke.

Međutim, u novije vrijeme se ovo ograničenje zapošljavanja usko tumači. To potvrđuje i praksa Suda pravde evropskih zajednica, koji ovo ograničenje vezuje samo za poslove na kojima se: "direktno ili indirektno učestvuje u vršenju javne vlasti i na funkcije koje imaju za cilj očuvanje opštih interesa države i drugih javnih kolektiviteta". Ovako definisani poslovi za koje postoje ograničenja zapošljavanja lica koja nijesu državljani, shodno praksi Suda evropskih zajednica ne obuhvata poslove u oblasti javnog zdravstva; obrazovanja; distribucije vode, gasa i električne energije; pomorskog i avio prevoza; javnog saobraćaja; telekomunikacija i istraživačke djelatnosti⁷.

Osim navedenih ograničenja, privremena ograničenja zapošljavanja mogu se predvidjeti za radnike koji dolaze iz novih država – članica. Ovo ograničenje može trajati najduže sedam godina i ima za cilj očuvanje ravnoteže, kako na evropskom tržištu rada, tako i na tržištu rada države članice⁸.

Zaključak

Međunarodno migraciono još uvijek ne postoji kao posebna oblast prava. Sastavljeno je od pravila uspostavljenih u različitim podsistemima međunarodnog javnog prava. To su međunarodno pravo ljudskih prava, međunarodno humanitarno pravo, međunarodno krivično pravo. Različiti instrumenti se primjenjuju, zavisno od vrste migracija i migratorne grupe na koju se odnosi, među njima i radnike migrante.

Prvi posebni međunarodni instrumenti usmjereni ka iznalaženju rešenja za probleme koje u praksi imaju radnici migranti sadržani su u konvencijama i preporukama Međunarodne organizacije rada, kao što su: Konvencija o migraciji zbog zaposlenja broj 97, iz 1949. godine i Konvenciji o radnicima migrantima broj 143 iz 1975. godine, kao i preporukama za njihovo implementiranje u nacionalna zakonodavstva. Međunarodna Konvencija o zaštiti prava svih radnika migranata i članova njihovih porodica, usvojena u decembru 1990. godine, objedinjuje veliku većinu samostalnih odredbi instrumenata Međunarodne organizacije rada.

Pored univerzalnih međunarodnih dokumenata koji se odnose na slobodu kretanja radnika, poseban značaj imaju akti donijeti u okviru Evropske unije, čije

⁷ Vidjeti, Branko Lubarda, *Evropsko radno pravo*, CID, Podgorica, 2004. godine, str. 199 i sl.

⁸ Prelazni period bio je određen za Španiju i Portugal u trajanju od sedam godina, tokom koga je radnicima iz tih zemalja bio ograničen slobodan pristup pri zapošljavanju, a sloboda njihovog kretanja postupno je ostvarena. Takođe, ograničenja za zapošljavanje hrvatskih radnika u EU predviđeno je po formuli "2+3+2", što znači da početno ograničenje za pristup tržištu rada od dvije godine, države članice mogu nakon revizije produžiti za još tri godine, a uz opravdan razlog za još dodatne dvije godine.

su osnovne vrijednosti: trajni mir, jednakost, sloboda, solidarnost i sigurnost (što uključuje i socijalnu sigurnost). Sloboda kretanja ljudi je jedna od četiri osnovne slobode na kojima počiva Evropska unija (pored slobode kretanja roba, usluga i kapitala). Institucionalno uređenje EU zahtijevalo je od država članica da se odreknu dijela suvereniteta i prenesu ih na EU, sa ciljem jačanja zajedničkih, evropskih interesa. Stoga propisi EU imaju prednost pred nacionalnim zakonodavstvom, a neki se propisi direktno primjenjuju. Jedno od pitanja koje je u direktnoj nadležnosti Evropske unije jeste zajednička politika zapošljavanja. Sa druge strane, politika socijalne sigurnosti nije u direktnoj nadležnosti Evropske unije, već spada u oblasti u kojima se provodi harmonizacija (ujednačavanje) zakonodavstava država članica. S obzirom na to da svaka država članica zadržava sopstveni sistem socijalne sigurnosti i nije ga dužna harmonizovati sa sistemima ostalih država članica, u ovoj oblasti Evropska unija putem mehanizama kojima raspolaže pruža podršku i koordinaciju državam članicama. Ovo iz razloga što je zbog različitosti sistema socijalne sigurnosti država članica sa jedne strane, i potrebe osiguranja slobode kretanja građana i radnika sa druge, nužno bilo usvojiti instrumente koji radnicima i građanima omogućavaju ostvarivanje socijalnih prava iz različitih nacionalnih sistema socijalne sigurnosti.

INTERNATIONAL STANDARDS ON FREEDOM OF MOVEMENT FOR WORKERS

International migration law as a separate law area does not exist yet. It is composed of the rules established in various subsystems of the public international law. They are the international human rights law, international humanitarian law, and international criminal law. Various instruments are applied depending on the type of migration and migratory groups to which they relate, among them migrant workers.

The first international instruments aimed at finding solutions to the problems that migrant workers have in practice are contained in the conventions and recommendations of the International Labour Organization: Convention on Migration for Employment, No.97,1949 and the Convention on Migrant Workers (No.143), 1975 as well as recommendations for their implementation into national legislations. The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, adopted in December 1990, brings together the vast majority of independent provisions of the International Labour Organization instruments.

In addition to universal international documents related to freedom of movement for workers, they are especially important acts adopted within the European Union, whose core values: lasting peace, equality, freedom, solidarity and security (including social security). Free movement of people is one of the four fundamental freedoms on which the European Union (with the freedom of movement of goods, services and capital). Institutional arrangement of the EU required from the member states to give up part of their sovereignty and powers and to transfer them to the EU, with the aim of strengthening the joint, European interests. In that respect, the EU rules take precedence over national legislations, and some regulations are directly applicable. Under the direct EU jurisdiction is, for example internal market. On the other hand, the policy of social security is not under the direct jurisdiction of the European Union, it is one of the areas in which it is implemented harmonization (standardization) the laws of the Member States. Namely, each Member state retains its own social security system and is not obliged to harmonize it with those of other member states. Because of their differences on the one hand, and the need to ensure freedom of movement for citizens and workers on the other, it was necessary to adopt instruments that will allow workers and citizens to exercise their social rights from different national social security systems.

Key words: *freedom of movement of workers, migrants, employment, protection of worker's right, social security.*

⁹ External collaborator of *University of Montenegro, Podgorica*

**ВОНБРАЧНАТА ЗАЕДНИЦА ВО МАКЕДОНСКОТО СЕМЕЈНО
ЗАКОНОДАВСТВО**
de lege ferenda

УДК: 347.628.42(497-7)

Original research paper

Апстракт

Вонбрачната заедница претставува верна „сенка“ која го прати бракот од неговото настанување во човештвото се до денес. Во современите општества, како резултат на бројни фактори, вонбрачната заедница станува се повеќе застапена форма на заедница на живот која претставува сериозна закана и алтернатива на бракот. Во трудот авторот прави анализа на причините за појавата и се поголемиот пораст на бројот на вонбрачни заедници. Покрај ова, во трудот се прави и сеопфатна анализа на решенијата со која се уредува вонбрачната заедница во споредбеното право. Врз основа на анализата на решенијата со кои се уредува вонбрачната заедница, проблемите од практиката, како и решенијата од споредбеното право, авторот на крајот дава свои предлози за темелно уредување на вонбрачната заедница.

Клучни зборови: *Вонбрачна заедница, вонбрачни партнери, регистрирана вонбрачна заедница, нерегистрирана вонбрачна заедница.*

Во современите општества, традиционалниот брак и нуклеарното семејството, како никогаш досега, се исправени пред бројни предизвици кои го засегнуваат и прашањето за нивното опстојување во иднината.¹

* Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје.

¹ Повеќе за промените во брачните и семејните односи во европските земји види кај: François Boulanger, *Droit civil del la famille, tom I, Aspects comparatives et internationaux*, Economica, Paris, p.p.355-356, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството*, Стоби Трејд, Скопје, 2015, стр. 13-27; Dejan Mickovik, Angel Ristov, „Les changements dans les rapports conjugaux et familiaux dans les pays européens et dans la République de la Macédoine“, *Facta Universitatis, Series Law and politics*, vol. 11, No. 3 Nis; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов „Промените во семејството и реформите во семејното право во Европските земји“, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје во чест на проф. Наум Гризо*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2011.

Еден од најсериозните предизвици е вонбрачната заедница,² која претставува феномен што го прати бракот од неговата појава во човештвото, па се до денес.³ Во историјата, таа долго време била игнорирана со цел да се заштити бракот.⁴ Сепак, за разлика од минатото,⁵ во последните неколку децении од минатиот и од овој век, вонбрачната заедница добива се поголемо значење, што се рефлектира преку нејзиното

² Во науката за семејното право и во семејните законодавства се користат различни термини со кои се означува вонбрачната заедница: конкубинат, *concubinage*, *l'union libre*, (француски термини), *unmarried cohabitation*, *non-marital cohabitation*, *extra-marital cohabitation*, (англиски термини), *nichteheliche Lebengemeinschaft* (германски термин), *registered partnership* (холандски термин регистрирано партнерство). Gordana Kovaček Stanić, *Uporedno Porodično Pravo*, Univerzitet u Novom Sadu, Pravni fakultet, Novi Sad, 2002, стр.120.

³ За вонбрачната заедница во споредбеното право види повеќе кај: Ангел Ристов, „Вонбрачна заедница“, International Jubilee Legal Conference, Универзитетското издателство „Св. Св. Кирил и Методиј, Велико Трново, 2012, стр. 96-114; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Семејно право*, Стоби Трејд, Скопје, 2015, стр. 192-197.

⁴ Во стариот век, во Античка Грција, особено во Рим вонбрачната заедница била широко застапена и толерирана. Оваа привилегија се однесувала само на мажите, но не и за жените. Според романистичката теорија потеклото на вонбрачна заедница се поврзува со Августовите реформи спроведени со *Lex Iulia de adulteris* и *Lex Iulia et Papea Poppea*. Со првиот закон секој сексуален однос вон брак се сметал за блуд и прелуба, но посебна положба имале жените на кои им било дозволено да живеат во конкубинат беза казна. Вториот закон забранувал склучување на брак на римски граѓани со странци и пониски класи. Конкубинатот својата најголема застапеност ја добива во времето на републиката и принципатот. Со појавата на христијанството и неговото учење, на вонбрачната заедница се гледало како неморална појава поради што била забранета. Во средниот век под влијание на религијата таа била игнорирана и се сметала за неморална. Ваквиот став во овој период го следел и законодавецот поради што во новиот век ниту една од најзначајните граѓански кодификации не содржат одредби со кои се уредува вонбрачната заедница. Од овој период позната е мислата на големиот војсководец и кодификатор Наполеон Бонапарта, дека вонбрачните партнери го игнорираат законот, затоа законот нив не ги признава (*Les concubins ignorant le loi, le loi les ignore*). Во современите општества денес оваа изрека стана само дел од историјата. Долг и макотрпен бил патот до правното признавање на вонбрачната заедница и на статусот на вонбрачните партнери. Бракот за првпат добива конкуренција со правното регулирање на вонбрачната заедница во законодавството на Шведска, на средината на втората половина од минатиот век. Од тогаш, па до денес, признавањето и правното регулирање на вонбрачната заедница е една од најзначајните реформи во современите законодавства. За ова поопширно види кај: Иво Пухан, Мирјана Полена Акимовска, *Римско право, III издание*, Правен факултет-Скопје, 2001, стр. 120; М.Т. Meulders Klein, „*Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire*“, *La Personne, La Famille et le Droit*, 1968-1998, Paris, стр. 23. За прв пат во човековата историја, вонбрачната заедница е изедначена со бракот до рускиот Закон за брак од 1927 година, со фактот што бил дозволен и неформалниот брак. Поради катастрофалните последици кои ги предизвикало ваквото решение, фактичкиот брак бил укинат во 1944 година. За ова види повеќе кај: Marija Draškić, *Vanbračna zajednica: neformalni brak ili alternativa braku? Zbornik-Reforma Porodičnog zakonodavstva*, Beograd, 1996.

⁵ Повеќе види кај: Fritz Sturm, "Conubium, ius migrandi, conventio in manum", *Le Droit de la Famille en Europe son Evolution depuis L'antique jusque nous jours*, Presses Universitaire de Strasbourg, 1992, стр. 718-728. Marie-Therèse Meulders Klein, "Mariage et concubinage ou les sens et contresens de l'histoire", *La Personne, La Famille et le Droit*, 1968-1998, Paris, стр. 23.

признавање и влијание на промените во брачните и семејните односи.⁶ Така, во голем број европски држави, вонбрачната заедница повеќе не претставува само чекор кој му претходи на бракот, туку таа се наметнува како алтернатива на бракот.⁷ Како резултат на ова, речиси во сите европски земји се случуваат драматични и револуционерни промени кои се манифестираат преку зголемување на бројот на разведени бракови,⁸ намалување на бројот на склучени бракови,⁹ зголемување на бројот на деца родени надвор од брак,¹⁰ намалување на бројот на новородени деца и др.¹¹

Во последниве децении врз основа на барањата на припадниците на истополовите заедници за недискриминација (чл. 12) по основ на половата ориентација, како и правото на семеен и приватен живот (чл. 8) од

⁶ Поопширно за вонбрачната заедница да се види кај: D. Mickovik, A. Ristov, *The Legal Regulation of the Nonmarital Cohabitation in the Macedonian Family Law, International Survey of Family Law*, 2012; Д. Мицковиќ, „Правното регулирање на вонбрачната заедница“, *Правник*, Здружение на правници на РМ, бр. 195-196, 2008.

⁷ За ова види повеќе кај Jacqueline Rubellin-Devichi, *Des concubinages dans le monde*, Centre de droit de la famille, Editions du centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1990

⁸ Според Еуростат во 28 – те држави членки на Европската унија во 2012 година биле склучени околу 2 милиона бракови, додека 1 милион бракови биле разведени. Статистиката покажува дека браковите во државите членки на ЕУ станале понестабилни, што се манифестира преку растот на стапката на разведени бракови кои се дуплирале од 1.0 разводи за една година на 1000 жители во 1970 година на 2.0 разводи во 2010 година. Помеѓу државите членки на ЕУ, највисока стапка на разведени бракови во 2012 година е регистрирана во Латвија (3.6 разведени бракови на 1000 жители), Литванија (3.5), Данска (2.8). Најниска стапка на разведени бракови во 2012 година е регистрирана во Ирска (0.6 разводи на 1000 жители), Италија (0.9), Малта (1.1), Грција (1.2), Словенија (1.2), Хрватска (1.3), Србија (1.0), Црна Гора (0.8) и Македонија (0.9). Повеќе види на <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics>

⁹ Стапката на склучени бракови во 28 - те држави членки на Европската унија се намалила од 7.9 на 1000 жители во 1970 година на 4.8 склучени бракови на 1000 жители во 2008 година. За околу четири децении дошло до намалување на 3.1 бракови на 1000 жители, што резултирало со пад од 39% во вкупниот број на бракови. Во 2012 година стапката на склучени бракови била највисока помеѓу членките на ЕУ во Литванија (6.9 бракови на 1000 жители), Малта и Кипар (6.7), Турција (8.0), и Македонија (6.8). Најниска стапка на склучени бракови била регистрирана во Бугарија (2.9 бракови на 1000 жители), Португалија (3.3), Словенија и Луксембург (3.4). *Ibid.*

¹⁰ Во последните децении бројот на вонбрачни заедници и на деца родени надвор од брак во ЕУ е драстично зголемен. Вообичаено се смета дека бројот на деца родени вон брак е показател за бројот на вонбрачни заедници. Во 2011 година во 28 - те држави членки на ЕУ вкупно се родени 39.3% вонбрачни деца, додека оваа стапка во 2000 година изнесувала 27.3%. Во 2012 година најголем број на вонбрачно-родени деца биле регистрирани во Исланд (66.9%), Естонија (58.4%), Словенија (57.6%), Бугарија (57.6%), Шведска (57.4%), Франција (55.8%), Белгија (52.3%) и Данска (50.6%). Најнизок процент на вонбрачно родени деца имало во Грција (7.6%), Турција (2.6%) и Кипар (18.6%). Во екс - Ју државите процентот на вонбрачно-родени деца е највисок во Словенија (57.6%), додека во останантите држави е понизок: Србија (24.7%), Хрватска (15.4%) и Македонија (11.6%). *Ibid.*

¹¹ Повеќе за ова да се види кај: Дејан Мицковиќ, *Семејството во Европа XVI-XXI век*, Блесок, Скопје, 2008, стр. 183-195; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Промените во семејството.

Европската конвенција за човекови права, постепено се зголемува бројот на држави кои правно ги признаваат заедниците на лица од ист пол во формата на регистрирани партнерства.¹² Одреден број на држави отиде дури и чекор понапред, предвидувајќи ја можноста за склучување на брак и помеѓу лица од ист пол.¹³ Поради овие причини, во се поголем број на современите законодавства бракот повеќе не ужива право на монопол, туку напротив, добива конкуренција!¹⁴ Ова е причината поради која, во државите во кои доминираат традиционалните семејни вредности се водат жестоки дебати и дискусии поврзани со прашањето каде оди бракот - *quo vadis nuptiae*? Спротивставувајќи се на новите промени и тенденции, со цел да го заштитат традиционалниот брак одредени држави го дефинираат бракот и во своите уставни исклучиво како заедница на маж и жена,¹⁵ додека пак други ги игнорираат вонбрачните хетеросексуални заедници и

¹² Повеќе за современите тенденции во брачните и семејните односи во европски и меѓународни рамки види кај: Loise Crowley, „International and European Developments in Family Law 2013”, *The International Survey of Family Law*, International Society of Family Law, 2013; Lisa Young, “New Frontiers for Family Law”, *The International Survey of Family Law*, International Society of Family Law, 2013; Ingeborg Schwenzer, Tomie Keller, “The Past, Present and Future of the Marital Presumption” *The International Survey of Family Law*, International Society of Family Law, 2013. Во Европа голем број на држави (Андора, Австрија, Белгија, Чешката Република, Финска, Франција, Германија, Унгарија, Исланд, Ирска, Лихтенштајн, Луксембург, Холандија, Словенија, Шпанија, Швајцарија, Обединетото кралство, Хрватска, Албанија и др.) во своите законодавства ја признаваат и уредуваат формата на граѓанско регистрирано партнерство за истополовите заедници. Литванија, Србија, Црна Гора и Македонија како алтернатива на бракот, ја предвидуваат само формата на вонбрачна заедница исклучиво за хетеросексуалните парови.

¹³ Во Европските држави истополовиот брак е дозволен во: Холандија, Белгија, Шпанија, Норвешка, Шведска, Португалија, Исланд, Велика Британија и Луксембург. Во светот истополовиот брак е дозволен во Канада, Јужна Африка, Аргентина, Уругвај и во 32 држави од САД. Повеќе за ова види кај: E. Fassin, “Sociological Questions, An epilogue to “More or Less Together”, *The Gay Marriages, Panic in Levels of legal consequences of marriage, cohabitation and registered partnership for different sex and same-sex partners*; *Journal of the History of Sexuality*, Vol. 12, No. 2, April 2003; L. J. Rupp, “Toward a Global History of Same-Sex Sexuality” *Journal of the History of Sexuality*, Vol.10, No. 2, April 2001; Nan D. Hunter, *The New Law of Marriage*, *The Good Society*, Vol. 14, No. 1-2, 2005; F. Leroy-Forgeot, *Histoire juridique de l'homosexuel en Europe*, Presses Universitaires de France, Paris, 1997, стр. 12; M. Digoix, “Paths towards equality...”, *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages A Focus on cross-national differentials*, *Documents de travail n. 124, Ined*, 2004, стр. 1.

¹⁴ По однос на ова прашање, во европските држави можат да се издиференцираат три модели на законодавства: едни кои го дозволуваат истополовиот брак, други кои им признаваат одредени права на истополовите парови преку формата на граѓански заедници, регистрирани партнерства и истополови вонбрачни заедници и трети кои не им признаваат никакви права на заедниците на лица од ист пол.

¹⁵ Во Европа 12 држави во своите уставни ја предвидуваат дефиницијата на бракот како заедница на маж и жена со што го забрануваат истополовиот брак: Унгарија, Латвија, Литванија, Полска, Молдавија, Полска, Србија, Словачка, Украина, Хрватска, Белорусија и Бугарија. Според едно истражување на јавното мислење во Хрватска во ноември 2013 59% од испитаниците сметале дека бракот треба да биде дефиниран во уставот како заедница на маж и жена, додека 31% од испитаниците не се согласувале со оваа идеја.

заедниците на лица од ист пол, како воопшто да не постојат.¹⁶ Сепак, не е мал ниту бројот на држави кои освен бракот предвидуваат и други модели на заедничко живеење, правно уредувајќи ги вонбрачните заедници, регистрираните партнерства, па дури и истополовиот брак.¹⁷

За разлика од другите европски држави, Македонија многу подоцна правно ја призна и уреди вонбрачната заедница со Законот за семејството од 1992 година.¹⁸ Традиционалните вредности и обичаите кои што се широко прифатени во македонското општество придонесуваат стапката на вонбрачни заедници во Македонија да биде помеѓу најниските во Европа. Можеби ова е една од причините поради правната регулатива со која се уредува вонбрачната заедница нема претрпено поголеми промени. Единствениот и последен обид за промени во регулирањето на вонбрачната заедница беше предложениот Уставен амандман за дефинирање на вонбрачната заедница во 2014 година. Обидот за промени заврши неславно! Предлогот не ја обезбеди потребната подршка, а поради критиките на Венецијанската комисија предлагачот истиот го повлече на доработка за која нема никакви информации до денес. И покрај ова, дали тоа сепак значи дека во важечкото семејно право законодавецот добро ја уредил вонбрачната заедница? Одговорот на ова прашање е негативен. Тоа го потврдува практиката која бележи бројни проблеми и недоречености кои се однесуваат на постојните решенија со кои се уредува вонбрачната заедница. Имајќи во предвид дека е во тек изготвувањето на Граѓанскиот законик на Република Македонија, во кој составен дел ќе биде и семејното право,¹⁹ во трудот врз основа на анализата на постојните решенија, проблемите во практиката, како и решенијата од споредбеното право ќе ги изложиме нашите предлози за подобро уредување на вонбрачната заедница во македонското законодавство.²⁰

¹⁶ Со обидот да бидат донесени Уставните амандмани со кои се дефинираше бракот и вонбрачната заедница исклучиво како хетеросексуална заедница, доколку беа прифатени од страна на Собранието на РМ, постоеше можност Македонија да стане една од најконзервативните држави во Европа во која не само бракот, туку и вонбрачната заедница ќе бидат резервирани исклучиво за хетеросексуалните парови. Поопширно за ова види кај Angel Ristov, „The New Challenges in Regulation of Marriage and Non Marital Union“ *Harmonius*, Zlatibor, 2014, стр. 300-319.

¹⁷ Според едно истражување за подршката на истополовиот брак направено во 2006 година во рамките на државите членки на Европската унија е утврдено дека тоа е најшироко застапено во Холандија (82%), Шведска (71%), Данска (69%), Шпанија (66%), Белгија (65%), Белгија (65%), Луксембург (58%), Финска (54%), Германија (52%), Франција (65%) и Обединетото Кралство (61%).

¹⁸ За правното уредување на вонбрачната заедница до донесувањето на Законот за семејството од 1996 година види повеќе кај: Миле Хаџивасилев, *op. cit.*, стр. 223-229.

¹⁹ За ова поопширно види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Семејното право во Граѓанскиот законик на Република Македонија“, *Правник*, бр. 269, Здружение на правници на РМ, септември 2014, стр. 13-16, 41-42.

²⁰ Повеќе за ова види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Кодификација на семејното право во Република Македонија“, *Зборник радова: Владавина права и правна држава у региону*, Правни факултет, Пале, 2014, стр. 487-517.

1. Причини за експанзија на вонбрачната заедница во современите општества

Во современите општества вонбрачната заедница повеќе не претставува табу тема. Напротив, таа стана нормален дел од современото живеење на младата популација.²¹ Според едно истражување направено во САД, во последните три децении процентот на млади луѓе кои се согласуваат со изјавата дека „вообичаено е добра идеја за парот да живеат заедно пред да стапат во брак со намера да утврдат дали навистина ќе им оди заедничкиот живот“ се зголемил од 45% на 64% за машките, додека од 32% на 57% за девојките.²² Според истражувањето на Националниот проект за брак во 2001 година, спроведено на млади помеѓу 20 и 29 години, 43% проценти се согласиле дека „ќе стапат во брак со некој/ја само ако тој/таа се согласи најпрвин да живеат заедно, за да увидат дали ќе им оди заедно.“²³ Денес тој број е уште поголем. Токму порастот на вонбрачните заедници во современите општества е причината за се поголемиот пад на склучени бракови. Од друга страна, фактот што во одредени држави поголем број на деца се раѓаат вон брак, придонесува за уште поголемо значење на вонбрачната заедница, како основа за засновување на вонбрачно семејство. Сепак, и покрај драстичната експанзија на вонбрачните заедници, бракот како постабилна заедница на живот, денес сеуште во голем број на законодавства ужива бројни привилегии кои влијаат брачните партнери, за разлика од вонбрачните, да бидат во попривилигирана положба во однос на правата кои ги уживаат.²⁴

Во современите општества една од најзнајните причини за експанзијата на вонбрачните заедници е сексуалната (половата) револуција која започна во шеесетите години од минатиот век.²⁵ Со неа длабоко се променија општествените ставови и сфаќања, кои со векови беа вкоренети, по однос на забраната за предбрачни сексуални односи на жените. Со пронаоѓањето на контрацептивните средства и со легализацијата на абортусот, за првпат во човековата историја жената стана господар на своето тело. Одлуката на жената по однос на зачнувањето или незачнувањето на дете стана пресудна. Во таа смисла, проф. Мицковиќ

²¹ David Popenoe, „Cohabitation, marriage and child wellbeing“ *The National Marriage Project*, Rutgers, State University of New Jersey, 2008, стр. 3.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Вонбрачната заедница е многу понестабилна од бракот, а тоа има влијание и на развојот на децата. Во таа смисла, стапката на раскинување на вонбрачната заедница, со оглед на нејзината неформалност, е многу поголема за разлика од стапката на разведени бракови. Освен ова, според едно истражување кај децата кои се родени во вонбрачна заедница, наспроти децата родени во брак, поголема е веројатноста да го споделат искуството на своите родители во својот понатамошен живот.

²⁵ Повеќе за љубовта и сексуалноста види кај: Дејан Мицковиќ, *Семејството во Европа...*, стр. 220-234.

истакнува дека „со контролата над плодноста жената ја зацврстува својата позиција во однос на мажот. Освен тоа, мајчинството веќе не се смета за света работа, а правата на жената се издигнуваат над правата на фетусот и интересите на мажот да добие машки наследник.“²⁶ Оваа револуционерна промена ја изедначи жената во половите односи со мажот, што во минатото беше незамисливо. Со промените во традиционалните норми и сфаќања во брачните и семејните односи и намалувањето и укинувањето на авторитарната положба на мажот над жената, започна процесот на нејзината еманципација во општеството, преку воведувањето на се поголемата рамноправност во различните сфери од животот, а особено во работата, образованието и др.²⁷ Можноста жената да се едуцира и образува, да остварува лична кариера и да напредува во работата, ќе придонесе за значајното пролонгирање на стапувањето во брак и засновањето на родителство. Како резултат на сево ова, возраста кај жените за стапување во брак драстично се менува од 20 години во шеесетите години од минатиот век на повеќе од 26 години возраст денес.

Еманципацијата на жената со можноста за нејзино вработување, значително влијаеше и на нејзината независност и самостојност што придонесе за зголемување на бројот на разводи. Во минатото жената беше економски зависна од мажот поради што и покрај неуспешниот брак таа тешко се одлучуваше за развод на брак. Со настанатите промени, оваа пречка беше надмината и жените полесно почнаа да се одлучуваат за развод на брак. Зголемеениот број на разведени бракови и негативното искуство со претходните бракови придонесе за зголемување на бројот на вонбрачни заедници. Стравот од втор развод, како и пропратните психолошки стресови, трауми и растројства предизвикани од неуспешниот брак продонесоа за голем број на парови да ја изнајдат добитната комбинација – „само да живеат заеднички“ без дополнителни формалности.

Вонбрачната заедница денес не е само популарна кај младите, туку и кај повозрасните парови кои позади себе имаат еден или повеќе неуспешни бракови од кои имаат деца.²⁸ Наместо заветот за вечна љубов и пожртвуваност кои беа застапени во минатото, либерализмот,

²⁶ *Ibid*, стр. 233.

²⁷ За променетата политичка, социјална и економска положба на жената во Западните општества види повеќе кај: Anne Barlow, “Regulation of Cohabitation, Changing Family Policies and Social Attitudes: A Discussion of Britain Within Europe” *Law & Policy*, Vol. 26, No. 1, 2004, стр. 57-58.

²⁸ Притисокот и влијанието од страна на децата да се зачува семејниот имот е од пресудно значење повозрасните партнери да се одлучат да живеат во вонбрачна заедница. Знаејќи дека вонбрачниот партнер нема право на наследување, свесно се штитат имотните интереси на децата кои ќе се јават како единствени наследници на оставината во случај на смрт. Но, чести се и случаите кога услов за засновување на вонбрачна заедница е и склучувањето на договор за доживотна издршка, со цел да се обезбеди финансиски вонбрачниот партнер, без децата да бидат запознати со тоа.

индивидуализмот, слободниот живот, остварувањето на личната среќа и задоволство станаа симбол на денешницата во партнерските односи. Поради тоа, во повеќе европски држави бројот на парови кои живеат во вонбрачна заедница го надминува бројот на склучени бракови. Со тоа, вонбрачната заедница стана сериозна алтернатива и замена на бракот. Сепак, во Европа сеуште има држави кои под влијание на религијата и традицијата правно не ги признаваат и регулираат вонбрачните хетеросексуални заедници (Бугарија,²⁹ Италија,³⁰ Полска, Летонија и др.).

Освен во законодавствата и во теоријата вонбрачната заедница добива се повеќе свои приврзаници. Основна причина за ова е фактот што тие сметаат дека „индивидуите треба да имаат целосна слобода да ги структурираат и определат своите права и обврски кои произлегуваат од нивните стабилни врски преку приватни договори.“³¹ Во таа смисла, сметаме дека е сосема оправдано мислењето дека создавањето на алтернатива на бракот преку вонбрачната заедница е разумно решение помеѓу решението паровите да имаат само еден избор за признавање на нивната врска и решението со кое се дозволува на паровите целосна слобода да ја структурираат нивната врска со договор. „Вонбрачниот статус обезбедува за индивидуите поголема слобода и значаен избор во уредувањето на нивната врска, истовремено почитувајќи ги државните интереси во промовирањето на здрави и стабилни врски штитејќи ги индивидуите кои се инволвирани во таквите врски.“³²

Со стапувањето во вонбрачна заедница значително се намалува притисокот на партнерите да склучат брак, се спречуваат преуранетите бракови, во кои брачните партнери сеуште немаат доволно доверба помеѓу себе или не се подготвени да истраат во предизвиците кои произлегуваат од бракот. Во таа смисла, вонбрачната заедница остварува на некој начин подготвителна функција, како еден вид „филтер“ кој им овозможува на партнерите да осознаат дали се подготвени или не за склучување на брак. Ова го потврдува фактот од едно истражување според кое отприлика 2/3 од сите парови што стапиле во брак во САД, претходно живееле во вонбрачна заедница.³³ Поради тоа, во се поголем број на држави вонбрачната заедница претставува чекор пред склучување на бракот.³⁴ Од друга страна не е мал и бројот на парови кои од својата стабилна врска им се доволни и се задоволуваат со помалку права и одговорности, за сметка на правото

²⁹ За бугарското право да се види кај: Екатерина Матеева, *Семейно право на Република Бугарија*, ВСУ „Черноризец Храбър“, София, 2010; Цанка Цанкова, Методи Марков, Анна Станева, Велина Тодорова, *Коментар на новия Семейен Кодекс*, ИК „Труд и право“, София, 2009; Методи Марков, *Семейно и наследствено право*, Сиби, София, 2009.

³⁰ See more G. Puppink, “Same-sex Marriage: 2 Cases Before the European Court of Human Rights” *Zenit*, Strasbourg, 2014, p. 2.

³¹ Jessica Feinberg, *op. cit.*, стр. 32.

³² *Ibid*, стр. 32-33.

³³ Aaron Ben-Zeev, Does Cohabitation Lead to More Divorces, *Psych. Today*, 28 March 2013.

³⁴ Meg Jay, The Downside of Cohabitation Before Marriage, *N.Y. Times*, 14. April, 2012.

многу полесно да ја прекинат ваквата врска. Најпосле, треба да се има во предвид дека граѓаните кои живеат во стабилни и среќни заедници на живот придонесуваат за поздраво и постабилно општество.

2. Правното уредување на вонбрачната заедница во македонското законодавство

Семејното право во Република Македонија нема претрпено поголеми промени повеќе од две децении од донесувањето на Законот за семејството (ЗС) во 1992 година. Ова се однесува и на уредувањето на вонбрачната заедница која до денес нема претрпено никакви промени. Во ЗС вонбрачната заедница е определена како: „Заедница на живот на маж и жена која не е заснована според одредбите на овој закон (вонбрачна заедница) и која траела најмалку една година, е изедначена со брачната заедница во поглед на правото на меѓусебно издржување и имот стекнат за време на траењето на таа заедница (чл. 13 ЗС). Поаѓајќи од ова, суштествени услови за полноважност на вонбрачната заедница се постоењето на заедница на живот на маж и жена и рокот на траење на ваквата заедница од најмалку една година. Законодавецот превидел изречно да ги предвиди брачните пречки помеѓу вонбрачните партнери како услов за полноважност на вонбрачната заедница. Како резултат на ваквото решение, во Македонија е возможно едно лице истовремено да биде и во полноважна брачна и во вонбрачна заедница, што претставува куриозитет кој не е познат во современите семејни законодавства. Науката долго време укажуваше на ваквиот пропуст на законодавецот и за потребата од неговото корегирање, меѓутоа безуспешно!³⁵ Како резултат

³⁵ Науката долго време му предлага на законодавецот да го корегира овој пропуст предвидувајќи ги брачните пречки како услов за полноважност на вонбрачната заедница. За ова види повеќе кај: Дејан Мицковиќ, Лидија Стојкова, „Вонбрачната заедница во современите семејства“, *Евродиалог*, бр. 15, Студентски збор, 1999-99; Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, „Аналогија на вонбрачната со брачната заедница“ *Зборник во чест на проф. Борислав Благов*, Скопје, 2007; Дејан Мицковиќ, „Правното регулирање на вонбрачната заедница“, *Правник*, Здружение на правници на РМ, бр. 195-196, 2008, стр. 8; Ангел Ристов, Вонбрачната заедница и статусот на вонбрачните партнери во наследното право“ *Асоцијација ЈУРИДИКА*, 26-28 февруари, Струмица, 2010; Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2010; Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Дали се потребни промени во наследното право на Република Македонија“, *Зборник во чест на проф. Ганзовски*, Правен факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, 2011.

на ваквиот пропуст граѓаните се соочуваат со големи проблеми во практиката.³⁶

Поаѓајќи од законското определување на вонбрачната заедница, може да се заклучи дека таа е изедначена со брачната заедница само во поглед на имотни односи - правото на издржување и заедничкиот имот. Вонбрачните партнери немаат право на законско наследување, ниту било

³⁶ Во постапката по предметот 17 П-927/10 од 30.11.2010 година, Основниот суд Скопје II Скопје утврдил дека тужителката С.А. по основа на заедничко стекнување на имот во вонбрачна заедница со покојниот С.А. се стекнала со право на заедничка сопственост на недвижност во Скопје – стан во Општина Чаир ул. Г.П. бр. 11-а, влез 1, стан бр. 1 со нето корисна површина од 4197 м2.

Во жалбата против првостепената одлука и во повторената постапка тужената навела дека *постоењето на брак претставувало брачна пречка за постоење на вонбрачната заедница.*

Основниот суд го дал следниот одговор: „согласно чл. 13 од Законот за семејство на РМ, заедница на живот на маж и жена која не е заснована во согласност со одредбите на овој закон (вонбрачна заедница) и *која траела најмалку една година* е изедначена со брачната заедница во поглед на правото на меѓусебно издржување и имот стекнат за време на траењето на таа заедница. Тоа значи дека законодавецот со донесувањето на одредбите од Законот за семејството го разјаснил прашањето за тоа што е вонбрачна заедница *и кои се условите за истата да суштествува – единствено стриктно времетраење и ништо друго.* Имајќи ја предвид наведената одредба, во целост е оправдано становиштето на науката и судската пракса според кое вонбрачната заедница е изедначена со брачната заедница, *во поглед на правото на дел од заеднички стекнатиот имот и правото на издржување.*

Во однос на прашањето, споменато во жалбата, а прифатено од повисокиот суд, за постоење или не на брачни пречки, според нашиот Закон вонбрачната заедница може да произведува правни дејства и покрај тоа што едниот или двајцата партнери се во брак или пак се во блиско сродство помеѓу себе (на пример први братучеди кои како роднини од 4 степен во странична линија не можат да склучат брак). Многу научни трудови укажуваат дека во идните законски решенија (*de lege ferenda*) треба да се предвиди одредба според која вонбрачната заедница би можела да предизвика правно дејство само доколку не постојат брачни пречки помеѓу партнерите, *но дотогаш* судовите се должни да го применуваат законот таков каков што е, што значи дека според нашето позитивно законодавство вонбрачната заедница не познава брачни пречки во поглед на постоечката брачност.“

По донесувањето на истата пресуда по втор пат на Основниот суд, Апелациониот суд во Скопје донесе пресуда ГЖ. Бр.-1811/11 од 16.09.2011 година, со која жалбата на второтужената Е.А. се одбива како *неоснована*, а пресудата на Основниот суд Скопје II Скопје П.бр.927/10 од 30.12.2010 година *се потврдува.*

Во образложението на пресудата, покрај другото стои дека : „Советот на Апелациониот суд Скопје го ценеше и жалбениот навод дека *постоењето на брачна заедница претставува пречка да се утврди и постоењето на вонбрачна заедница*, а со тоа и стекнувањето на имотот во истата, *но оцени дека и овој жалбен навод е неоснован.*(..)Тоа понатаму значи дека *формалното постоење на брачната заедница во услови на реално фактичко постоење на вонбрачна заедница*, како заедница на живот на маж и жена, подолго од една година, *не може да биде пречка вонбрачната заедница да произведува правни дејствија како брачната заедница.*“ Поопширно за ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Реформите во семејното и наследното право и ингеренциите на нотарите“, Стручно списание, *НОТАРИУС*, Скопје, декември 2011. За ова види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Реформите во семејното и наследното право и ингеренциите на нотарите“, *Нотариус*, Нотарска комора на Република Македонија, Скопје, 2011.

какви други права кои произлегуваат од здравствено, социјално и пензиско осигурување. Сепак, со донесувањето на Законот за биомедицински потпомогнато оплодување од 2008 година, законодавецот ја предвиди можноста за биомедицински потпомогнато оплодување и на вонбрачните партнери (вештачка инсеминација и постхумна репродукција), кои својот статус треба да го докажат со изјава заверена на нотар.³⁷ Со тоа, срамежливо започна процесот на проширување на правата на вонбрачните партнери во македонското законодавство.

По долги години од регулирањето на вонбрачната заедница, летаргијата на законодавецот во сферата на брачните и семејните односи ја анимираа предложените Уставни амандмани во 2014 година со кои се направи обид да се рedefинира бракот и вонбрачната заедница во македонското право. Согласно текстот на нацртот на предложениот амандман XXXIII: „1. Бракот е животна заедница исклучиво меѓу само една жена и само еден маж. 2. Регистрирана вонбрачна заедница, или било кој друг регистриран облик на животно партнерство е животно партнерство, е животна заедница исклучиво меѓу само една жена и само еден маж.“

Доколку во иднина биде прифатен овој Уставен амандман, Македонија ќе се вброи во групата на држави кои во уставите ја определуваат дефиницијата за бракот како заедница на живот помеѓу маж и жена. Основната причина за ваквиот потег не беа барањата на ЛГБТ заедницата, туку хомофобијата и стравот дека во иднина може да дојде до промена во дефиницијата за бракот со измени во ЗС.³⁸ Со предвидувањето на дефиницијата на бракот како заедница на маж и жена, промените по однос на ова прашање би биле многу поотезнати, со потреба од подршка од 2/3 мнозинство во Собранието на Република Македонија за промена на Уставот.³⁹

³⁷ Повеќе за корисниците на БПО да се види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов *et al.* „Биомедицински потпомогнато оплодување во Република Македонија“ *Актуелните биоетички предизвици во Македонија*, Арс Ламина, 2013, стр. 104-11. За новите репродуктивни технологии и родителското право повеќе види как: Елена Игновска, *Биорепродуктивна етика и право*, Бигосс, Скопје, 2010, стр. 39-59.

³⁸ Македонија е една од ретките држави во Европа која во Законот за спречување и заштита од дискриминација како основ за дискриминација не ја содржи сексуалната ориентација! Европската комисија во советите извештаи за напредокот на земјата укажува дека изоставувањето на сексуалната ориентација од овој закон не е во согласност со правото на ЕУ.

³⁹ Во образложението предлагачот наведува дека: „Семејството, бракот, мајчинството, татковството и грижата за децата се меѓу најважните обврски. Бракот како заедница е соочен со предизвиците на современото време, обидите за негово рedefинирање, деинституционализација и негова постепена маргинализација. Ова е особено важно ако се има предвид дека бракот има огромен ефект врз односите во семејството, врз семејството,

Во рамките на Европската унија уредувањето на семејните односи е оставено на националните законодавства, затоа што семејното право е тесно поврзано со традицијата, културата и обичаите поради што е невозможно да се изврши негова унификација или хармонизација.⁴⁰ Согласно чл. 12 од Конвенцијата за правата на човекот и основните слободи, како и практиката на Европскиот суд за човекови права уредувањето на бракот претставува суверено право на националните законодавства. Во овој случај според Пупиник „добро е востановено дека Конвенцијата не може да биде интерпретирана во насока да им наметнува обврска на Договорните Страни да го дозволат бракот и за истполовите парови, затоа што таа го гарантира правото на брак и основање на семејство само помеѓу „маж и жена““ (*Schalk and Kopf v. Austria no.30141/04*).⁴¹ Во таа смисла говори и одредбата од членот 9 од Повелбата за основните човекови права кој предвидува дека: “Правото да се склучи брак и да се основа семејство ќе биде гарантирано во согласност со националните права со кои се уредува остварувањето на овие права.”

Во јавните дебати посветени на уставните амандмани поголемиот дел од научната јавност се изјасни дека дефинирањето на бракот во Уставот не е уставна материја и дека ваквата измена не е потребна.⁴² Причина за ова е фактот што и досега бракот во Македонија беше уреден како заедница на маж и на жена. Дотолку повеќе, дефиницијата предвидена во ЗС според која: „Бракот е со закон уредена заедница на живот на маж и на жена во која се остваруваат интересите на брачните другари, семејството и општеството“ (чл. 6), е многу подобра, попрецизна и појасна од дефиниција содржана во предложениот амандман која содржи непотребни зборови „исклучиво“ и „само“. Истите правни ефекти се постигнуваат и без овие зборови со определувањето дека бракот е заедница на маж и жена!

За разлика од определувањето на бракот, редефинирањето на вонбрачната заедница во вториот став од предложениот амандман

врз сопружниците и врз децата, а со самото тоа и врз целото општество и вкупните состојби во општеството...Моралните, етичките и верските начела на сите религии во Република Македонија го определуваат бракот како заедница исклучиво меѓу само една жена и само еден маж. Од сите овие причини, Република Македонија треба со уставни механизми да ја определи и да ја заштити традиционалната дефиниција за бракот, со јасна поддршка на семејните вредности. На тој начин бракот како заедница ќе биде заштитен, промовиран, афирмиран и јасно дефиниран.“

⁴⁰ Повеќе за ова види кај: Dejan Micković, Angel Ristov, Harmonizacija porodičnog i naslednog prava u Evropskoj Uniji, *Harmonius*, 2013, стр. 177-189.

⁴¹ G. Puppink, *op. cit.*, стр. 1.

⁴² Така Светомир Шкарик, Јавна расправа по Нацрт-амандманите на Уставот на РМ, *Наметнат Устав*, Фондација Отворено општество, Скопје, стр. 6.

предизвика уште пожестока расправа и контроверзи во научната и пошироката јавност.⁴³ Предлагачот не се ни потрудил да даде образложение и аргументи поради кои ја рedefинира вонбрачната заедница во Уставот! Во образложението на предложениот амандман е предвидено само дека: „Покрај бракот Република Македонија треба со уставни механизми да ја определи и да ја заштити регистрираната вонбрачна заедница, или било кој друг облик на регистрирано животно партнерство, како животно заедница исклучиво само меѓу само една жена и само еден маж.“ Според мислењето на професорот по уставно право Светомир Шкарик „дефинициите за вонбрачната заедница и другите облици на животно партнерство се голем проблем, не само за Уставот, туку и за Европската конвенција за јуриспруденцијата на Европскиот суд за човекови права. Освен што ќе се срами како држава на европски план, Република Македонија ќе плаќа и големи износи на оштетените лица што ќе ги пресудува Судот во Стразбур.“⁴⁴

Најзначајна критика на Уставниот амандман е тоа што дефинирањето на вонбрачната заедница не претставува уставна (*materia constitutionalis*), туку законска материја. Ваквото решение не е познато во споредбеното право! Со предложеното решение се заменува постојниот концепт на нерегистрирана вонбрачна заедница со воведувањето на регистрираната вонбрачна заедница.⁴⁵ Тоа значи дека во нашето право би постоеле два вида на вонбрачни заедници-нерегистрирана (по основ на стекнати права од поранешното законодавство) и регистрирана (со донесувањето на измените и законското регулирање). Според предлогот регистрираната вонбрачна заедница или било кој друг регистриран облик на животно партнерство се предвидени само за хетеросексуалните партнери, како животно заедница исклучиво меѓу само една жена и само еден маж. Со ваквото решение, е очигледно дека предлагачот не го познава поимот регистриран облик на животно партнерство, ниту неговата суштина, бидејќи пред се тие се востановени исклучиво за истополовите партнери. Мал е бројот на држави кои регистрираното партнерство го дозволуваат и за хетеросексуалните парови. Ако биде прифатен ваквиот амандман ќе се здобиеме со решение кое што не е познато во споредбеното право! Со тоа во македонското законодавство ќе постојат повеќе видови на

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Само во периодот од 2006 до 2012 година Република Македонија е задолжена да плати 1.300.000 евра, без пресметани камати! *Ibidem*.

⁴⁵ Во Законот за семејството и покрај тоа што при неговото изготвување беше присутна идејата за воведување на „регистрирана“ вонбрачна заедница, се прифати концептот на нерегистрирана вонбрачна заедница. Види повеќе кај Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, *Карактеристики на семејното законодавство во Република Македонија...*, стр. 11-12.

правно признати заедници на лица од различен пол: брак, нерегистрираната вонбрачна заедница, регистрирана вонбрачна заедница и било кој друг регистриран облик на животно партнерство!

Додека дефинирањето на бракот во Уставот не е во спротивност со Европската конвенција за човекови права и основните слободи, како и судската пракса на Европскиот суд за човекови права, тоа не може да се каже и за вонбрачната заедница која во за прв пат во македонското право беше уредена со донесувањето на Законот за семејството (ЗС) од 1992 година.⁴⁶ Доколку ваквиот амандман биде прифатен, со кој полноважна ќе биде само вонбрачната хетеросексуална заедница, тој ќе биде во спротивност со ЕКПЧ како и практиката на Европскиот суд за човекови права. Во таа смисла, постои сериозна опасност во иднина Република Македонија да биде осудена дека не ги почитува и ги повредува членот 8 за заштита на приватниот и семејниот живот и членот 14 со кој се забранува дискриминацијата од ЕКПЧ. Ова од причина што Судот во својата практика создаде обврска за државите не да го признаат бракот, туку да ја “признаат врската” на стабилните парови без дискриминација по основ на “сексуална ориентација”. Неодамна во 2013 година, во случајот *Valianatos and others v. Greece* (n.29381/09 and 32684/09) Големата комора на ЕСЧП, установила дека “истополовите парови се исто така способни како и хетеросексуалните парови да влезат во стабилни и посветени односи” и пресудил дека интересот на истополовите парови „од официјално признавање на нивната врска од страна на Државата” е дел од нивниот приватен и семеен живот заштитен со чл. 8 од Конвенцијата. Ако нивната врска не е законски призната, истополовите парови ќе бидат дискриминирани наспроти хетеросексуалните парови, кои можат да склучат брак, да стапат во вонбрачна заедница или друго партнерство. Во овој случај Судот пресудил дека Грција ја повредила Конвенцијата бидејќи го резервирала пристапот до граѓанско партнерство само за хетеросексуалните партнери. Во пресудата Судот истакнал дека истополовите парови „имаат исти потреби во поглед на заемната подршка и издржување исто како и хетеросексуалните парови. Во таа смисла,

⁴⁶ За разлика од Македонија другите републики и покраини, членки на поранешната Федерација, во своите семејни законодавства по донесувањето на Уставот на СФРЈ од 1974 година, започнаа да ги уредуваат вонбрачните односи и вонбрачната заедница: Косово (1974), Словенија (1976), Хрватска (1978), Босна и Херцеговина (1979) и Србија (1980). Уставите на Македонија од 1946, 1963 и 1974 година не содржеа одредби за вонбрачната заедница. Овие Устави содржеа само одредба според која „бракот ужива општествена заедница“. Како резултат на тоа односите кои што настануваа помеѓу лицата што вонбрачно живеаа беа надвор од правото и не беа предмет на законско уредување. Повеќе види кај Миле Хаџи Василев, *Семејно право*, Студентски збор, Скопје, 1990, стр. 225-226.

според Судот, Државата „мора непходно да води сметка за случувањата и промените во општеството и промените во перцепцијата на прашањата за општествениот и граѓанскиот статус на врските, вклучувајќи го фактот дека не постои само еден пат или еден избор кога станува збор за водењето на семејниот и приватниот живот. Од овие причини Судот утврдил дека постои повреда на членот 14, а во врска со членот 8 од Конвенцијата. Како резултат на оваа пресуда, Грција на 23 декември 2015 година донесе закон со кој ги дозволи договорите за регистрирани граѓански партнерства помеѓу лицата од ист пол, и покрај силното противење на Црквата и јавното мислење.

По завршувањето на јавната расправа по повод предложените уставни амандмани, законодавецот остана глув на критиките и забелешките по однос на дефинирањето на бракот и вонбрачната заедница од страна на домашната научна јавност. Меѓутоа, по добивањето на истите забелешки од Венецијанската комисија, предлагачот го промени својот првичен став по однос на вонбрачната заедница, ретерирајќи и наведувајќи дека предлогот ќе се ревидира и ќе биде оставен законски да биде уреден. Дали тоа навистина ќе се случи останува блиската иднина да потврди! Но, едно е сигурно, доколку предложените амандмани поминат во Собранието, Република Македонија ќе стане една од најконзервативните држави во Европа по однос на регулирањето на бракот и вонбрачната заедница што ќе има последици во европските интеграции, од аспект на непочитување на правата предвидени со ЕКПЧ.

Освен тоа, и да биде прифатен предложениот амандман со кој се дефинира вонбрачната заедница, тој сепак нема да ги разреши постојните проблеми кои се резултат на непрецизното определување на вонбрачната заедница. Ова од причина што постојното дефинирање на вонбрачната заедница како заедница на маж и жена која траела најмалку една година, не ги предвидува брачните пречки како услов за нејзината полноважност. На крајот се наметнува и прашањето дали во постојните прилики воопшто беа потребни овие предложени уставни амандмани, бидејќи македонското општество важи за конзервативно општество. Тоа го потврдува фактот што во споредба со другите европски држави Македонија има многу мала стапка на разведени бракови и многу низок процент на вонбрачни заедници. Дотолку повеќе што досега, за разлика од другите држави од поблиското опкружување, не се одржаа масовни и сериозни протести ниту барања за признавање и регулирање на правата на ЛГБТ заедницата. Поради овие причини сметаме дека ова прашање може да стане актуелно во некоја поблиска иднина!

3. Вонбрачната заедница во споредбеното право

Во западна Европа живењето во заедница само врз основа на согласност на волјите на партнерите, без да биде склучен формален брак, претставувало стар обичај кој доминирал се до периодот на доцниот среден век, кога Католичката црква успева да ја наметне својата надлежност во постапката за склучување на брак.⁴⁷ Неформалните бракови биле познати и дозволени и во периодот на 20 –иот век во Скандинавските држави и поранешниот Советски сојуз.⁴⁸ За разлика од периодот во втората половина на минатиот век кој се сметаше за „златно време“ на бракот, според Кириан „денес, вонбрачната заедница стана доминантен дел од културното миље на Северна и Централна Европа, заедно со Обединетото Кралство и земјите под нејзино влијание, со повеќе од три четвртини од популацијата во многу од овие земји и повеќе од 90% од паровите во Шведска и Данска кои живеат заедно пред да стапат во брак.“⁴⁹

Во некои држави од Скандинавија, дури разликата помеѓу бракот и вонбрачната заедница е избришана, а прашањето дали парот е во брак или вонбрачна заедница речиси и да не се поставува. Сепак, во други држави од западна Европа, во кои влијанието на Католичката црква е големо и изразено на општествениот живот, вонбрачната заедница е многу минимално застапена. Така, според одредени истражувања во 2002 година во Шпанија вонбрачната заедница била застапена само со три проценти, додека во Италија во 2003 година таа била присутна само во четири проценти од паровите.

Во споредбеното право не постојат единствени решенија со кои се уредува вонбрачната заедница. Напротив, во современите законодавства се прифатени различни пристапи во уредувањето на вонбрачната заедница, и тоа регистрирана, претпоставена (нерегистрирана) и вонбрачна заедница уредена со договор.⁵⁰ Разлики постојат дури и во законодавствата кои ја

⁴⁷ David Popenoe, *op. cit.*, стр. 7.

⁴⁸ *Ibid*, стр. 8.

⁴⁹ Kathleen Kiernan, “Cohabitation in Western Europe: Trends, Issues and Implications”, *Just Living Together*, 2002, стр. 3-31.

⁵⁰ Според системот на регистрација вонбрачните партнери се должни да се регистрираат во одредена форма. Во спротивно нивната заедница не е правно призната и не произведува никакви правни дејства. Презумтивниот систем или системот на нерегистрирана вонбрачна заедница не предвидува обврска за формална регистрација на постоењето на вонбрачната заедница. Вонбрачните партнери се стекнуваат со одреден овластувања и права доколку бидат исполнети условите предвидени со закон. Според договорниот систем партнерите можат да ги уредат своите односи врз основа на приватни договори. Види повеќе кај: Sarah Bulloch, Debbie Headrick, “Cross-jurisdictional Comparison of Legal Provisions for Unmarried Cohabiting Couples”, *Legal Studies Research Team*, Skottish Executive, ni, 55/2005.

дозволуваат и правно уредуваат вонбрачната заедница. Додека во едни таа е уредена во рамките на граѓанските закони или законите за семејство, во други таа е уредена со посебен закон.

Во минатото долго време беше неспорна дефиницијата за вонбрачната заедница како фактичка заедница на живот помеѓу маж и жена кои не склучиле полноважен брак.⁵¹ Оваа концепција е и денес прифатена во повеќе законодавства кои правно не ги признаваат заедниците на лица од ист пол, меѓу кои спаѓа и македонското законодавство.⁵² Сепак, од неодамна, одреден број на законодавства предвидуваат можност и лицата од ист пол да стапат во регистрирани партнерства, односно во вонбрачна заедница.⁵³ Во таа смисла, Францускиот граѓански законик предвидува дека: „Конкубинатот (вобрачната заедница) е фактичка заедница која се карактеризира со заеднички живот и која има карактер на стабилност и континуитет, помеѓу две лица, од различен или ист пол, кои живеат заедно“ (чл. 515-8 *Code civil*). Оваа концепција е прифатена и во холандското, белгиското, во одредени региони од шпанското право (Каталонија, Арагон), и др.⁵⁴

Во француското право со донесувањето на Законот за договорот за граѓанска солидарност (PACS) од 1999 година, вонбрачната заедница заснована со овој договор стана отворена како за истополовите парови, така и за хетеросексуалните парови.⁵⁵ Согласно законското дефинирање,

⁵¹ Традиционално вонбрачната заедница претставува заедница на живот помеѓу две лица од различен пол, која се заклучува на неформален и на таков начин престанува. За да биде полноважна вонбрачната заедница често се бара да постои елемент на трајност и стабилност, односно сличност на бракот. Повеќе за ова види кај: J. Rubellin-Devichi, (ed.), *Les concubinages en Europe, Aspects socio-juridique*, Éditions du Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1989, стр. 103; Gordana Kovaček Stanić, *op. cit.*, стр. 120.

⁵² Во домашната наука за семејното право вонбрачната заедница се дефинира како „животна заедница на маж и жена, која по содржината на фактичките односи што настануваат помеѓу вонбрачните другари, речиси не се разликува од брачната заедница.“ М. Хаџивасилев, *Семејно право...*, стр. 223. Според друго мислење вонбрачната заедница претставува „заедница на живот на две лица од различен пол (маж и жена) кои не склопиле брак, заснована со намера да биде трајна.“ Кочо Хаџи Лега, *op. cit.*, стр. 215. Според трето мислење „вонбрачната заедница претставува заедница на живот од траен карактер на маж и жена кои не склучиле полноважен брак.“ Љиљана С.Трпеновска, Д. Мицковиќ, А. Ристов, *Семејно право*, Блесок, Скопје, 2013.

⁵³ Повеќе за појавата и развојот на регистрираните партнерства на лица од ист пол види кај: Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Блесок, 2011, стр. 164-169; Gordana Kovaček Stanić, *op. cit.*, стр. 137-150.

⁵⁴ Види поопширно кај Marc Mignot, „Le partenariat enregistré en Droit International privé“, *Revue Internationale de Droit Comparé*, No. 3, 2001, стр. 602-603.

⁵⁵ Повеќе види кај: Cöginne Renault-Brahinski, *Droit de la famille*, Gualano éditeur, Paris, 2005, стр. 247. За разликите помеѓу статусот на конкубината (вобрачната партнерка) и мажената жена (сопругата) види поопширно кај: François Alt-Maes, *La situation de la concubine et de la femme mariée dans la Droit Français*, Editions SIREY, стр. 641-670.

PACS-от претставува договор склучен помеѓу две лица од различен или ист пол со кој тие го уредуваат заедничкиот живот.⁵⁶ Во почетокот, основната цел на законодавецот беше преку овој модел да се признаат и заштитат правата на истополовите парови.⁵⁷ Подоцна, за кратко време оваа форма на заедница на живот стана попопуларна помеѓу хетеросексуалните парови, така што на секои три склучени брак биле склучени два PACS-а.⁵⁸ Една од причините за застапеноста на PACS-от е фактот што, за разлика од бракот, тој се третира за договор во кој двете страни ги уредуваат своите права и обврски. Во таа смисла, овој договор создава обврски за партнерите за заемна подршка, издржување, како и солидарна одговорност за долговите направени за заедничкото домаќинство. Со склучувањето на договорот, настанува режим на поделена сопственост, освен ако партнерите не се договорат поинаку (чл. 515-5). PACS-от престанува во рок од три месеци по дадената изјава за престанок и има поповолни имотни последици за партнерите. За разлика од бракот, кај PACS-от партнерите немаат право на законско наследување. Тие имаат права кои произлегуваат од социјалното осигурување, привилегии во вработувањето, даночни привилегии и др. Под влијание на француското право и други држави го прифатија ваквиот модел на заедница на живот отворен за истополовите и хетеросексуалните парови.

Со Законот од 9 јули 2004 година Луксембург го предвиде и го уреди т.н. партнерство (*partneriat*), кое го дефинира како заедница на живот на две лица од различен или ист пол кои живеат како пар и кои направиле писмена изјава (чл. 2). За да биде полноважно партнерството, потребно е да не постојат брачни пречки предвидени со законот (да не се во брак или друго партнерство, сродство, да бидат деловно способни). Согласно законските одредби партнерството е дефинирано како уникатен договор кој треба на писмено да биде доставен до службеникот за цивилниот статус во општината според местото на заедничкото живеалиште на партнерите. По потврдувањето на изјавата за засновување партнерство, доколку се исполнети законските услови, службеникот става потврда дека партнерството е декларирано. Доколку партнерите не сакаат

⁵⁶ За граѓанскиот пакт за солидарноста поопширно да се види кај: François Dekeuwer-Défossez, *PACS et famille*, RTD civil, no. 3, 2001, p. 539-540; Laëtitia Stasi, *DROIT CIVIL, Personnes, Incapacités, Famille*, 10 édition, Paradigme publications universitaires, Orléans, 2004-2005, стр. 113-117.

⁵⁷ Види повеќе кај D. Borrillo, E. Fassin, The PACS, Four Years A Beginning or an End? *Same-sex couples, same-sex partnerships, and homosexual marriages, A Fokus on cross-national differentials*, 2004, стр. 20.

⁵⁸ Jessica Feinberg, *The Survival of Non-Marital Relationship Statutes in the Same-Sex Marriage Era: A Proposal*, SEALS, 2013.

да ја декларираат нивната врска, тогаш таа се востановува врз основа на меѓусебен договор. Партнерството претежно создава имотно-правни дејства. Притоа, секој од партнерите за обврските кои се преземени лично, како пред така и за време траење на партнерството одговара со својот имот. Двајцата партнери се должни заеднички да придонесуваат за одржување на заедничкото домаќинство, според нивните способности и можности. Освен имотните права, партнерите се стекнуваат со бројни права од сферата на социалното и пензиското осигурување, даночни ослободувања и др. За разлика од француското право, имотот на вонбрачните партнери за време траење на вонбрачната заедница, ако поинаку не го уредиле е во заедничка сопственост. Партнерството престанува во случај на смрт на партнерот, со брак, со заедничка или еднострана изјава на партнерите, при што таквата изјава треба да биде регистрирана од страна на службеникот за граѓанскиот статус.

Со донесувањето на Законот за законска кохабитација во 1998 година Белгија правно ја уреди вонбрачната заедница (*cohabitation légale*) и ја дозволи како за истополовите, така и за хетеросексуалните парови. За да можат да стапат во полноважна вонбрачна заедница, партнерите не треба да бидат во брак или вонбрачна заедница со друго лице. Вонбрачната заедница се заснова со писмена изјава која треба да биде запишана во регистарот за раѓање, смрт и брак. Белгиското законодавство дозволува партнерите со договор заемно да ги уредат своите права и обврски кои произлегуваат од нивната врска. Вонбрачните партнери се стекнуваат со одредени права и обврски поврзани со давачките, заштита на семејниот дом и наследувањето, притоа тие се одговорни заеднички да ги споделуваат трошоците за заедничкото домаќинство. За вонбрачните партнери се применува режимот на посебен имот. Вонбрачната заедница престанува со писмена изјава доставена до регистарот од едната или двете страни. Во последните години популарноста на овој модел на заедница значително е порасната. Така според едно истражување во 2012 година отприлика 78 000 индивидуи влегле во вонбрачна заедница, додека 91 500 индивидуи склучиле брак.⁵⁹

Во Холандија Законот за регистрирано партнерство беше донесен во 1997 година. Со овој закон, беше востановено регистрираното партнерство, како алтернатива на бракот, како за истополовите, така и за хетеросексуалните парови. За да предизвика полноважно правно дејство регистрираното пратнерство треба да бидат исполнети посебни услови предвидени со законот, и тоа: постоење на две лица, без оглед на полот; да

⁵⁹ Jessica Feinberg, *op. cit.*, стр.18.

се холандски државјани или да имаат дозвола за престој; партнерите да не се во брак или партнерство со друго лице. Освен овие услови, помеѓу партнерите не треба да постојат и брачни пречки кои се однесуваат за склучувањето на брак. Регистрацијата на партнерите, за разлика од другите законодавства, во холандското право е многу слична на церемонија за склучување на брак. Регистрацијата се склучува од страна на матичарот во градската куќа во присуство на партнерите и сведоците. Со овој статус регистрираните партнери се стекнаа речиси со сите права и обврски кои им припаѓаат на брачните партнери, вклучувајќи го заедничкиот имотен режим на партнерите. Сепак, и понатаму останаа да постојат различни правила кои се однесуваат на родителските одговорности. Регистрираното партнерство, во последните децении стана се повеќе застапено со оглед дека истото може да престане без учество на судот, освен доколку не постојат деца или постои одреден спор помеѓу партнерите. Тоа престанува со смрт, со прогласување на еден од партнерите за умрен, со раскинување на партнерството со заедничка согласност или со одлука на судот по барање на еден од партнерите.

И во Андора вонбрачната заедница позната како - стабилна унија е дозволена за хетеросексуалните и за истополовите парови. Вонбрачните партнери уживаат права слични на брачните партнери кои произлегуваат од социјалното осигурување, наследувањето и вработувањето. Притоа, пред да стапат во вонбрачна заедница, партнерите мора да склучат договор со кој ги уредуваат нивните права и обврски.⁶⁰ Како и во другите законодавства, вонбрачната заедница може да престане со еднострана или двострана писмена изјава до другиот партнер и регистарот, врз основа на која во рок од три месеци од доставувањето вонбрачната заедница престанува.

Во споредбеното право специфични решенија за вонбрачната заедница се предвидени во законодавството на Шведска. За разлика од други законодавства, во Шведска вонбрачната заедница е дозволена само за хетеросексуалните парови и таа произведува правни последици само во поглед на станбените односи. Во таа смисла, вонбрачните партнери имаат право на поделба на заедничкиот дом и на предметите на домаќинството, со можност договорно да ги исклучат правилата кои се применуваат на овие прашања. Понатаму специфично е тоа што не е предвидено право на издржување, ниту законско наследување помеѓу вонбрачните партнери. Слични решенија се предвидени и во правото на Португалија во кое вонбрачната заедница е дефинирана како заедница на лица кои живеат како

⁶⁰ *Ibidem.*

маж и жена, при што правата и обврските кои тие ги стекнуваат се разликуваат од оние што се во брак. Вонбрачните партнери немаат заемно право на издржување, освен во случај на смрт на другиот партнер. Во 1994 година на вонбрачните партнери им беа признати право да ја наследат пензијата на починатиот партнер, заем за погреб и социјални права, доколку докажат дека вонбрачната заедница траела најмалку две години. Со Законот за заштита на вонбрачните (хетеросексуални) парови во 1999 година, вонбрачните партнери се стекнаа со правото на посвојување, заедничко оданочување, а надживеаниот партнер се стекна со право на плодоуживање на заедничкиот дом до пет години, ако домот бил во споственост на починатиот партнер. Во 2001 година со Законот за заштита истополовите заедници беа востановени истите права за истополовите заедници, освен правото на посвојување. Во споредбеното право повеќе законодавства регистрираното партнерство го овозможуваат само за истополовите парови, таков е примерот со Германија, Чешка и други европски држави. Овој пристап го следат и поранешните Ју републики. Од неодамна регистрираните партнерства се признати само во Словенија и Хрватска,⁶¹ додека во останатите држави е призната само хетеросексуалната вонбрачна заедница.⁶² Освен наведените законодавства кои ги признаваат и уредуваат вонбрачните заедници, во рамките на Европа не е мал бројот на држави кои сеуште не ги признаваат и правно не ги регулираат вонбрачните заедници. Во оваа група на законодавства спаѓаат: Бугарија, Данска, Естонија, Финска, Ирска, Италија, Латвија, Малта, Молдавија, Полска, Романија, Руската Федерација и др.

Во современите општества вонбрачната заедница добива се поголемо значење, со оглед дека таа претставува не само замена за бракот, туку и основа за формирање на семејство. Таа е неизоставен дел од современите општества, меѓутоа нејзиниот статус и односите помеѓу

⁶¹ Поопширно за вонбрачната заедница и регистрираното партнерство во хрватското право види кај: M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać-Graovac, *Obiteljsko pravo*, Narodne Novine, Zagreb, 2007, стр. 103-110; Mira Alinčić, "Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama" *Hrestomatija hrvatskoga obiteljskoga prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2010, стр. 73-105; Aleksandra Korać Graovac, "Ljudska prava i pravno uređenje istopolnih zajednica u domaćem zakonodavstvu," *Hrestomatija hrvatskoga obiteljskoga prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, 2010, стр. 235-265. Преднацртот на српскиот Граѓански законик предвидува дека правата на лицата од истополовите заедници ќе бидат уредени со посебен закон. Повеќе види Prednacrт Građanski Zakonik Republike Srbije, treća kniga, *Porodični odnosi*, Beograd, 2011, стр. 12.

⁶² За српското право повеќе види кај: S. Panov, *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerzite u Beogradu, 2010, стр. 144-155; G. Kovaček Stanić, *Porodično pravo : partnersko dečje i starateljsko pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, 2007, Novi Sad, стр. 174-180; M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, JP Službeni glasnik, Beograd, 2009, стр. 162-166; M. Počuča, *Porodično pravo*, Univerzitet Privredna Akademija, Novi Sad, 2010, стр.130-133.

вонбрачните партнери различно се уредени, во зависност од општествените и економските услови, како и семејните вредности.⁶³ За разлика од поранешните југословенски републики,⁶⁴ Македонија многу доцна (1992) да ја признае и регулира вонбрачната заедница, како фактичка заедница на маж и жена која траела подолго од една година. Традиционалните вредности и обичаите придонесуваат стапката на вонбрачни заедници во Македонија да биде помеѓу најниските во Европа.

Вонбрачната заедница не ужива правна заштита само во националните законодавства, туку и во меѓународни рамки. Врз основа на основното човеково право на приватен и семеен живот загарантирано со одредбата од членот 8 на Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи, во судската пракса на Европскиот суд за човекови права правната заштита ужива и фактичкото постоење на семеен живот изразено во формата на вонбрачна заедница, не само хетеросексуална, туку и истополова.⁶⁵ Во случајот *Schalk and Kopf v. Austria* (no.3014/04, ECHR 2010) Судот зазел становиште според кое вонбрачната врска на лицата од ист пол кои живеат во стабилно фактичко партнерство влегува во рамките на поимот „семеен живот“.

4. Наместо заклучок - вонбрачната заедница во македонското законодавство *de lege ferenda*

Во Република Македонија е во тек најголемата реформа во правниот систем досега, со кодификацијата на граѓанското право и изготвувањето на првиот македонски Граѓански законик. Составен дел од Граѓанскиот законик ќе биде и уредувањето на семејните односи во Книга

⁶³ Во поголем број на законодавства е прифатен концептот на регистрирана вонбрачна заедница (кај нотар, овластен службеник), додека во помал број е прифатен концептот на нерегистрирана вонбрачна заедница. Што се однесува до правниот статус и правата и обврските на вонбрачните партнери, во одредени законодавства тие се уредени со закон, додека во други со договор. Сепак најзначајна цивилизациска придобивка од појавата на вонбрачната заедница па се до денес е изедначувањето на стаутусот на вонбрачно родените деца со децата родени во брак.

⁶⁴ Во правото на Федерацијата на БиХ вонбрачната заедница е определена како заедница на маж и жена, кои не се оженети и не се во вонбрачна заедница со друго лице, под услов таквата заедница да траела најмалку три години или ако се родени заеднички деца и пократко. Притоа, вонбрачната заедница е изедначена со брачната во поглед на издржувањето и имотот стекнат за времетраење на вонбрачната заедница. Истите решенија ги предвидува и хрватското право, со таа разлика што го признава и правото на наследување на пензија на вонбрачниот партнер, кој треба во постапка пред суд да го докаже постоењето на вонбрачната заедница. Во српското право вонбрачната заедница е дефинирана како заедница на живот која траела подолго време помеѓу маж и жена, помеѓу кои не постоеле брачни пречки.

⁶⁵ Vidjeti više o ovome kod Mira Alinčić, „Promjene u propisima o braku i drugim životnim zajednicama“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 5, Zagreb, 2005, str. 1177.

петта. Имајќи ги во предвид современите тенденции за промени во брачните и семејните односи, промените во општествените, политичките и правните односи, како и фактот што семејното право нема претрпено позначајни промени со децении, се очекува најголемите реформи да бидат направени во делот за семејното право.⁶⁶

Една од позначајните реформи ќе биде темелното уредување на вонбрачната заедница. Во таа смисла, првата интервенција која законодавецот треба да ја направи е во поглед на законското дефинирање на вонбрачната заедница, со изречно предвидување на брачните пречки како услов за нејзината полноважност. Во таа насока, вонбрачната заедница треба да се дефинира како заедница на живот помеѓу маж и жена која траела подолго од една година, под услов помеѓу вонбрачните партнери да не постоеле брачни пречки и другиот вонбрачен партнер да нема склучено друга вонбрачна заедница. Вонбрачната заедница е изедначена со брачната заедница во поглед на правото на меѓусебното издржување и имотот стекнат за времетраење на таа заедница. Освен ова, потребно е да се предвиди дека вонбрачните партнери уживаат и други права утврдени со посебен закон.

Значајна новина ќе биде востановувањето на регистрираната вонбрачна заедница. Со тоа партнерите ќе имаат можност за избор да стапат во нерегистрирана или регистрирана вонбрачна заедница. Во таа смисла, е потребно да се предвиди дека вонбрачните партнери можат да ја регистрираат вонбрачната заедница со писмена изјава заверена пред нотар, доколку се исполнети условите предвидени со законот. Со предвидувањето на регистрираната вонбрачна заедница значително ќе се олесни докажувањето на постоењето на вонбрачна заедница, судовите ќе се растоварат од непотребни и неспорени предмети и ќе се зголеми правната сигурност во имотните односи. Покрај ова, со ваквото решение ќе се усогласи востановената пракса за регистрација на вонбрачната заедница произлезена од Законот за биомедицински потпомогнато оплодување, со која за да го остварат вонбрачните партнери правото на БПО се бара писмена изјава дека се во вонбрачна заедница заверена од нотар.

Потребно е, исто така, да се преземат одредбите од ЗСДСП кои се однесуваат на имотните односи на вонбрачните партнери, со предвидување на можноста и вонбрачните партнери договорно, со брачен договор, да ги уредат своите имотни односи поинаку од законот. Така, имотот кој вонбрачните партнери ќе го стекнат со работа за време траење на вонбрачната заедница се смета за нивен заеднички имот со право на

⁶⁶ Повеќе за реформите во македонското семејно законодавство види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за семејството*, Стоби трејд, Скопје, 2015, стр. 59-111.

сосопственост на еднакви делови, освен ако со брачен договор поинаку не определите. Во поглед на управувањето и располагањето со имотот во вонбрачната заедница соодветно се применуваат одредбите за заедничкиот имот на брачните партнери, освен ако со брачен договор вонбрачните партнери поинаку не е определено.

Законодавецот треба да предвиди и одредба со која се пропишува дека вонбрачните партнери заеднички и спогодбено одлучуваат за местото на заедничко живеалиште и за водењето на заедничкото домаќинство. Тие заеднички одлучуваат за презимето на детето. Исто така, со цел да се олесни постапката за утврдување на вонбрачно татковство, потребно е да се предвиди одредба дека за татко на детето родено во регистрирана вонбрачна заедница ќе се смета вонбрачниот партнер на жената која го родила детето. Законодавецот ќе треба да го уреди и прашањето за престанок на вонбрачната заедница. Во таа смисла, вонбрачната регистрирана заедница престанува со смрт на еден или двајцата вонбрачни партнери, со писмена изјава за заемна согласност на двајцата вонбрачни партнери, со еднострана писмена изјава на еден од брачните партнери.

COHABITATION IN MACEDONIAN FAMILY LAW DE LEGE FERENDA

Cohabitation in Macedonian Family Law, unlike the other European countries, is much later recognized, at the end of the last millennium. The reason for this delay is the conservative and traditional family values in the Macedonian society. Its legal regulation in the Family Law from 1992, represented one of the most important reforms in family law. In the last two decades modern tendencies in marriage and family relations that are manifested by the growing number of divorces, increased number of children born outside marriage, the reduced number of new marriages, later age for entry into marriage, etc., are present also in Macedonia. Insufficient regulation regarding the cohabitation in the practice occur numerous problems and dilemmas associated with cohabitation. Given that the procedure for the preparation of the Civil Code of the Republic of Macedonia is ongoing, the author of the paper give his suggestions and opinions for better and thoroughly regulation of the cohabitation, in order to overcome problems in practice and to adopt the solutions in the Macedonian legislation that will be closer to the modern trends of regulating cohabitation.

⁶⁷ Assistant professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University “Sc. Cyril and Methodius” – Skopje

Доц. д-р Ивана Шумановска-Спасовска*
Константин Битраков*

**ВЛИЈАНИЕТО НА ПРИНЦИПОТ НА ЕТИЧНОСТ ВО ЈАВНАТА
АДМИНИСТРАЦИЈА ВРЗ ОСТВАРУВАЊЕ НА ПРОФЕСИОНАЛНА,
ДЕПОЛИТИЗИРАНА И КВАЛИТЕТНА ЈАВНА
АДМИНИСТРАЦИЈА**

УДК: 35.07:17

Review paper

“Ethics may be only instrumental, it may only be a means to an end, but it is a necessary means to an end. Government ethics provides the preconditions for the making of good public policy. In this sense, it is more important than any single policy, because all policies depend on it.”¹

(Thomson)

Абстракт

Едно од основните обележја на демократско општество, е дека, администрацијата треба да функционира како заштитник и промотор на демократските вредности на Уставот и демократска политичка култура. Оттука, и една од целите на реформите на јавната администрација е постигнување на професионална, деполитизирана и квалитена јавна администрација. Консеквентно на ова, сметаме дека и реалната имплементација на принципот на етичност има непосредно влијание кон постигнување на овие вредности на јавната администрација. Имено, етичноста е непосредна поврзана со остварувањето на четирите основни вредности кои ги остварува државната управа, како што се правните, социјалните, економските и политичките вредности. При тоа етиката, во денешно време претставува глобален предизвик посебно нагласен со соочувањето со појавата на Новиот јавен менаџмент и предизвиците на глобализацијата.

* Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“-Скопје

* Дипл. правник, Студент на мастер студии на Правниот факултет „Јустинијан Први“-Скопје

¹ (Thomson, 1992, p. 255), превземено од PUBLIC MANAGEMENT OCCASIONAL PAPERS No. 14 ETHICS IN THE PUBLIC SERVICE Current Issues and Practice © OECD 1996.

Во рамките на овој труд ќе дадеме одговор на неколку прашања поврзани со принципот на етичност во јавната администрација. Најпрво ќе ја прикажеме правната рамка со која се обезбедува овој принцип, а потоа ќе видиме дали и на кој начин се остваруваат моралните вредности во јавната администрација? Кои се детерминантите на етиката во јавната администрација? Дали етичното постапување би можело да влијае на обезбедување на професионална и непристрасна јавна администрација? Кои се причините кои влијаат на неморалното однесување на службениците? Односно, на кој начин може да се влијае на индивидуалната и колективната свест кај вработените во администрацијата, како да се сменат луѓето, нивните ставови и вредности и сето тоа во контекст на добивање на вистински професионалци кои ќе ја дадат вистинската слика на модерна јавна администрација, онаква како што доликува на европските стандарди? При тоа посебен акцент ќе биде ставен на одговор на прашањата поврзани со остварувањето на осумте клучни компоненти на етичка инфраструктура кои ги идентификува OECD, како што се: политичката поставеност, ефективна правна рамка, ефикасни механизми за одговорност, остварливи етички кодекси, механизми за професионална социјализација (вклучувајќи и обука), постоење на централно координативно тело за етика и активно цивилно општество кое ќе делува како контролор.

Како една од целите на трудот е и анализа на тоа дали и на кој начин се имплементираат Етичките кодекси, какво е нивното значење и што подразбира законито, чесно, транспарентно и одговорно работење на службениците.

Основната хипотеза на истражувањето ќе биде дека само создавањето на услови (организациони, институционални, кадровски, технички и сл.) кои овозможуваат вистинска имплементација на оваа начело, односно усогласувањето на она што е законски нормирано и капацитетите во пракса може директно да придонесат на остварување на професионална, непристрасна и квалитетна јавна администрација.

Клучни зборови: етика во јавна администрација, етичка и морална одговорност, добро управување, деполитизација и јавни услуги.

1. Воведни напомени за значењето и улогата на кадрите во јавната администрација

„Луѓето се менуваат во три случаи: поради блискост со владетели и службовањима и богатство после сиромаштија. Ако тогаш не се промени, тој поседува цврст ум и исправен морал.“ (Amidi 1987)²

Кадрите, односно човечките ресурси во една организација се еден од основните елементи на една организација. Кадрите се всушност круцијалниот сегмент преку кој се отсликува една администрација. Тргувајќи од фактот дека администрацијата (јавната како поширок и државната како потесен поим) е дел од извршната власт кој се отсликува преку своите основни карактеристики на постојаност, стручност, компетентност и непосреден контакт со граѓаните и другите правни лица, несомнено е значењето кое го имаат вработените во овие органи за доследност кон овие обележја. Оттука, сметаме дека токму вработените во јавната администрација ја даваат и вистинската слика за тоа каков административен систем постои во Република Македонија. Она што го гледа пошироката јавност, она што го перципираат граѓаните е токму нивниот непосреден контакт со службениците вработени во органите на управата. Службениците треба да ги извршуваат темелните вредности на службата и тоа: интегритет (да се штити јавниот интерес), компетентност (квалификации и професионалност), политичка непристрасност (да се одлучува на основа на закон, а не на политичка волја), чесност (искреност и отвореност), одговорност (сносење на последици), транспарентност и отвореност, ефикасност и ефективност, правичност (без дискриминација).³ Притоа, кога административниот службеник решава конкретни предмети, од него се очекува во исто време да внима и да го штити јавниот интерес, да се грижи за ефикасно и ефективно остварување на правата и интересите на граѓаните, квалитетно остварување на јавните услуги и, општо, со своето однесување да не ги повреди етичките принципи. Поради тоа, сметаме дека изучувањето на проблематика која се занимава со вработените во една организација е постојано актуелна. Конкретно, нашата тема за етика во јавна администрација е во фокусот на реформите во јавната администрација кои во Република Македонија се случуваат повеќе

² Amidi, Abdulvahid ibn Muhammad (1987), Tasnif Gurar al-hikam va durar alkalim, Kom, Daftar-e tabligat, преземено од Seid Halilović, Politika i etika od tradicije do moderniteta s osvrtom na Farabijevu političku filozofiju, <http://www.centarkom.rs/wp-content/uploads/2013/11/Politika-i-etika-od-tradicije-do-moderniteta.pdf>

³ Подетално види: Taida Begić, Poziv na odgovornu i profesionalnu državnu službu u Bosni i Hercegovini Vrijednosti i etički standardi u sistemu državne službe Bosne i Hercegovine, April 2007, превземено од parco.gov.ba/?id=906

од една деценија. Како една од приоритетните цели во реформите кои се спроведуваат во јавната администрација како клучни за евроинтегративниот процес на Република Македонија се јавува токму постигнувањето ефикасна, одговорна, транспарентна јавна администрација, а воедно деполитизирана и професионална јавна администрација. Наспроти ова последните укажување на Европската Комисија дадени во Извештајот за напредокот на Република Македонија говорат дека во јавната администрација се уште постои политизацијата на централно и на локално ниво која останува сериозна загриженост. Исто така, довербата во независноста на државните институции е ниска заради широко распространетата перцепција дека јавната администрација е политизирана и има недостаток на транспарентност, а како што било известно од страна на ОБСЕ/ОДИХР, постојат веродостојни наводи дека бил вршен притисокот врз вработените во јавниот сектор за време на изборите. Она што исто така загрижува е фактот изнесен во Извештајот во однос на јавниот сервис и управувањето со човечки ресурси. Имено, продолжува да се зголемува вработувањето во јавниот сектор, особено во јавните претпријатија. Секојдневната практика на создавање на нови работни места на социјална или политичка основа вештачки го зголемува јавниот сервис, поткопувајќи го начелото на заслуги и општата цел за ефикасна јавна администрација. А, продолжува и загриженоста во врска со транспарентноста на постапките за отпуштање на персонал и мобилност, како и за методологијата за фазата на тестирање во процесот на селекција.⁴

За да се надминат овие проблеми потребно е да се воведат систем на кариера, мерит систем на регрутирање на кадри кои треба да придонесат за доследна примена на принципите на одговорна, ефикасна и професионална јавна администрација. Бидејќи професионалното однесување директно го поврзуваме и со етичното однесување на службеникот, сметаме дека со доследната примена на етичките вредности и принципи во работењето на службеникот непосредно ќе се влијае и на остварувањето на принципите на добра управа како клучни за влез во европското семејство. Така професионалното извршување на работните задачи би довело до враќање на довербата во институциите од една страна, а од друга јакнење на интегритетот на службите и намалување на корумптивното однесување на службениците. Но, она на што треба да ставиме акцент е дека етиката во јавната администрација може да има доследна примена само доколку администрацијата е ослободена од политичките влијанија. Не треба да заборавиме дека во рамките на извршната власт Владата на Република

⁴ ИЗВЕШТАЈ ЗА НАПРЕДОКОТ НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА 2014, Брисел, 8.10.2014 год., СВД (2014) 303 конечна верзија.

Македонија и Претседателот на Републиката ја имаат политичката улога и се менливи, за разлика од државната администрација која е постојана и работите ги завршува (или барем треба) на професионален и компетентен начин.

2. Воведни напомени за етичноста

Влијанието кое принципот на етичност може да го има на функционирањето на јавната администрација може да биде согледано само доколку поимот на етичност (етика) е доследно разбран. Односно, невозможно е да се говори за влијанието на етичноста доколку се уште постојат дилеми што би се подразбирало под терминот етика. Етиката, како поим, има тесна поврзаност со моралот. Доколку го дефинираме моралот како збир на општествено-прифатени правила за однесување во меѓучовечките односи, се поставува прашањето што, пак, претставува етиката? Освен тоа, дали етиката има индивидуален карактер или може да се говори за етика само во случаите кога се анализира однесувањето на повисоко рамниште, односно на рамниште на целокупното општество?

Во своите филозофски проникнувања теоретичарите ја дефинирале етиката на мноштво различни начини. Она што е заедничко за речиси сите автори е дефинирањето на етиката како посебна наука со свој предмет на изучување (односно научна дисциплина, дел од филозофијата). Така, етиката се сфаќа како „филозофска дисциплина која ги испитува смислата и целите на моралните барања, критериумите за морално вреднување, како и воопшто заснованоста и изворот на моралот. Исто така етиката како наука за моралот има за задача да ги запознае луѓето со тоа што е морал и кои се неговите основни компоненти, но и да заземе критички став спрема постоечката морална пракса“.⁵ Поинаку речено, етиката (како наука) се занимава со однесувањето на индивидуите во нивниот општествен живот, односно со правилата кои постојат за таквото однесување. Систематизирајќи ги тие правила (кои се емпириски создадени) етиката создава своевиден кодекс сочинет од сите начела, постулати, правила и политики со кои однесувањето на луѓето се насочува и обликува. Индивидуите чие однесување не е согласно споменатиот кодекс треба да сносат, најнапред, одговорност пред општествената заедница, но се разбира и индивидуална одговорност.

⁵ Б. Шуклев, „Менаџмент“, Скопје, 2010 стр.375

Доколку дадената најширока дефиниција на етика ја сообразиме на ниво на извесна професија би можеле да говориме за професионалната етика. Имено, како што некои автори наведуваат „постои јака меѓусебна врска помеѓу професионалниот повик и етичкото однесување и делување, па затоа не е возможна ниена професија без етика, ниту етика без професионалност“.⁶ Причината поради која се говори за ваква врска ја наоѓаме во одговорноста. Недостатокот на општо-прифатени правила за однесување би значел и непостоење на било каква одговорност, што пак може да доведе до будење на основните (анимални) инстинктни кај индивидуите, инстинкти за посегание по доброто иако тоа е туѓо и незаслужено. Секако, кога се говори за нужноста од постоење на правила не се заборава фактот дека во професионалните единици секогаш постојат и правно-обврзувачки правила срочени во правни акти, меѓутоа, доследна примена на тие правила е возможна само при постоењето на морал. Во спротивно секоја индивидуа ќе изнајде начин и механизам да ги заобиколи, по што тие ќе останат само празно слово на хартија.

Споменатото значење на етиката (односно моралот) во професиите, секако може да се аплицира и на јавната администрација, имајќи предвид дека и работата во јавната администрација подразбира одделна професија. Оттаму, неопходна е посеопсежна анализа на етиката во јавната администрација.

2.1 Етика во јавна администрација

Доколку говориме за државната управа ќе забележиме дека постојат четири основни групи вредности, неопходни за да се исполни нејзината *raison d'etre* – правилно и доследно управување со јавните работи. Тука се набројуваат правните, социјалните, економските и политичките вредности, од кои секако поле на особен интерес на овој труд се правните. Како правни вредности речиси секогаш се наведуваат принципот на законитост, правна сигурност, заштита на правата на човекот и граѓанинот, правната одговорност на управата, еднаквоста и непристрасноста, социјалните со општествена праведност, солидарност, грижа и помош на граѓаните, економските со остварувањето на економичноста, ефикасноста и ефективноста и пазарност во администрацијата и политичките вредности кои се од значење за политичка одговорност на избрани претставници на

⁶ http://pistaljka.rs/public/fck_files/file/izvestaji/Knjiga%20-%20Profesija%20i%20korupcija.pdf, <http://www.cbs-css.org/autorske-analize/140-sasa-mitrovic/292-zasto-je-potrebno-ustanoviti-eticke-standarde-u-kriminalisticko-obavestajnom-i-policijskom-rad-uopste>,

граѓаните, легитимитетот, достапноста на граѓани и корисници, транспарентноста и отвореност.⁷ Остварувањето на сите овие вредности во огромна мера зависи токму од етичноста која егзистира во јавната администрација, бидејќи единствено службеникот кој се однесува морално, односно согласно етичките начела ќе може да допринесе кон нивно ефектуирање.

Причината зошто на таков начин се поврзува принципот на етичност со остварувањето на овие основни вредности лежи во веќе споменатата невозможност за примена (и почитување) на правно-обврзувачките правила доколку етичноста не постои. Имено, доколку го земеме предвид фактот дека овие вредности интегрирани во извесни законски и подзаконски норми, ќе се постави прашањето во која мера тие норми се спроведуваат и како да се постигне нивна доследна примена, а се разбира, одговорот лежи во развитокот на етичките (моралните) правила и стандарди. Единствено службеникот кој ќе биде одговорен пред самиот себе, односно пред сопствената совест, ќе биде вистински посветен на почитување на правните норми, а со тоа и постигнување на вредностите на државната управа. Имено, доколку целта на законските и подзаконските норми е да содржат репресивни мерки, тогаш целата на етиката е да делува превентивно. Се разбира, превентивата е секогаш поефикасна, а и уште поважно за јавниот сектор, поисплатлива од репресијата. Додека репресијата во јавниот сектор подразбира низа трошоци за одржување на системот на надзор, за контрола и за жалба, превентивата нуди постигнување на истата цел со пониски материјални трошоци.

Сепак, нужно е да се нагласи дека не може да се очекува почитување на принципот на етичност без притоа државната власт активно да се вклучи во процесот на негово развивање. Како што покажуваат резултатите од едно истражување спроведено со анкетање на државни службеници, основните причините кои влијаат на неморалното однесување на државните службеници се несанкционирањето на неетичното однесување, потоа моралната деградација, непостоењето на лидери кои служат како пример, незадоволувачката финансиска состојба, несоодветното образование и културно ниво, несоодветната законска регулатива, отсуството на општествена контрола и на крај отсуството на

⁷ I. Koprlic, 2003, Modernizacija hrvatske uprave, Zagreb, , преземено од A. Benazic, Organizacijske promene I efikasnost drzavne uprave, str.221. и F. Otajagić, Sistem osnovnih vrijednosti u javnoj upravi s posebnim osvrtom na stanje u Bosni i Hercegovini, str. 242, prevzemenom od http://prf.unze.ba/v2/docs/anali/godina_4_broj_7/17%20Otajagic.pdf на 20.08.2012.

етички кодекс.⁸ На ова само би додале дека треба да се постави и прашањето дали (не)етичното постапување на политичарите и административните службеници зависи исклучиво од нивната волја или пак тука делуваат социјалните, економските и културните проблеми во општеството? Токму затоа ноторно е дека принципот на етичност нема да се постигне во јавната администрација доколку власта не покаже искрени заложби за тоа. Притоа, тие заложби значат нејзино чинење (активност), но и нејзино нечинење (пасивност) во различни ситуации.

3. Остварувањето на принципот на етичност во јавната администрација во Република Македонија и неговото влијание во поглед на создавањето професионална, квалитетна и деполитизирана јавна администрација

3.1 Развој на службеничкото законодавство во Република Македонија

Република Македонија како земја во транзиција и една од постсоцијалистичките земји од самото осамостојување во почетокот на деведесетите години започнува со нормативно-правните и институционалните реформи кои ќе кореспондираат со новите уставни принципи на државно-правното уредување, а тоа се систем заснован на поделба на власт, пазарна економија и политички плурализам.

Од наш потесен интерес, согласно темата на обработка, се реформите во областа на јавната администрација кои секако се едни од позначајните кога зборуваме за исполнување на принципите од *aqui communautaire* како еден од условите за влез во Европската унија. Тука би ја напоменале реформата во службеничкиот систем која е нормативно-правно е спроведена во 2000 година. Имено, до 2000 година во Република Македонија не постоеше посебен закон кој ќе ги регулира правата, обврските и одговорностите на службениците вработени во органите на јавната администрација, туку за сите вработени важеше Законот за работни

⁸ 0 - нема одговора 0,4, 1 - 54,7 некажњивости, 2 - морални деградација 33,9, 3 - лидери не дају добар пример 32,7, 4 - незадоволувајуће финансијски положај 29,4, 5 - неогдоварајуће образование, низак културни ниво 27,0, 6 - незадоволувајуће законска регулатива 23,0 7 - одсуство друштвене контроле 21,9, 8 - одсуство службеничког етичког кодекса 17,6, Administrative Ethics: Sociological Aspects,

<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN004661.pdf>

односи. Од 2000 година го имаме Законот за државните службеници⁹ како *lex specialis* со кој се регулираат овие прашања. Но, реформите не застануваат тука. По многубројните измени и дополнувања на Законот за државни службеници во 2010 година е донесен и посебен Закон за јавни службеници¹⁰ кој беше замислен како еден широк реформски зафат во нормативно-правна смисла, односно Закон со кој на единствен, унифициран начин ќе се регулираат правата, обврските и одговорностите на широк круг на лица кои потпаѓаат под дефиницијата на јавен службеник. Овој Закон не доживеа речиси никаква примена поради фактот што Уставниот суд на Република Македонија во низа наврати донесене укинувачки, па дури и поништувачки одлуки со кои извесни категории лица се иземаат од неговата примена.¹¹ Сето ова создаде еден регулаторен лавиринт, односно хаос кој егзистираше поради фактот што бројката на лица вработени во јавниот сектор чиј статус не беше регулиран на единствен начин беше огромна. Поради тоа, законодавецот повторно беше мотивиран да прибегне кон донесување на целосно нови закони. Така, во 2014 година се донесоа Законот за вработените во јавниот сектор, како и Законот за административните службеници.¹² Станува збор за најновите закони кои ги регулираат статусните прашања на вработените во јавниот сектор воопшто, како и административните службеници, како потесна категорија.

Законот за државните службеници и Законот за јавните службеници, како и двата нови закони, Законот за административни службеници и Законот за вработените во јавниот сектор, содржеа/содржат и одредби кои се однесуваат(т) на начелото на етичност. Исто така, освен закони во рамките на службеничкиот систем беа донесувани и Етички кодекси кои служат како збир на правила, норми, политики и насоки за однесување на службениците. Токму овие решенија, односно нивната примена ќе бидат предмет на разработка понатаму во трудот. На тој начин ќе проникнеме во остварувањето на принципот на етичност во јавната администрација во Република Македонија, односно ќе согледаме дали е возможно да се создаде професионална, деполитизирана и квалитетна јавна

⁹ Сл. весник на Република Македонија, бр. 59 од 22.07.2000 година.

¹⁰ Сл. весник на Република Македонија бр. 52 од 16.04.2015 година.

¹¹ Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, Давитковска Е., Најновите законски решенија за статусот на вработените во јавниот сектор во Република Македонија и нивната практична имплементација: реалност или утопија. Трудот е презентиран на конференција Службеничкиот систем во Република Македонија, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 02.06.2015

¹² Закон за вработени во јавниот сектор и Закон за административните службеници, Сл. весник на РМ, бр. 27 од 5.02.2014

администрација, од аспект на принципот на етичност. Освен тоа, низ текстот нужно ќе се осврнеме и кон забелешките и препораките на меѓународната заедница.

3.2. Законски решенија за принципот на етичност во Република Македонија

Како што споменавме, принципот на етичност веќе се провлекуваше низ законските одредби кои го уредуваа службеничкиот систем на Република Македонија. Со тоа, принципот на етичност се здоби со статус на основен законски принцип, што само по себе значи негова правна заштита согласно закон. Најнапред ќе ги анализираме одредбите од Законот за јавните службеници, по што ќе се впуштиме и во анализа на останатите закони.

Во Законот за јавни службеници, како што напоменавме, принципот на етичност беше еден од основните принципи. Имено, во овој Закон беше предвидено етичното однесување на службениците согласно кое јавните службеници ги извршуваат работите и работните задачи од јавен интерес согласно правилата на професионалната етика.¹³ Освен тоа, Законот содржеше одредба со која предвиде дека треба да се донесе и Етички кодекс.

Законот за државните службеници, пак, содржеше сопствени одредби кои се однесуваа на остварувањето на принципот на етичност, односно неговата операционализација. Така, согласно Законот за државните службеници, се предвидуваше донесување на Етички кодекс за државните службеници.

Овие Етички кодекси беа донесени, соодветно на одредбите од Законите, во 2011 година. Односно, во 2011 година беа донесени два Етички кодекси од кои еден се однесуваше на јавните службеници,¹⁴ а еден на државните.¹⁵ Она што треба да се забележи е дека наспроти оригиналните одредби на Законите со кои се предвидуваа други органи како доносители на Етичките кодекси, натамошните законски решенија донесувањето на овие Кодекси го ставија во надлежност на Министерството за информатичко општество и администрација. Одредбите

¹³ Чл.10 од Законот за јавни службеници, Сл.весник на Република Македонија, бр. бр. 52 од 16.04.2010 година

¹⁴ Сл.весник на Република Македонија, бр.133/2011

¹⁵ Сл.весник на Република Македонија, бр.129/2011, и претходните Етичкиот кодекс на државните службеници од „Службен весник на Република Македонија“ бр.68/02, 16/04 и 48/07.

од овие два Етички кодекси содржеа таксативно наброени принципи, според методот *numerus clausus*, од кои јавниот односно државниот службеник се раководат при нивното работење. Овие принципи беа понатаму подетално уредени во одделните членови. Уште поважно, во обата Етички кодекси беше предвидена и одговорност на јавниот, односно државниот службеник за непочитување на нивните одредби, со тоа што во обата случаи на службениците им се закануваше дисциплинска одговорност.

Секако, за нас најважни за анализа од денешна гледна точка се Законот за вработените во јавниот сектор и Законот за административните службеници. Имено, Законот за вработените во јавниот сектор содржи одредба со која се регулира принципот на етичност, а таа одредба ја наоѓаме во неговиот член 9.¹⁶ Понатаму, во Законот за административните службеници се содржани и дополнителни одредби со кои се цели кон дооперационализација на одредбите од *lex generalis*. Тука би ја споменале, најнапред, точката 22 од членот 73 од Законот, каде се предвидува дека административниот службеник ќе одговара дисциплински доколку неговото однесување е спротивно на одредбите на Кодексот, а притоа, одговорноста ќе биде за сторен дисциплински престап, како потежок облик на повреда на службената должност.¹⁷ Она што сакаме да го воочиме во врска со оваа одредба е дека недостасува целокупниот назив на Кодексот, имено, само стои повреда на одредбите во Кодексот, а претходно во прописот не стои целосен назив како Етички кодекс за административните службеници. Односно, во членот 7 точка 8 е предвидено дека една од надлежностите на Министерството за информатичко општество и администрација е да го пропишува Кодексот за административни службеници. Критиките на законските одредби, за жал, не запираат тука. Нашиот став по повод овие одредби е дека станува збор за несоодветен

¹⁶ Начело на професионална етика, непристрасност и објективност Член 9 (1) При извршувањето на работите и на работните задачи, вработените во јавниот сектор задржуваат високи стандарди за личен интегритет, професионална етика и грижа за заштита на јавниот интерес и се придржуваат до актите кои ги уредуваат овие стандарди. (2) Вработените во јавниот сектор при вршењето на работите и на работните задачи обезбедуваат непристрасна и објективна примена на законите и другите прописи, при што на граѓаните и на правните лица им овозможуваат заштита и остварување на правата, а тоа да не биде на штета на други граѓани и правни лица, ниту во спротивност со јавниот интерес, утврден со закон. (3) Вработените во јавниот сектор работите и работните задачи ги вршат политички непристрасно, без влијание на своите политички уверувања и лични финансиски интереси. (4) Вработените во јавниот сектор ги почитуваат целите, интересите, угледот и интегритетот на институциите во кои се вработени, Закон за вработените во јавниот сектор, Сл.весник на Република Македонија, бр.27/2014.

¹⁷ Чл.73 од Законот за административни службеници, Сл.весник на Република Македонија, бр. 27 од 05.02.2014 година.

механизам за постигнување на почитување на принципот на етичност. Имено, службеникот би требало да се однесува согласно Етичкиот кодекс поради фактот што Кодексот ги содржи вредностите кои нему треба да му станат својствени и „природни“, а не поради фактот што постои ризик од санкција. Поинаку кажано, Етичкиот кодекс треба да има превентивна улога, за разлика од нашиот случај каде тој се јавува и како самостојна основа за санкција, односно репресија. Дополнително, постапката би требало да биде дополнително уредена, односно да се утврди кој има право да поднесе приговор, до кого, кој води евиденција и кој спроведува надзор на спроведувањето на овие постапки. Неопходно е, со цел соодветствување на самата суштина на Етичкиот кодекс, исто така да постои јасна граница помеѓу неетичното и незаконското постапување на службеникот. Односно, во Законот за административните службеници мора точно да се нормира кога странката може да поведе дисциплинска постапка поради повреди на одредбите на Законот, а кога поради повреда на одредбите од Кодексот, исклучиво. Оваа констатација е во корелација со остварливоста на Кодексот, бидејќи на овој начин се создава дуплирање на основите за водење на дисциплинска постапка, согласно Законот и Кодексот. Таквото дуплирање може да доведе до состојба во која Кодексот воопшто и не се применува, а сите дисциплински постапки се поведуваат и водат исклучително врз основ на Законот.

Независно од критиката на самите Законски одредби, би сакале да истакнеме и дека доколку сакаме реална примена на принципот на етичност во практиката неопходно е да се преземат сериозни напори кон неговото ефектуирање, кои ќе значат и отчетност во поглед на спроведените дисциплински постапки во врска со непочитување на одредбите од Кодексот. Причината зошто ја споменуваме токму оваа отчетност лежи во фактот што ниту на веб страната на Агенцијата за администрација, ниту на страната на Министерството за информатичко општество и администрација не можат да се најдат Годишни извештаи за спроведени дисциплински постапки. Она што е објавено е само Образец за подготовка на Годишен извештај во кој во основите кои се наведени за дисциплинска постапка не е предвидена повредата на одредби од Кодексот, иако тоа законот ја пропишува како една од основите. Оттука и немаме податоци за тоа колку дисциплински постапки се спроведени против службеници за неетично постапување.¹⁸

¹⁸ На веб страната на Министерство за информатичко општество и администрација постои само образец за ГОДИШЕН ИЗВЕШТАЈ за изречени мерки за утврдена дисциплинска и материјална одговорност кој што треба да го достават органите до Министерството, а во

За крај, би сакале да истакенеме дека кога се говори за принципот на етичност, можеби најважно, е прашањето во однос на едукативните методи за негово применување. Оттаму, сметаме дека треба да се стави особен акцент на прашањето се спроведување обуки, затоа што тоа е клучот за вистинско остварување на принципот на етичност. Односно, само службеникот кој ќе успее длабоко во себе да го сфати значењето и суштината на овој принцип во текот на извршувањето на својата службена должност и во односот со колегите и странките ќе работи правилно и етично. Службеникот е тој од кого зависи примената на овој принцип, а без него истиот би останал голо слово на хартија. Кадрите се тие кои ја даваат вистинската слика на еден орган. Па оттука треба да се превземат мерки обуките навистина да започнат да се спроведуваат и истите да бидат изведувана од страна на стручни, специјализирани и искусни обучувачи.

4. Меѓународни стандарди за јавната администрација и етиката во јавната администрација

Јавната администрација во Република Македонија доживува низа на промени во поглед на нејзината поставеност, нејзиното функционирање и конципирање, како и нејзиното перцепирање (од еден бирократски пристап до нејзиното перцепирање како сервис на граѓаните). Во тој целокупен процес Република Македонија се ориентираше кон восприамање на искуствата на државите кои се поразвиени, односно државите кои имаат поразвиена јавна администрација. Токму од таа причина неопходно е во сите сегменти од јавната администрација во кои се извршуваат суштински промени да се прибегне и кон разгледување на искуствата во меѓународната заедница, но се разбира и на нејзините препораки.

Организацијата за економска соработка и развој (во натамошниот текст: ОЕЦД) има силна улога при развивањето на концепти за тоа како јавната администрација треба да биде поставена, односно кои се нејзините основни постулати. Така ОЕЦД истакнува дека како традиционални вредности кои најчесто се споменуваат во земјите во ОЕЦД (во врска со јавната администрација) се јавуваат: непристрасноста, законитоста, чесноста, еднаквоста, правичноста, отвореноста и одговорноста. Додека како нови професионални вредности во јавниот сектор се одредуваат т.н. „менаџерски“ вредности, а тоа се: ефективност, соодветно постапување со државните средства, доверба и пристојност. При што совесноста и

овој образец воопшто како основ не е наведено постапувањето по основ прекршување на одредбите на Етичкиот кодекс

чесноста се морални начела и правни стандарди кои во јавното мислење се дефинираат како особени стандарди во извршување на јавната функција.¹⁹ Од ваквата определба на ОЕЦД гледаме, всушност, дека вредностите кои се пропагираат како суштествени соодветствуваат на оние истакнати како такви и во Република Македонија, но што е и уште поважно, нивната имплементација секогаш се поврзува со моралните начела.

Европската унија пак, во Извештаите за прогресот на Република Македонија кои Европската комисија ги изготвува секоја година, постојано потцртува дека постојат низа на проблеми кои се однесуваат на јавната администрација. Иако, не сите од овие проблеми личат директно поврзани со етичноста во јавната администрација, веќе елаборираната тесна корелација ни дава до знаење дека, всушност, етичноста повторно зазема централно место во целокупниот развиток на јавната администрација, дури и според Унијата. Така, како што веќе се говореше погоре, Европската унија ја истакнува политизацијата на администрацијата како сериозен проблем. Притоа, Унијата земајќи ги предвид извештаите на ОБСЕ/ОДИХР говори за нужноста од промени на ова поле, доколку Република Македонија цели кон влез во европското семејство. Освен политизацијата, за која веќе во Република Македонија низа теоретичари и практичари говорат дека е сериозен проблем, Унијата говори и за недостатокот на капацитети во јавната администрација. Имајќи го предвид веќе споменатото зголемено вработување врз основа на политички или социјални критериуми, причината зошто администрацијата не генерира многу поголеми резултати останува нејасна. Освен тоа, Унијата говори и за сериозноста загриженост поради неспроведувањето на Националната стратегија за реформи во јавната администрација, за менаџирањето со човечкиот капитал, недостатокот на отчетност и финансиските капацитети.

Од наведеното следи заклучок дека постојат огромна низа забелешки кои се (ин)директно поврзани со принципот на етичност, односно со неговото доследно почитување. Притоа, не е нужно да се говори само за етика во смисла на законските одредби (кои веќе беа предмет на соодветна критика) во Законот за вработените во јавниот сектор и Законот за административните службеници, како и одредбите во Етичкиот кодекс туку и за етика воопшто, како наука која се занимава со моралните начела, односно правилата на моралот. Со други зборови, независно од прашањето дали етичкиот принцип ќе биде уреден во законите, односно кои вредности ќе бидат инкорпорирано во Кодексот,

¹⁹ F. Otajagić, Sistem osnovnih vrijednosti u javnoj upravi s posebnim osvrtom na stanje u Bosni i Hercegovini, str. 242, преземено од http://prf.unze.ba/v2/docs/anali/godina_4_broj_7/17%20Otajagic.pdf на 20.08.2012.

службениците повторно треба да се однесуваат согласно моралните правила кои важат во Република Македонија и, воопшто, во европското семејство. Оттаму, Република Македонија, односно нејзините власти мораат цврсто да застанат во одбрана на принципот на етичност, со цел приклучување на државата кон европскиот модерен свет, по што ќе се отворат патишта за прогресивен развој и избавување на земјата од кризата која постои веќе децении уназад.

Заклучок

Во трудот беа елаборирани неколку прашања кои се однесуваат на дефинирањето на етиката воопшто и етиката во јавната администрација, причинителите на примената на овој принцип во практиката, правната рамка со која се уредува етиката во јавната администрација во Република Македонија, како и забелешките односно препораките на меѓународната заедница. Она што може да го констатираме е дека начелото на етика е инкорпорирано во повеќето правни прописи во Република Македонија и се донесени Етички кодекси и за вработените во јавниот сектор и за административните службеници. Во минатото постоеја, пак, Кодекси за јавните и државните службеници. Она што, постојано недостасува е реалната примена на овие прописи во практиката и нивно усогласување на основни компоненти за етиката предвидени од страна на ОЕЦД. Како излезни решенијата смтаме дека е потребно:

- да се преземат дополнителни мерки кои ќе обезбедат доследна примена од одредбите со кои се уредува начелото на етика на службениците;

- политиките и постапката на вработување на службениците да се заснова на мерит системот, односно на заслугите и компетенциите на кандидатите;

- да се зајакнат механизмите за контрола и одговорност на службениците во случај да ги повредат овие одредби. Тука, како пример, би ја повториле критиката во поглед примената на Законот за административните службеници. Имено, независно од фактот што овој Закон предвидува дисциплинска одговорност во случај на повреда на Кодексот, во обрасците на Агенцијата и Министерството за информатичко општество и администрација, повредата на Кодексот не е предвидена како основ;

- да се спроведуваат обуки за примена на Етичките кодекси од страна на посебен орган. Всушност, “етичките кодекси се бескорисни ако

вработените редовно не се потсетуваат на нив и доколку не им се дава континуирана обука за етика. Кодексите се ефективни само само доколку се наоѓаат во срецето и мислите на вработените.“²⁰ Притоа, кога говориме за посебниот орган би сакале да истакенеме дека еминентни теоретичари во Република Македонија истакнуваат дека тоа треба да е орган кој е специфично формиран за одржување на обуки во јавната администрација, по примерот на Академијата за судии и јавни обвинители;²¹

- да се изготвува посебен Годишен извештај за спроведените постапки за дисциплинска одговорност по основ на повреда на одредбите од Етичкиот кодекс

- при спроведувањето на дисциплинската постапката за службениците кои сториле повреда на одредбите од Етичкиот кодекс да се внимава дали станува збор за незаконито или непрофесионално однесување, односно да се утврди точно што претставува неетично однесување;

- да се оди во насока на издвојување на посебен предмет Етика во јавната администрација, на факултетите кои имаат посебни насоки за административно право и јавна администрација. Ова од причина што доколку сакаме превентивно да делуваме треба да се преземат превентивни мерки меѓу кои е и едукацијата како на службениците, така и на останатите граѓани кои за било кое работно место на кое ќе бидат вработени треба да бидат запознаени со етичките вредности и принципи;

- ефективната примена на принципите на етиката во јавната администрација и превземањето дополнителни мерки и инструменти за доследната примена на овој принцип води кон исполнување на една цел, а тоа е јакнење на довербата на јавноста во работењето на јавната администрација која е огледало на целокупниот развој во едно општество. А, истото може да се оствари само со зајакнување на одговорноста на јавните службеници, легитимност во нивното постапување, обезбедување на правична и фер постапка за остварување на правата и обврските на граѓаните и секако одлучување во со закон предвидените рокови.

²⁰ T. Begić, Poziv na odgovornu i profesionalnu državnu službu u Bosni i Hercegovini Vrijednosti i etički standardi u sistemu državne službe Bosne i Hercegovine, April 2007., file:///C:/Users/User/Downloads/Studija%253A+Vrijednosti+i+eti%C4%8Dki+standardi+u+sistemu+dr%C5%BEavne+slu%C5%BEbe+Bosne+i+Hercegovine.pdf

²¹ Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, Давитковска Е., Најновите законски решенија за статусот на вработените во јавниот сектор во Република Македонија и нивната практична имплементација: реалност или утопија. Трудот е презентираан на конференција Службеничкиот систем во Република Македонија, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 02.06.2015

Како отворени прашања и дилеми кои се отворија во текот на истражувањето за изработката на овој труд остануваат: дали повредата на одредбите од етичкиот кодекс треба да биде класифицирана во тешка дисциплинска повреда и дали целата треба да биде санкционирана на службеникот? Дали странките кои стапуваат во однос со административните службеници ја знаат раликата кога да поднесат пријава против неетично постапување, а кога против незаконито постапување?

Референци:

1. А. Павловска-Данева, Е. Давитковска, Теоретско определување на службеничкиот систем, Годишник во чест на 18 години од основањето на политичките студии на Правниот факултет, Скопје, 2013.
2. А. Fatic, Osnovni principi etike I javna sluzba, <http://www.cbs-css.org/files/knjige/osnovni%20principi%20etike%20i%20javna%20sluzba%20udzbenik%20korupcija.pdf>.
3. А. Benazic, Organizacijske promene i efikasnost drzavne uprave, <http://oliver.efri.hr/~javnisek/zbornik/benazic.pdf>.
4. А. Bulatović, S. Korać „Horizontalna kontrola integriteta i suzbijanje korupcije u javnoj službi”, Zbornik IKSI, 1/2013
5. Brcic, Organizacija drzavne uprave u funkciji djelotvornosti Porezne uprave u Republici Hrvatskoj Zagreb, Sveuciliste u Zagreb, 2002.
6. Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, Давитковска Е., Најновите законски решенија за статусот на вработените во јавниот сектор во Република Македонија и нивната практична имплементација: реалност или утопија. Трудот е презентираан на конференција Службеничкиот систем во Република Македонија, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 02.06.2015
7. Б. Шуклев, „Менаџмент“, Скопје, 2010.
8. V. Karajica, Uticaj reformskih mera i standard na profilirane etike i aksiologije ljudskih potencijala u drzavnoj upravi Republike Srpske, Moderna uprava.
9. Gilman, S. C., Ethics codes and codes of conduct as tools for promoting an ethical and professional public service: Comparative successes and lessons, Prepared for the PREM, the World Bank Washington, DC, 2005.
10. D. Radhika Ethics in Public Administration, <http://www.academicjournals.org/jpapr/PDF/PDF2012/March/Radhika.pdf>
11. J.Kreger, Eтичке нормe I водење управe, 3 Forum za javnu upravu, Zagreb, 2013
12. Jacob Dahl Rendtorff, Ethics of Administration – Towards Sustainability and Cosmopolitanism, Vol. 8, no. 3 (2013) Category: Conference paper, <http://nome.unak.is/nm-marzo-2012/vol-8-no-3-2013/69-conference-paper/446-ethics-of-administration-towards-sustainability-and-cosmopolitanism>
13. Cassidy , E. and Ackah,C. 1997, A role for reward in organisational change, IBAR, br.18.
14. Koprivic, Modernizacija hrvatske uprave, Zagreb, 2003.
15. Mariusz Dmochowski , Anetta Jurczuk , Robert Szczepankowski, <http://www.wsap.edu.pl/pub/publikacje/Ethics%20in%20Public%20Administration%20-%20eng..pdf>.
16. Ferid Otajagić, Sistem osnovnih vrijednosti u javnoj upravi s posebnim osvrtom na stanje u Bosni i Hercegovini.

17. PUBLIC MANAGEMENT OCCASIONAL PAPERS No. 14 ETHICS IN THE PUBLIC SERVICE Current Issues and Practice © OECD 1996
18. T. Begić, Poziv na odgovornu i profesionalnu državnu službu u Bosni i Hercegovini Vrijednosti i etički standardi u sistemu državne službe Bosne i Hercegovine April 2007.,
file:///C:/Users/User/Downloads/Studija%253A+Vrijednosti+i+eti%C4%8Dki+s
tandardi+u+sistemu+dr%C5%BEavne+slu%C5%BEbe+Bosne+i+Hercegovine.
pdf
19. http://pistaljka.rs/public/fck_files/file/izvestaji/Knjiga%20-%20Profesija%20i%20korupcija.pdf.
20. <http://www.cbs-css.org/autorske-analize/140-sasa-mitrovic/292-zastojepotrebno-ustanoviti-eticke-standarde-u-kriminalisticko-obavestajnom-i-policijskom-raduuopste>
21. http://www.academicjournals.org/article/article1380545459_Radhika.pdf, Journal of Public Administration and Policy Research Vol. 4(2) pp. 23-31 March, 2012 Available online at <http://www.academicjournals.org/JPAPR> DOI: 10.5897/JPAPR11.049 ISSN 2141-2480 ©2012 Academic Journals Review Ethics in Public Administration D. Radhika
22. <http://media.institut-alternativa.org/2015/02/etika-i-javna-uprava-principi-bez-podrske.pdf>
23. http://prf.unze.ba/v2/docs/anali/godina_4_broj_7/17%20Otajagic.pdf
24. <http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/oblasti-rada/dobra-uprava>
25. http://www.iksi.ac.rs/zbornik_arhiva/zbornik_iksi_1_2013.pdf
26. <http://www.scribd.com/doc/26828096/Javna-Uprava>
27. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN004661.pdf>, Administrative Ethics: Sociological Aspects
28. <http://www.academicjournals.org/jpapr/PDF/PDF2012/March/Radhika.pdf>
29. http://www.sep.gov.mk/data/file/Progres%20Report%202014/Izvestaj%20MK_PROV_10_10_2014.pdf
30. Законот за јавни службеници, Сл.весник на Република Македонија, бр. бр. 52 од 16.04.2010 година
31. Етичкиот кодекс на државните службеници од „Службен весник на Република Македонија“ бр.68/02, 16/04 и 48/07.
32. Закон за вработените во јавниот сектор, Сл.весник на Република Македонија, бр.27/2014.
33. Законот за административни службеници, Сл.весник на Република Македонија, бр. 27 од 05.02.2014 година.

МИРНО РЕШАВАЊЕ НА РАБОТНИ СПОРОВИ

УДК: 349.2.077.2
Original research paper

*„Блажени се
миротворците зошто тие тие ќе се наречат
синови Божји“
Матеј, 5:9*

Резиме

Трудот мирно решавање на работните спорови во својот опфат ја поставува на дневен ред особено актуелната тема за решавањето на работните спорови, и тоа според принципите на мирно решавање. Мирното решавање на работните спорови се темели на неколку постапки, како што е арбитражата, посредувањето, мислењето и т.н.. Трудот ги опфаќа овие познати методи на мирно решавање поставени низ призма на решенијата во Законот за мирно решавање на работни спорови на Република Македонија. Авторот се задржува како на нормативната појавност на начините на мирно решавање на работните спорови, така и на етимолошката суштина на целокупниот систем и неговите делови поодделно. Во трудот се анализираат добрите и лошите страни на правните решенија и се предлагаат соодветни подобрувања, при што авторот константно ја афирмира тезата за неопходност од вистинска примена на системот на мирно решавање на работни спорови.

¹ Доцент по трудово и социјално право, Правен факултет, Универзитет Св. Кирил и Методиј Скопје

1. Аксиологија на прашањето

Решавањето на работните спорови на мирен начин е прашање на избор. Изборот преку мирен начин да се решава кој било спор, па и работниот спор во голема мера зависи од светогледот на страните во спорот, системот на вредности кои го негуваат и методите и праџапот кои се користат. Всушност станува збор за начин на размислување и делување, кои пак длабоко извираат од духовната матрица на индивидуата која е актер во процесот. Најчесто работниците и работодавачите донесуваат различни вредности или ставови во рамките на меѓусебните интеракции. Тоа во многу нешта зависи и од односот на силите и моќта, правното опкружување, политичките и економските услови², но и културолошкото и поширокото општествено опкружување³.

Сепак, тоа што може да се споделува заедничко, е добрата воља за мирно решавање на меѓусебните спорови. Секако, страните во спорот може да изберат и поинаков пристап, односно преку афирмативни акции да ги решаваат спорните прашања, што на крајот може да се преточат во две постапки, а тоа е судска (заштита на правата) или штрајк.

Може да се каже дека мирното решавање на работниот спор е еден вид на верување во вредноста на дијалогот, взаемното почитување и уважување, верување во мирот како образец на животот.

2. Извориште на судирите на работното место

Како причини за појава на судир на работното место, односно работен спор, може да бидат поголем број на извори („трегери“). Многу често станува збор за недостаток на комуникација и немање на зеднички средби во кои се даваат насоки. Исто така како дел од создавањето клима за судири претставува едностраното донесување на одлуки, најчесто од страна на работодавачот, без притоа да се испита расположението на вработените, или синдикатот. Покрај тоа непочитувањето на правата и обврските од работен однос, непочитување на законските обврски, како и непознавањето на нормативната рамка многу често се дел од работните спорови⁴.

² *Системи за работни спорови: насоки за подобри резултати*, Меѓународна организација на трудот, Будимпешта, 2015, стр. 9-11.

³ Ибидем, стр. 11.

⁴ Спореди: *Системи за работни спорови: насоки за подобри резултати*, стр. 17; Миронов В.И., *Трудовое право*, Питер Прес, Санкт Петербург, 2009, стр. 732-737.

Секако, психо-социјалната позадина кај сите судири не треба да се потцени, односно, постојат состојби каде објективно има основ за настанување на спор, но нема „потикнувач“. Како отсуство на иницијатор на судир во тие околности може да биде одреден интерес на страните и покрај тоа што не се почитува одредена норма, или пак психолошката позадина на личноста која не сака да влегува во никаков судир со другата страна, иако знае дека има проблем. Сепак, и кај последниот случај, доколку не станува за одредена состојба на духот на личноста, најчесто има одреден интерес, што не мора секогаш да биде економски (на пр. желба да се заштити од можен стрес).

Се поставува прашањето дали работниот спор може да се избегне, или постои неминовност од судир? Во рамките на индустриските односи во капиталистичкото пазарно ориентирано стопанство економските односи се детерминирани од интеракцијата помеѓу трудот и капиталот. Пазарното стопанство, односно пазарната економија го прифаќа концептот дека вработените и работодавачите, односно менаџментот, имаат засебни и најчесто различни интереси, па оттука појавување и постоење на одредени судири во најголем дел е наминовност⁵. Судирот помеѓу субјектите во работниот однос или социјалните партнери не мора секогаш да се изрази како спор, но многупати неговата форма е токму во вид на спор.

3. Видови на работни спорови

Работните спорови во основа се делат на индивидуални и колективни⁶. Индивидуални работни спорови се оние кои настануваат и се водат во врска со остварување и заштита на индивидуални права од работен однос, како што се право на плата, годишен одмор, отказ и сл. Овие спорови се помеѓу конкретни лица кои се субјекти во работниот однос, а тоа се работник и работодавач. Притоа типичен работен спор не може да се води помеѓу работник и друг работник, освен во делот на одредени оштетни материјални побарувања, но во тој случај станува збор за граѓански спор.

Од друга страна колективниот работен спор е оној спор кој настанува или се води за заштита на колективните права од работен однос и тоа секогаш помеѓу еден или повеќе работодавачи и синдикатот, а во одредени случаи и група на вработени. Предмет на овој спор е заштита или

⁵ Системи за работни спорови: насоки за подобри резултати, стр.16.

⁶ Lubarda B. *Resavanje kolektivnih radnih sporova*, PFUB, Beograd, 1999, str.22; Лубарда Б., *Радно право (друго издање)*, Београд, 2013, стр. 768-769.

остварување на колективни права од работен однос, а тоа се правото на синдикално организирање и делување, права од колективен договор и правото на штрајк.

Покрај овие во науката особено често се зема во предвид поделбата на интересни и правни работни спорови, која поделба е врз основа на тоа дали станува збор за спор околу кршење на некои постојно право, или пак во однос на несогласување меѓу работниците и работодавачот во врска со некои идни права и обврски.

4. Начини на решавање на работните спорови

Работните спорови може да се решат во основа на два начина. Првиот е преку судски пат, додека вториот начин е алтернативното решавање на работните спорови што подразбира пред се мирно решавање. Индивидуалните и колективните работни спорови може да се решаваат на двата начина, при што колективните спорови подразбираат и можност за нивно решавање преку штрајк, или како што во теоријата се среќава – право на колективна акција. Покрај овој начин, колективните спорови може да се решаваат и преку пикетинг и бојкот, или како што споредбено се среќава, право на колективно делување⁷.

4.1. Мирно решавање на работните спорови

Постојат повеќе видови на мирно решавање на работните спорови. Дел од нив се среќаваат во посебните национални законодавства, но речиси никогаш *de lege lata* не ги среќаваме сите видови на мирно решавање на работните спорови во еден законик.

Вонсудското – мирно решавање на работните спорови особено се развива во текот на 20-от век. Во овој период на правната сцена се издвојуваат повеќе методи или начини на мирно решавање на работните спорови кои за основна, но и крајна цел имаат работниот спор да се заврши без конфликт⁸.

Како методи на мирно решавање на работните спорови се издвојуваат: усогласување, посредување, мирење, арбитража, порамнување и јавни служби за посредување и мирење⁹.

⁷ Лубарда Б., оп.цит., стр. 770, 981.

⁸ Stojanovic M., *Radni Sporovi*, Kraguevac, 2007, str. 18.

⁹ Stojanovic M. *ibidem*.; Лубарда Б. оп.цит., стр.

4.1.1. Усогласување

Усогласувањето претставува неформален мирен метод на решавање на работен спор. Станува збор за меѓусебно усогласување на ставовите и неформално надминување на спорните прашања без учество на трета страна во спорот или други јавни или приватни институции. Почесто се јавува кај колективните работни спорови и тоа на микро ниво, отколку на макро ниво¹⁰.

4.1.2. Посредување

Посредувањето претставува метод на мирно решавање на колективните работни спорови и значи продолжување на колективните преговори, но со помош на трето лице, кое дава т.н. добри услуги на страните во спорот за да дојдат до негово спогодбено решавање. За разлика од мирењето, посредувањето опфаќа неколку фази и во одредени аспекти е поактивен процес од мирењето¹¹, но делувањето на посредникот по обемот и моќта е помало отколку на мирителот. Посредувањето во францускиот јазик го среќаваме како медијација - *la mediation*, додека во англискиот јазик како *conciliation* и *mediation*, а потекнува од латинскиот збор *mediativus* (кој посредува), или *mediare* (да се заземе средишна позиција).

4.1.3. Мирење

Мирењето, или уште наречено како помирување, потекнува од латинскиот збор *concilio*, *conciliare*, што значи да се состави, спријатели, помири, придобие. Мирењето се состои во тоа трета и неутрална, но стручна страна, да даде помош за страните во спорот да се состанат и полесно да дојдат до заедничко прифатливо решение, односно преку компромис да дојдат до договорно решавање на спорот¹². Во врска со мирењето Меѓународната организација на трудот во Препораката бр. 92 предвидува посебна постапка на доброволно мирење во колективните работни спорови¹³.

¹⁰ Lubarda B., op.cit., str. 118.

¹¹ Лубарда Б., оп.цит., стр. 953; A. de Roo, R. Jagtenberg, *Settling labour Disputes in Europe*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1984, str. 25.

¹² Лубарда Б., оп.цит., стр. 951; Ivancevic J.M. ... str. 671; Gamerlynck G.H., Luon-Caen G., Pelissier J., *Droit du travail*, Dalloz, 1986, str. 989.

¹³ Ghebalı V-Y., *The International Labour Organization*, M.N. Publishers, Dordrecht, 1989.

Помирувањето може да биде задолжително или доброволно во однос на можноста која се дава на страните при неговото користење, додека пак задолжителното миреење може да биде законски предвидено, или пак договорно¹⁴. Исто така постои и инокосно и колегијално помирување со учество на заеднички одбор на мирители. Согласно Препараката бр. 81 на МОТ, помирувањето може да се даде и на посебни лица, тела, или јавни и приватни установи.

4.1.4. Арбитража

Арбитражата во теоријата најчесто се поврзува со решавање на индивидуалните работни спорови¹⁵, иако може да се јави и при колективните работни спорови, и тоа како правна, интересна и факултативна арбитража,¹⁶ а според начинот на пристапување кон арбитражата, на задолжителна и доброволна. Законодавството на земјите од регионот, како и македонскиот трудово-правен систем ја потврдува констатацијата дека арбитражата е карактеристична за индивидуалните работни спорови.

Арбитражата поимно се определува како метод на алтернативен и мирен метод на решавање на работен спор (индивидуален и колективен) со носеење на најчесто задолжителна одлука за решение на спорот од страна на посебно избрани непристрасни и стручни лица. Одлуката на арбитражата кај колективните работни спорови може да биде и советодавна, а истата се среќава во францускиот систем на мирно решавање на колективните работни спорови. Оттаму потекнува и терминот „социјална арбитража“, со кој всушност се означува арбитражата¹⁷.

Странките кај индивидуалните работни спорови најчесто сами ги бираат арбитражите, додека кај колективните спорови, арбитражата се јавува најчесто како арбитражен совет.

¹⁴ A. de Roo, R. Jagtenberg, op.cit., str. 26.

¹⁵ Лубарда. Б., оп.цит., стр. 810,811.

¹⁶ Stojanovic M., op.cit., str. 19, 20; Трудова арбитража може да постои и само за колективните работни спорови како што е во Бугарија, види: Закон за уреждане на колективните трудови спорове, Државен весник, бр. 21/90, изм., доп.; Мрјачов В., *Трудово право*, Сиби, Софија, 2008, стр. 836.

¹⁷ Gamerlynck G.H., Luon-Caen G., Pelissier J., op.cit., str. 992-994..

4.1.5. Порамнување

Порамнувањето како метод за мирно решавање на работните спорови најнапред и најповеќе се среќава кај индивидуалните работни спорови. Станува збор за не типичен метод на решавање на спорот, каде страните директно преку взаемно договарање определуваат заедничко прифатливо решение – порамнување, преку кое се завршуваат сите претходни постапки, формални или неформални во врска со спорот. Се смета дека порамнувањето е метод за решавање на спорот кој на двете страни им носи чувство на победа (win – win) ситуација и каде се создаваат предуслови за понатамошно градење на добри односи, особено ако работниот однос продолжува да трае¹⁸.

4.1.6. Јавни агенции/служби за мирење и посредување

Јавните агенции или служби за мирење и посредување претставуваат институции кои се основаат од страна на државата, а чие функционирање и надлежност се утврдува со закон. Тоа се јавни институции кои многу често функционираат на принципот на трипартизам, како што е примерот во Велика Британија и Австрија, или пак како посебен независен орган како што е во Германија, САД, Шведска, Јапонија.

Овие институции имаат обврска да дадат услуги на мирење и посредување на барање на странките во спорот или по сила на закон и тоа најчесто преку помирувачи, посредници или арбитри од посебна листа. Со нивната дејност овие институции придонесуваат за стабилизација на трудово – социјалниот мир, за успешно функционирање на пазарот на труд и индустриските односи¹⁹.

5. Законска рамка во Македонија

Мирното решавање на работните спорови во Република Македонија е уредено со Законот за мирно решавање на работните спорови (ЗМРПС) од 2007 година²⁰. Овој закон иако е донесен одамна, негово практично применување започна од 2015 година. Примената на овој закон треба да помогне во заокружување на трудово - правниот систем во земјата, токму

¹⁸ Спореди: Stojanovic M., str. 20.

¹⁹ Лубарда Б., оп.цит., стр. 970.

²⁰ Службен весник на РМ, бр. 87/07.

преку непосредно уредување на особено значајната област на работните спорови и нивното мирно решавање.

Причините за не применувањето на Законот за мирно решавање на работните спорови се кријат во повеќе извори. Законот предвидуваше формирање на посебен Републички совет, кој не беше формиран. Исто така постоеше непосредно „навивање“ од страна на медијаторите овој закон да не се применува бидејќи се сметаше дека работните спорови ќе можат да се решаваат на мирен начин преку медијацијата. Но, во практика се покажа дека тоа не е можно, особено во однос на колективните работни спорови. Имено, за успешно мирно да се решаваат работните спорови потребно е да бидат исполнети неколку претходни претпоставки. Најнапред заради специфичностите на трудовите институти потребно е подлабоко познавање на трудот и неговата правна феноменологија, особено во однос на колективното трудово право. Сметаме дека општите познавања од постапката за медијација не се доволни за подлабоко разбирање на феноменот на мирно решавање на работните спорови. Исто така трудот и работните односи имаат непосредно и длабоко влијание на индустриските односи и на севкупните економски текови во земјата, па оттука неопходно е адекватно и целесобразно решавање на работните спорови.

Сепак, во споредбените практични искуства постојат примери како што е тој во Ирска каде најдобриот помирувач во работните спорови е полицаец по професија, но во македонски услови разбирањето на социјалниот дијалог и суштината на работниот однос сметаме дека е незаменливо. Секако, за целиот систем вистински да заживее нужно и неопходно е помирувачите и арбитражите да бидат луѓе со професионален и човечки квалитети и кредибилитет. Воспоставување на довербата е еден од клучните елементи за успешно мирно решавање на работниот спор, а тоа не може да се постигне без „вистинските“ луѓе.

На практичната примена на законот претходеа покрупни измени во 2014 година²¹ со што се избришаа одреден број на членови и позначајно се промени првично поставениот систем на мирно решавање на работни спорови. Денес, во законот повеќе не е предвидено формирање на посебна Републички совет за мирно решавање на работните спорови. Поинаку е уреден надоместокот на помирувачите и арбитражите, како и постапката за започнување на мирното решавање на спорот, односно арбитражата и помирувањето. Промени имаше во однос на тоа како се води листата на помирувачи и арбитражи, како и постапката на нивен избор и траење на мандатот. Одреден број на членови со измените и дополнувањата беа

²¹ Службен весник на РМ, бр. 27/14

целосно избришани. На тој начин се промени концептот на мирно решавање на работни спорови во Македонија и од систем на јавна институција која би ги собирала помирувачите и арбитрите се премина во систем на непосреден избор на помирувачи и арбитри од листа која се води при Министерството за труд и социјална политика. На овој начин постапката и целокупниот систем на мирно решавање на работни спорови се поедностави, стана подостапен и поекономичен за страните во спорот, но и за државата.

5.1. Мирно решавање на спорите

Најнапред во Законот за работните односи²² (ЗРО) е уредено преку членот 182 дека страните работниот спор – индивидуален или колективен, може да го доверат да се решава на посебен орган утврден со закон. Денес, согласно измените од 2014 година на ЗМППС иако не постои посебен орган, сепак помирувачите и арбитрите согласно членот 37 од ЗМППС се овластени лица бидејќи нивниот статус се добива со стекнување на посебна лиценца која се издава по спроведена обука и програма од страна на Министерството.

Интересно е што ЗРО во членот 183 предвидува можност за арбитражно решавање на колективен работен спор, иако Законот за мирно решавање на работни спорови таа можност не ја предвидел. Имено, ЗРО јасно укажува дека овој начин на решавање на колективни работни спорови мора да се предвиди со колективен договор. Овој вид на арбитража е доброволна, но одлуката од арбитражата е конечна и со задолжително дејство за страните на спорот.

Законот за мирно решавање на работните спорови го уредува начинот и постапката на мирно решавање на индивидуалните и колективните работни спорови, изборот, правата и обврските на помирувачот и арбитерот.

Според законот, колективен работен спор е оној спор кој што се јавува во врска со склучувањето, измената, дополнувањето или промената на колективниот договор, остварување на правата на синдикално организирање и правото на штрајк. Од ова може да констатираме дека во законската дефиниција колективниот работен спор се однесува на сите елементи од содржината на колективното трудово право, а тоа е синдикалното организирање, колективното преговарање и штрајкот. Вака

²² Службен весник на РМ, бр. 62/05 и понатаму.

определен, колективниот работен спор се однесува на колективните права²³ и на колективните интереси на работниците и работодавачите, односно ги опфаќа и правниот и интересниот колективен спор. Исто така дефиницијата во себе го содржи интегралниот поим на колективен работен спор во поширока смисла²⁴, со оглед на фактот што ги опфаќа сите елементи на колективното трудово право.

Индивидуалниот работен спор се дефинира како спор по повод откажување на договорот за вработување и несиплата на плата. Според ова, индивидуалниот спор се однесува само на две права од работен однос, а тоа е отказот кој може да биде даден од страна на работодавачот и работникот, и на неисплаќање на платата која како обврска може да ја прекрши само работодавачот. Овој стеснет обем на поимот на индивидуален работен спор, на што се однесува ЗМРПС значи потесно определување на опфатот на правата и обврските што можат да бидат предмет на спорот.

Сепак, овде постои и дополнителна состојба, која што произлегува од Законот за медијација²⁵ (ЗМ). Согласно членот 1 ставот 2 на овој закон, работните спорови може да се решат и со медијација. Што значи ова во практичната примена на двата закона (ЗМРПС и ЗМ)?

Законот за медијација се однесува на сите индивидуални работни спорови, освен на споровите за откажување на договорот за вработување и за неисплаќање на платата. Тоа значи дека со медијација може да се решаваат спорови во врска со годишен одмор, надомест на штета, работно време и т.н., од друга страна, преку Законот за медијација не е можно да се решаваат колективните работни спорови, бидејќи тие детално се уредени со Законот за мирно решавање на работните спорови.

Во однос на определување или дефинирање на некои други поими, ЗМРПС материјално – правно не соодветно и погрешно го дефинира помирувањето како посредување. Претходно објаснивме дека станува збор за два различни термини и методи на решавање на работните спорови, иако во пракса, но и во науката многупати се мешаат овие методи. Секако, тие имаат голем број на сличности и во одредени аспекти понекогаш тешко може да се разликуваат, но сепак постои разлика²⁶. Помирувањето согласно законските прописи во Македонија се однесува само за

²³ За колективните права повеќе кај: Gamerlynck G.H., Luon-Caen G., Pelissier J., op.cit., str. 381; Lubarda B., op.cit., str. 38.

²⁴ Lubarda B., op.cit., str. 42.

²⁵ Службен весник на РМ, бр. 188/13.

²⁶ Спореди: Stojanovic M., str. 19; Лубарда Б., оп.цит., стр. 951-953.

колективните работни спорови. Помирувачот пак е лицето кое дава помош за склучување на спогодба со која мирно ќе се реши спорот.

Арбитража е постапка во која со учество на трета независна страна треба да се дојде до решение во спорот. Арбитражата се однесува само за индивидуалните спорови и решението е правно обврзувачко за страните во спорот. Арбитер, пак е лицето кое одлучува по предметот на спорот.

5.2. Постапка за решавање на колективен работен спор

Постапката за мирно решавање на колективниот работен спор започнува со поднесување на предлог до Министерството за труд и социјална политика. Предлогот може да биде поднесен од двете страни на спорот, доколку има согласност за започнување на постапката, како и за изборот на помирувачот, или пак само од една страна. Во случај кога станува збор за дејности од општ интерес, страните се должни да пристапат кон мирно решавање на спорот, и тоа преку поднесување на заеднички предлог.

Од друга страна, Законот за работни односи предвидува задолжително започнување на постапка за мирно решавање на колективните работни спорови, пред започнување на постапката за штрајк, без оглед на видот на дејноста. Иако ЗРО предвидува дека штрајкот не може да започне пред да заврши постапката за помирување која е предвидена согласно неговите законски одредби, во него всушност и не се даваат други подетални одредби кои би се однесувале на самата постапка на мирење, но исто така нема одредби со кои се упатува на друг закон. Законот единствено упатува дека ова прашање може да се уреди и со колективен договор.

Сепак, овој нормативен приод не ја намалува важноста и задолжителноста на мирното решавање на колективните работни спорови согласно Законот за мирно решавање работните спорови во случај на штрајк, бидејќи членот 182 на ЗРО упатува дека страните во спорот можат да го доверат спорот на мирно решавање согласно закон, додека пак понатаму во членот 236 предвидено е задолжително помирување пред започнување со штрајкот.

Решавањето на колективните работни спорови може да се случува во три правни ситуации. Првата е кога и двете страни се согласни дека спорот може да го решат преку мирно решавање, и тогаш постапката се води согласно ЗМППС. Овде задолжителен услов е согласноста на волјите на двете страни. Вториот случај е кога страните имаат законска обврска

мирно да пристапат кон решавање на спорот, без разлика дали тие тоа го сакаат или не. Тоа е случајот пред започнување на штрајкот.

Трета можност е предвидена во случај на поинаква и специфична правна ситуација. Станува збор кога всушност нема типичен колективен работен спор, туку страните во колективните преговори може да повикаат помирувач да учествува во процесот на колективното преговарање. Станува збор за еден вид на олеснување на преговорите, каде помирувачот помага и превенира да не дојде воопшто до спор. Помирувачот има можност да учествува во сите фази на процесот на колективното преговарање, да им укажува на страните за евентуални предлози кои не се во согласност со законот, да им дава стручна и друга помош на страните, како и да им помага да постигнат спогодба, но без притоа да наметнува свои решенија.

Оваа помош при колективното преговарање сметаме дека може да биде скапоцена и многу полезна за страните во процесот на колективното преговарање доколку помирувачот е лице кое е компетентно да се вклучи и помогне во колективните преговори. Сепак, станува збор за колективни преговори кои треба да доведат до склучување на колективен договор. Но, колективниот договор претставува еден посебен правен свет во рамките на трудовото право и бара стручно и научно разбирање. Во спротивно помирувачот може да советува и насочува кон нешто што не е суштина на колективниот договор и да ги наведе преговарачките страни на грешки што можат да имаат далекосежни негативни последици како за вработените, така и за работодавачот.

По поднесениот предлог за помирување, доколку не е заеднички од двете страни, спротивната страна треба да се изјасни во рок од 5 работни дена. Доколку страната не се изјасни по предлогот се смета дека го одбила. Од друга страна доколку постои заеднички предлог за помирување, или предлогот е прифатен, но нема согласност за тоа кој ќе биде помирувач, тогаш, МТСП го определува помирувачот од регистарот и во рок од 3 работни дена му ги доставува документите.

Во случај доколку станува збор за типичен колективен работен спор кој се однесува во врска со склучувањето, измената или дополнувањето на колективниот договор (интересен спор), или во врска со примената на колективниот договор (правен спор), страните може да поднесат предлог помирувач да се вклучи за укажување на помош за да се реши спорот.

Помирувачот во овој случај има право да помага да се изнајде заедничко прифатливо решение за страните во спорот, да укажува кои предлози не се во согласност со законот, како стручен, непристрастен и независен да им дава стручна помош на страните, и секако да им помогне

да дојдат до заедничко прифатливо решение преку потпишување на спогодба.

Во случаите кога станува збор за спорови во дејностите од општ интерес карактеристично е што ЗМРРС ги набројува точно кои се тие дејности, и предвидува постапката за мирее со пократки рокови. Како дејности од општ интерес се дејностите во електростопанството, водостопанството, сообраќајот, радио-телевизијата, чиј основач е РМ или локалната самоуправа, поштенските и комуналните услуги, производството на основни прехранбени продукти, здравствената и ветеринарната заштита, образованието, заштитата на децата, социјалната заштита, полицијата и одбраната.

Во овие дејности предвидено е задолжително помирување, и тоа треба да започне веднаш по настанување на спорот, или најавата за штрајк. Постапката за помирување треба да заврши во рок од десет дена. Во другите дејности постапката треба да заврши во рок од 20 дена од денот на отворање на расправата. Доколку пак е започната постапка за штрајк, штрајкот не може да се оствари се до завршување на постапката за помирување.

Кај овие дејности специфично е што постапката за помирување е задолжителна не само во случај на најава и започнување на постапка на штрајк, туку и во други случаи кога постои спор. Ова е пошироко поставен опфат на задолжителноста на помирувањето од оној во ЗРО, кој предвидува задолжително помирување само при штрајк.

Друга специфика, покрај задолжителноста на помирување, претставува обврската и двете страни да поднесат предлог за помирување наредниот ден од настанување на спорот. Овде веднаш се поставува прашањето кој е денот кога е настанат спорот. Ова од аспект што едната од страните може да тврди дека нема спор, а другата да тврди спротивно. Во овој или други случаи кога двете страни нема да поднесат заеднички предлог, односно нема согласност за потребата од поднесување заеднички предлог, тогаш едната страна треба да го извести Министерството за труд и социјална политика дека спор има, но нема заеднички предлог за помирување, за да МТСП во рок од 2 дена ех офісіо покренува постапка за помирување и назначува помирител. Постапката започнува наредниот ден по приемот на документите од страна на помирувачот, односно тоа е третиот ден од поднесувањето на известувањето од едната страна.

Без разлика за каков вид на дејност станува збор, постапката за помирување во случај на колективен работен спор се води пред Одбор за помирување. Одборот мора да го сочинуваат еднаков број на претставници на страните плус помирувачот. Одборот може да одлучува и да донесува

одлуки и решенија, но постапката ја води помирувачот. Притоа тој нема право на одлучување.

Постапката пред Одборот кај дејностите кои не се од општ интерес започнува со закажување на закажување на расправа и тоа во рок од 3 дена од приемот на документите. Страните во спорот делегираат свои претставници, но доколку тоа не го сторат, помирувачот го продолжува помирувањето со директни консултации со страните. Помирувањето може да биде со закажување на заеднички средби, со одвоени средби или комбинирано. Целта е страните во спорот да дојдат до заеднички прифатлива спогодба.

Сепак на крајот на расправата Одборот ја заклучува расправата и тој дава препорака за начинот на решавање на спорот. Препораката е во писмена форма, а за неа треба да гласаат неговите членови. Законски не е уреден начинот на гласање, па тоа останува да се утврди при неговото формирањето од страна на неговите членови. Доколку Одборот не донесе препорака во рок од 5 дена од заклучување на расправата, тогаш препорака може да предложи помирувачот. Тоа е можност, но не е обврска на помирувачот. Законот предвидува во случај на неприфаќање на препораката од една од страните, тогаш таа мора во рок од три дена да ги наведе причините за неприфаќање. Специфично е тоа што можно е на барање на помирувачот причините за неприфаќање да се објават од страна на МТСП во средствата за јавно информирање. Ова веројатно е замислено како дел од концептот на јавно информирање за страната која не е конструктивна во процесот, и има за цел јавноста да донесе морален суд, но треба да се внимава овој начин на објава да не премине во јавна дискредитација на една од страните и нејзино јавно „линчување“.

Препораката и во двата случаи не е задолжителна за страните на спорот. Препораката претставува само основа за потпишување на Спогодба за решавање на спорот, доколку страните ја прифатат препораката. Доколку предмет на колективниот работен спор е колективниот договор, тогаш Спогодбата станува негов составен дел, а доколку предмет на спорот се други колективни права од работен однос, тогаш Спогодбата има сила на судско порамнување.

Овој вид на мирно решавање на колективните работни спорови е бесплатен за страните на спорот, а помирувачот добива одреден надомест од страна на МТСП

5.3. Постапка за решавање на индивидуален спор

Индивидуалниот работен спор како што беше претходно напоменато во македонскиот систем на мирно решавање на работни спорови се решава со арбитража. Иако обемот е стеснет и овој начин на решавање на индивидуалните спорови се однесува само за откажувањето на договорот за вработување и при не исплата на плата, сепак тоа не го намалува значењето на овој метод.

Постапката за решавање на индивидуалниот работен спор преку арбитража, односно со арбитер во многу нешта наликува на судската. Сепак решавањето на овој начин на спорот има многу предности и погодности за двете страни во однос на судското решавање на спорот.

Согласно македонскиот Закон за мирно решавање на работните спорови, постапката започнува со поднесување на предлог од двете страни, што е поинаков концепт од оној кај помирувањето. Тоа е и логично ако се има во предвид дека самата постапка е доброволна, но одлуката на крајот е задолжителна за двете страни.

Времето на траењето на постапката е релативно кратко. Најнапред, арбитерот е должен во рок од 3 дена да закаже расправа по приемот предлогот и на документите. Ова секако е голема предност во однос на ефикасноста на постапката наспроти судската, каде роковите иако според Законот за парнична постапка²⁷ се итни, сепак времето е подолго за закажување на расправа.

Расправата тече многу слично како судската, во присуство на страните во спорот, каде арбитерот ја води расправата, а страните даваат изјави, се изведуваат докази, може да се сослушаат и други лица, односно се изнесуваат сите релевантни факти за одлучување. Исто така присутно е начелото на контрадикторност, каде страните може да се изјаснат за наводите на другата страна. Одлагање на расправата може да се случи по барање на страните или по службена должност од страна на арбитерот, но истата треба најдоцна во рок од пет дена повторно да се закаже. Страните исто така може да дадат и завршен збор на крајот на расправата. Расправата завршува по оценка на арбитерот, кој доколку смета дека е расправен предметот на спорот ја заклучува расправата и во рок од 30 дена треба да донесе решение. Против решението не е дозволена жалба, а истото по доставување на страните е правосилно и извршно.

Доколку претходно е поведен судски спор за предметот на арбитражата, страните по поднесување на предлогот за арбитража го

²⁷ Службен весник на РМ, бр. 07/11 (прочистен текст).

известуваат судот да ја прекине постапката, а по правосилноста на решението, за истото го известуваат судот. На тој начин судската постапка повеќе не се води и истата нема никакво дејство и значење за страните, бидејќи спорот е решен преку арбитража.

Имајќи го претходното во вид може да се каже дека арбитражната постапка е многу побрза од судската, економична е, бидејќи за страните нема никакви финансиски трошоци, односно целосно е бесплатна, а арбитерот одреден надомест добива од страна на МТСП. Покрај тоа оваа постапка е многу поефикасна бидејќи по истата нема жалба и веднаш е правосилна и извршна.

5.4. Македонската пракса на мирно решавање на работни спорови

Иако Законот за мирно решавање на работните спорови е донесен дури од 2007 година, вистинската имплементација на започна од септември 2015 година, кога се доделија првите лиценци за помирувачи и арбитри. Иако периодот е премногу краток за да се направи подетална анализа за спроведувањето и примената на законот, сепак може да се каже дека има одредени позитивни разбранавања во однос на потребата од неговата примена.

До крајот на 2015 година се спроведоа две постапки за мирно решавање на колективни работни спорови, од што една за типичен колективен работен спор и една во која помирувачот учествуваше во колективното преговарање без притоа да има спор во постапката.

Првиот спор беше помеѓу Синдикатот при контрола на летање во М-НАВ А.Д. Скопје и управниот одбор, а се однесуваше на спор во текот на колективното преговарање во однос на утврдување на висината на платите на контролорите на летање кој премина во најава за штрајк. Помирувањето заврши неуспешно, односно без потпишување на спогодба од страните, но сепак до штрајк не дојде, што укажува на тоа дека страните изразија желба да продолжат да разговараат за спорот.

Вториот случај на помирување се однесува на учество на помирувачот во постапката за измена и дополнување на колективниот договор во Фондот за пензиско и инвалидско осигурување на РМ, односно во процесот на колективно преговарање. Притоа ова колективно преговарање заврши успешно со доаѓање на заеднички прифатливи ставови на преговарачките страни по сите прашања од предметот на измените и дополнувањата, а преку помош на помирувачот.

Кон крајот на 2015 година има најава за започнување на четири нови постапки за учество на помирувач во колективното преговарање кои треба да се реализираат во почетокот на јануари 2016 година.

Во однос на индивидуалните работни спорови до крајот на 2015 година нема ниту еден спор каде што започнала постапка за арбитража.

6. Заклучок

Мирното решавање на работните спорови не е нов поим, но секако е иновативен и напреден модел за надминување на спорите во рамките на динамиката на трудот и работните односи кои се негов составен дел. Методите на мирно решавање на колективните и индивидуалните работни спорови, во Европа и во светот во голема мера се веќе воспоставен стандард и модел. Во Македонија, пак, допрва овој систем започнува со својот развоен пат и практично „патешествие“.

Длабоко сме убедени дека иднината на решавањето на спорите од областа на трудот е токму преку методите на нивно мирно надминување и решавање. На ова во прилог одат неколку фактори. Најнапред брзината на постапката, потоа економичноста и секако ефикасноста. Мирното решавање на работните спорови како систем одговара на пазарните економски односи и динамиката на пазарот на трудот особено во постиндустриското општество.

Мирното решавање на работните спорови во себе го содржи и силниот вредносен систем на мирот и взаемното уважување и почитување, кој како длабоко цивилизациско, а пред се есхатолошко начело придонесува во изградбата на новиот вредносен систем на трудот кој почива на поимот на ослободување на личноста создадена како креативно битие.

Во Македонски рамки иако системот допрва заживува и почнува да се применува, по почетниот оптимизам мора да го прати добро осмислен и долгорочно поставен систем на поддршка. Тој систем подразбира информирање на граѓаните, а особено на субјектите во трудот и работните односи, рекламна кампања, како и компетентни и угледни арбитри и помирувачи кои ќе бидат најсилните промотори на новите методи на решавање на работните спорови, како и финасиска рамка за поддршка.

На крајот, ако тежнееме кон модерни и развиени трудов – правни односи мораме да го развиваме духот и идејата на вон судско решавање на спорите без притоа да имаме илузии за неговите недостатоци. Секако, останува да почекаме да видиме како ќе се развива системот, а земајќи ја поракава како мото: „in tempore sunt constare jure“, односно „во времето се проверува правото“.

PEACEFUL SETTLEMENT OF LABOR DISPUTES

Abstract

Paper refers to disputes in its scope sets the agenda particularly current topic for the settlement of labor disputes, and the principles of peaceful settlement. Peaceful resolution of labor disputes is based on several procedures, such as arbitration, mediation and reconciliation. The paper covers these known methods of peaceful settlement set through the prism of the provisions of the Law on peaceful settlement of labor disputes in Macedonia. The author focuses the legal options of peaceful settlement of labor disputes and the ethimological essence of the whole system and its parts separately. The paper analyzes the pros and cons of legal solutions and propose appropriate improvements, which the author constantly affirms the thesis of the necessity of a real application of the system of peaceful settlement of labor disputes.

Key words: *Labor dispute, mediation, arbitration, reconciliation*

²⁸ Associate professor of labour and social law, Faculty of law , University st. Cyril and Methodius
Skopje

УТВРДУВАЊЕ НА ПЛАТАТА ВО ТРГОВСКИТЕ ДРУШТВА ВО МАКЕДОНСКОТО ЗАКОНОДАВСТВО

УДК: 331.31:658.11.25

Original research paper

Апстракт

Наградувањето на работниците за извршената работа претставува еден од основните елементи на работниот однос, како и на севкупниот економски и социјален живот на секое општество. Во рамките на овој труд, направен е осврт на законските прописи кои ја регулираат платата во Република Македонија како и практичните искуства кои претставуваат индикатор на реалната слика на пазарот на труд. Претставени се мерилата, условите и критериумите врз основа на кои трговските друштва ја носат одлуката за висината на платата на своите работници. Претставен и е односот и влијанието на процесот на утврдување на платата во рамките на трговските друштва со актуелните општествени движења во економијата.

Користејќи се во најголем дел со правниот метод, но и со историскиот, како и компаративниот, проширувајќи со одредени социолошки претпоставки и анализи, како и преку синтеза на статистички податоци се доаѓа до одредени заклучоци за суштината и значењето на утврдувањето на висината на плата во рамките на трговските друштва во Република Македонија.

Клучни зборови: *плата, трговски друштва, трошоци за живот, животни потреби.*

¹ Соработник на предметите Трговско право и Трудово право на Правен факултет Јустинијан I, УКИМ dbosiljanov@gmail.com

Вовед

Без оглед дали зборуваме за платата, заработката, доходот или приходот, најчесто мислиме на ист институт, односно на паричниот износ кој работниците во работен однос го остваруваат или треба да го остварат за својата работа секој месец или недела. Токму тој износ за голем дел од работниците претставува најважниот приход, па оттаму има посебна важност при утврдувањето на правата и обврските од работниот однос. Уставот на Република Македонија² го утврдува правото на заработувачка на секој вработен преку која себеси и на својата фамилија треба да обезбеди слободен и достоинствен живот.

Платата, во својата најширока смисла, претставува една од најзначајните макроекономски алатки за социјален мир во државата. Висината на платата, е предуслов за развој, преку која се овозможува напредок на работниците преку подигнување на нивниот стандард, со што се доразвиваат и унапредуваат сите останати макроекономски индикатори.

Платата е еден од основните елементи на работниот однос. Со оглед на тоа, видливо е дека значењето на регулирањето на платата не можеше да остане само прашање на националните законодавства, туку нивното уредување и заштита стана цел на севкупната меѓународна заедница.³

Гарантирањето на платата преку што се обезбедуваат пристојни услови за живот, беше еден од основните принципи уште во Уставот на Меѓународната организација на трудот, а начелото за еднаков труд – еднаква плата, стана едно од целите што требаше да се постигнат и кон која беа насочени активностите на оваа организација.⁴

Значењето на утврдувањето на платата се гледа во перманентното проширување на нејзиниот предмет на опфат, така што со своето уредување ги опфаќа лицата кои работат во сите дејности, а особено во оние дејности кои се најниско платени, на пример, текстилната индустрија. Од друга страна пак, значењето на плата е ставено во преден план со оглед на нејзиното опфаќање на многу точки од севкупниот економски, социјален и политички живот во современото општество. Големото значењето се гледа и во фактот што преку платата се уредуваат односно подобруваат работните услови на огромен број вработени лица, на кои со овој институт им се овозможува достоинствен живот и подобрување на животниот стандард. Оттука, платата за работните луѓе има огромно значење и тоа не само правно, кое е проследено со носењето правна рамка

² Член 32, ст.1 Устав на Република Македонија Сл. весник 52/1991 од 22.11.1991 година

³ Alain Supiot, *Que sais je? Le droit du travail*, Paris, 2009

⁴ Гзиме Старова, *Меѓународно трудово право и законодавство*, Скопје, 1999 година

за разрешување на овој општествен проблем, туку и огромно политичко, социјално и економско значење. Јасно е дека овие значења на платата се доста испреpletени, имајќи предвид дека политичкото значење ја истакнува потребата за општествено решавање на социјалните проблеми во поглед на егзистенцијата на работниците кои пак нужно имплицираат и влијаат на целокупната економија во државата и тоа преку влијание на производствените односи, условите за работа и вработувањето.

1. Утврдување на висината на платата

Висината на платата треба да е детерминирана од два основни критериуми кои се посветени на реалните потреби на работниците и нивните семејства. Критериумот „потребата на работниците и нивните семејства“ значи темел на реалната потреба на работниците како вистински критериум врзан со достоината работа и стандардот кои работниците сакаат да ги достигнат. Ова значи дека работниците мора да имаат основна плата која нема само да ги задоволи нивните лични потреби, туку и потребите на членовите на нивните семејства. Во рамките на вториот критериум „трошоците за живот“, ги поместуваме трошоците за редовните потреби на работникот, како и трошоците кои ја гарантираат обновата на неговата енергија за работа, во насока на подолг и попристоен одмор, рекреација итн. Критериумите „потребите на работниците и нивните семејства“ и „трошоци за живот“ се вклучени во правните системи на повеќе од 60 проценти на земјите во светот.⁵ Ова укажува дека системот за утврдување на платата кој е воспоставен од законодавецот е во функција на обезбедување на одредени социјални цели и води кон обезбедување и зачувување на куповната моќ на работниците кои се во определен социјален ризик. Со тоа, висината на плата не е дизајнирана да биде политички инструмент, туку таа претставува алатка дизајнирана за заштита на правата на работниците.

Основната цел на плата е да ги заштити работниците преку што им се гарантира пристоен животен стандард. Оваа заштита на пристојниот животен стандард претставува основа на утврдувањето на висината на платата како институт. Токму поради оваа своја карактеристика, овој институт се декларира гледа како совршен инструмент за справување со сиромаштијата воопшто.⁶

⁵ Global Wage report, Wages and equitable growth – International Labor office – Geneva, 2013

⁶ Todor Kalamatiev, Dushan Bosiljanov, Quaesti 2014 – Virtual Multidisciplinary Conference Proceedings – The Minimum wage in the Macedonian legislations system

Со утврдувањето на висината на платите се оперира секојдневно. Како стабилен критериум за нејзиното утврдување се истакнува одредено ниво на животен стандард кој може да се протолкува повеќе димензионално.

Првиот елемент во објаснувањето на овој феномен е издиференцирање на разликата меѓу платите и профитот. Овие две категории се взаемно испреплетени бидејќи во утврдувањето на висината на платите, и трговските друштва односно работодавачите и синдикатите се повикуваат на висината на профитот. Логично \на тоа, онаму каде се остварува поголем профит за трговските друштва да се остварува поголема заработувачка (плата) за вработените.⁷

Освен тоа, платите како составен дел на чинењето на производството, треба да одговараат на потребите за обезбедување целосна репродукција на силата на трудот. Во современите општества целата таква конструкција тргнува од односот на силите од горенаведениот социјален контекст.

Економската и социјалната динамика имаат своевидни реперкусии брз механизмите на чинење на производството, а со тоа и брз висината на платите и добивката. Притоа, овде може да се забележи една поволна тенденција во релациите меѓу состојбата на трудот и новото на платите.

Поради нејаснотии во делот на утврдувањето на платата, во најголемиот број западноевропски земји со помош на науката, се пристапува со кон феноменот на националните разлики во примањата. Суштината на овој концепт се состои во „котирањето“ на разните работни места во функција на критериумите, како што се степенот на образование, одговорноста, иницијативноста, условите на работење или тежината на работните задачи. На тој начин се утврдуваат коефициентите низ чиј вијабилитет ќе бидат утврдени патите.⁸

Врз основа на претходно поставените постулати, се поставува логичното прашање кој е најзначајниот критериум во определување на висината на платите. Дали е тоа тежината на работните задачи, одговорноста или иницијативноста? Дали висината на профитите на трговските друштва влијаат на висината на платата?

Аналитичарите од овој домен сметаат дека предноста на утврдување на платата мора да ја имаат социјалните фактори. Според ова, структурата на платата ја рефлектира и структурата на самото општество.⁹

⁷ Проф. д-р Нано Ружин Социјална политика, Скопје, 2004 година, стр. 259, 260

⁸ Ibidem

⁹ Џон Балдок, Лавинија Митон, Ник Менинг, Сара Викерстаф, Социјална политика, Скопје, 2013

Македонското законодавство, како во Уставот на РМ така и во Законот за работните односи¹⁰ ја определуваат платата како загарантирана заработувачка на работникот. Платата е составена од основна плата, дел од платата за работна успешност и додатоци на платата.¹¹

Основната плата се определува земајќи ги предвид барањата на работното место, за кое работникот го склучил договорот за вработување.¹² На висината на основната плата најчесто влијае сложеноста на работните задачи на одредено работно место (чие што извршување бара поголемо или помало знаење и вештини) како и работните услови. Со оглед на тоа дека работните места по правило се определуваат и групираат по сложеноста на работата. Понекогаш на висината на основната плата влијае и извршувањето на планот, т.е. квалитетот на завршените работни задачи. Во последно време, во зависност од трговската дејност на работодавачот, големо влијание на висината на основната плата има и т.н. стратешки работни места во друштвото (продажба, развој и сл.).¹³

Работната успешност на работникот се определува земајќи ги предвид домаќинскиот однос, квалитетот и обемот на вршењето на работата, за којашто работникот го склучил договорот за вработување.¹⁴ Работната успешност, односно, стимулативниот дел на платата, е се почест начин на наградување на работниците кој по правило е поврзан со постигнати поголеми резултати во врска со работата, земање активно учество во дополнителни проекти, нови активности, кои не се поврзани со основната дејност и сл. Во праксата се оценува индивидуалниот придонес и залагање на работникот, но се почесто и придонесот односно резултатот на одредена група. Во овој случај, се оценува придонесот на работникот за организациската целина при која припаѓа. Понекогаш оваа стимулација се утврдува и плаќа после одреден месец, но се почесто ваквите стимулации се исплаќаат квартално или годишно. Најголемиот предизвик со кој се соочуваат трговските друштва (работодавачите) во однос на утврдување на стимулативните плаќања е утврдување на критериуми кои влијаат на висината на стимулацијата, односно оценувањето на придонесот на индивидуален работник. Често се приговара на субјективноста при оценувањето, па затоа иманентна е потребата од утврдување на транспарентни критериуми, кое најчесто се постигнува со вклучување на работниците во нивното определување. При воведување на стимулација често е потребно да се утврди и план на активности за секое работно место

¹⁰ Сл. Весник 62/2005 од 28.07.2005 година

¹¹ Закон за работните односи Сл. Весник 62/2005 од 28.07.2005 година, член 105, став 3

¹² Закон за работните односи Сл. Весник 62/2005 од 28.07.2005 година, член 106, став 1

¹³ Vesna Mlinaric, Zeljka Obradovic, Place str. 26, Zagreb, 2006

¹⁴ Закон за работните односи Сл. Весник 62/2005 од 28.07.2005 година, член 106, став 2

поединечно за одреден временски период како би можело да се следи реализацијата на планот.¹⁵

Додатоците се определуваат за посебните услови при работа, кои произлегуваат од распоредот на работното време и тоа за работа во смени, работа во поделено работно време, ноќна работа, работа на дежурство, согласно закон, продолжена работа, работа во ден на неделен одмор, работа во празници определени со закон и додаток за работен стаж.¹⁶

За вака структурираната плата, потребно е да се утврдат и мерила за пресметка на висината на платата. Во праксата, се применуваат различни методи начини на вреднување на работата. Кога е во прашање основната плата, сеуште се применува методот на составот на коефициенти и основа за пресметка на платата. Применлив е и методот на бодовен состав, како и утврдување на работните часови на секое работно место поединечно или на групи на работни места со одредена сложеност на работните задачи. Во последно време се почесто работните места се групираат по сложеност, па за секое така утврдено место, се утврдува и минимална и максимална плата за конкретната позиција. Меѓутоа, заклучокот е дека, по правило нема јасни показатели како се движи висината на платата во самите групи, па врз основа на тоа, висината на платата ја утврдува непосредниот раководител, менаџер или управител. Иако овој модел на прв поглед се чини транспарентен, сепак треба да се доработи како би можеле работниците однапред да бидат свесни што влијае на зголемување на нивната плата. За разлика од начинот на вреднување на основната плата, додатоците за работна успешност и додатоците на платата најчесто се одредуваат како одреден процент од висината на основната плата.¹⁷

Како што може да се види, во Законот за работните односи нема дополнителни критериуми за утврдување на платата кои би биле во согласност со укажувањата на практиката, да биде на ранг со реалните потреби на работникот и неговото семејство како и да биде утврдена во сооднос со гореспоменатите социјални фактори.

2. Начини на одредување на структурата на платата

Покрај стандардното одредување на платата преку нивото на понудата и побарувачката, анализата за структурата на платата нема да биде потполна доколку не се земе предвид значењето и влијанието на разните институти и одредници кои постојат на пазарот на труд. Станува

¹⁵ Vesna Mlinaric, Zeljka Obradovic, Place str. 27, Zagreb, 2006

¹⁶ Закон за работните односи Сл. Весник 62/2005 од 28.07.2005 година, член 106, став 3

¹⁷ Ibidem

збор првенствено за трите најзначајни механизми и тоа: несиндикален (пазарен) начин, колективно преговарање и арбитража.¹⁸

- Несиндикалниот начин за одредување на платата е најдецентрализиран затоа што нивото на платата посебно се одредува во поедини трговски друштва па дури и во одредени под сектори во друштвата. Со оглед на тоа работодавачите, најчесто еднаш годишно, го утврдуваат нивото на платата за одредено работно место во согласност со нивниот придонес во севкупниот резултат. Со овој начин јасно е дека доколку расте побарувачката за производите или услугите на друштвото, во тој случај ќе може да го зголеми нивото на плата. Притоа, важно е да се издвои дека во рамките на овој начин на утврдување нема механизам за преговарање.

- Синдикатите се општо прифатени како обележје на пазарите на труд воопшто и јасно е дека се еден од важните механизми за одредување на нивото на платата. Имено, постојат големи разлики во застапеноста во колективното преговарање како и во начините на организирање на работниците и работодавачите. Иако во голем дел од земјите забележлива е тенденцијата на намалување на синдикалното членство, што се поврзува со јакнењето на менаџерските позиции, јакнење на малите и средни претпријатија, зголемено влијание на услужниот сектор, сепак синдикатите ја задржуваат својата традиционална позиција во однос на утврдувањето на нивото на платите. За разлика од пазарниот начин каде што беше истакнато дека платата се утврдува еднаш годишно, платата со синдикалниот принцип се договара колективно за подолго време траење и најчесто постојат услови за усогласување со економските теков и услови. Со тоа се смалува флексибилноста и се засилува инерцијата за нивото на плата на пазарот на трудот каде преовладуваат долготрајните колективни договори.

- Третиот начин и во нашето законодавство најнеприменлив е утврдување на платата преку арбитража. Овој начин се забележува во праксата на Австралија и Нов Зеланд каде овој процес се води слично како процесите во суд каде трета страна носи конечна одлука за нивото на платата.¹⁹

Покрај овие стандардни (ортодоксни) начини на утврдување на платата, постојат и дополнителни (алтернативни) начини преку кои се утврдува нивото на платата. Во оваа група може да ги сместиме индивидуалниот поттик, групниот поттик и поттикот менаџерите.

¹⁸ Vesna Mlinaric, Zeljka Obradovic, Place str. 290, Zagreb, 2006

¹⁹ Ibidem

- Во рамките на поединечниот поттик, работничката плата секогаш зависи од неговата продуктивност. Платата може да биде поврзана со остварената количина на производи (мерливи податоци) или вредноста на неговиот учинок (квалитативен податок). Составот на поединечниот поттик има две главни поенти: мотивација и класификација.

- Современата организација на работните задачи бара целосно посветени тимови во рамките на трговските друштва кои генерираат постојан напредок. Затоа се поголемо е значењето на групниот поттик така што на вработените им се овозможува учество во делбата на добивката или појако врзување за платата со конкретните резултати. Главен недостаток на овој начин на утврдување на платата е дека може да се појават т.н. Free riders кои би ги собирале плодовите од туѓата успешна работа, и би добивале ист третман само затоа што биле дел од истиот тим. Да би можело да се надмине оваа ситуација потребно е платата да се состои од фиксен дел, флексибилен дел и варијабилен дел кој ќе зависи директно од личното залагање на работниците.

- Менаџерите на правните лица кои делуваат како застапници на голем број лица кои управуваат со големи средства. Менаџерите преку менаџерскиот договор²⁰ делуваат како внатре, така и надвор од трговското друштво преку што делуваат на позитивното работење на друштвото. Затоа, структурата на менаџерската плата се состои од неколку мотивациски механизми кои помагаат во подигнувањето на нивото на платата. Менаџерскиот поттик може да послужи и како мотивациски механизам и за останатите вработени. Во рамки на овој подвид има и уште една позитивност. Доколку постои можност својот труд и залагање да дојдат до менаџерска позиција, секако дека вработените ќе се потрудат да направат што е можно појаки резултати.

3. Утврдување на платата и макроекономските ефекти во Република Македонија

Во недостиг на утврдени критериуми за утврдување на висината на платата, ќе се направи обид да се поврзат аспектите на платата со едни од најважните макроекономски индикатори. Впрочем, зборувајќи за нивото на платата, не смее да се изостави нејзиното влијание на основните макроекономските параметри како што се: стапката на невработеност, трошоците за живот, стапката на економски раст. Доколку се спроведе

²⁰ Закон за работните односи Сл. Весник 62/2005 од 28.07.2005 година, член 54

детална анализа на влијанието на овие параметри на платата, ќе се извлечат солидни заклучоци за висината на платите во Република Македонија.

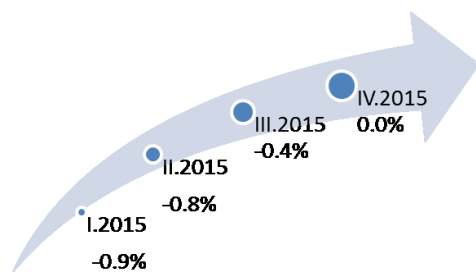
- Пазарот на трудот и денес во Република Македонија се соочува со високо ниво на невработеност, комбинирано со ниски стапки на активност и вработеност како и со ниски работни вештини. Преструктурирањето на економијата доведе до севкупно намалување на побарувачката на работна сила, при што бавниот економски развој и неразвиеното деловно окружување беа причина за создавање на недоволен број на можности за вработување. Како резултат на тоа, стапката на активност остана на многу ниско ниво, особено кај женската популација и уште повеќе кај некои етнички заедници. Стапката на невработеност стагнираше на екстремно ниско ниво, над 30%, варирајќи во зависност од нивото на образованието и од етничкото потекло. Невработеноста е особено присутна кај младите луѓе, каде што стапката на вработеност е многу ниска, како и кај лицата со низок степен на образование. Особено загрижувачка е високата стапка на долгорочна невработеност. Официјалните податоци за пазарот на трудот, не се доволно прецизни, особено поради големината на сивата економија, што согласно грубите проценки изнесува повеќе од 30% од БДП.

Иако, во последно време евидентно е дека нивото на невработеност опаѓа, со зголемениот процент на странски инвестиции, сепак тоа сеуште не влијае позитивно на зголемувањето на нивото на платите.



Со оглед на тоа дека во Македонија сеуште има огромен број на невработени лица, јасно е дека нивото на платите нема да може да биде повисоко со оглед на тоа дека за една работа, аплицираат огромен број на невработени, при што се создава еден феномен на „негативно наддавање“, каде што имаме намалување на цената на трудот наместо нејзино зголемување. Од оваа констатација исклучок се компјутерскиот, финансискиот, банкарскиот сектор, кој евидентно е дека го зголемуваат нивото на платите.

- Кога се зборува за утврдување на ниво на плата, секогаш во предвид треба да се земат трошоците за живот, односно колку пари ни се потребни за да купиме одреден број ствари неопходни за живот. Како што беше погоре истакнато трошоците за редовните потреби на работникот, како и трошоците кои ја гарантираат обновата на неговата енергија за работа, во насока на подолг и попристоен одмор, рекреација итн.



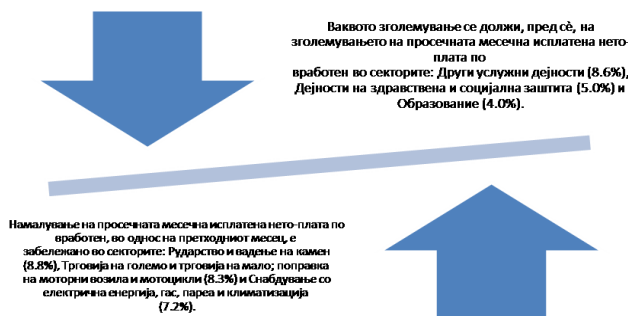
Од прикажаното може да се види дека во анализираниот период нивото на трошоци за живот е пониско отколку во претходната година. Од друга страна пак, забележливо е дека нивото на цените се зголемува, и тоа само за 4 последователни анализирани месеци, се зголемила за 0,9 процентни поени.

- Покрај невработеноста и трошоците за живот, неопходно е да ја потенцираме конекцијата на платата и стапката на економски раст. Економскиот раст може да се определи како зголемувањето на општиот обем на производство на стоките и услугите од дадена економска гранка. Економскиот раст може да се дефинира и како зголемување на капиталната моќ односно приходната актива на една држава или регион. Обично економскиот раст се пресметува со процентното покачување на бруто внатрешниот продукт кон сооднос со даден период од време. Врз основа на ова, јасно е колкаво е влијанието на економскиот раст на платите и обратно.

Република Македонија, евидентно е дека покажува солидни резултати во овој сегмент од економијата, но сепак вредно е да се истакне дека во последната година се забележува благ пад, кој секако влијаеше на стагнацијата, па и во некој сектори и падот на платите во анализираниот период.



Како потврда на влијанието на платите со наведените макроекономски параметри ќе послужи и претставување на нивото на просечната плата во Република Македонија заклучно со месец Февруари 2015 година која изнесувала 21.104,00 денари, и била за 0,8% зголемена од истиот период претходната година.



Од наведените податоци на графиконот може да се извлече заклучок дека иако постои зголемување на нивото на плата, особено во делот на здравствената заштита и социјалната заштита како и во образованието, треба да се потенцира дека станува збор за т.н. државен сектор кој не влијае доволно на економските движења. Од друга страна пак, загрижува намалувањето на нивото на платите во рударството, трговијата и снабдувањето со електрична енергија, гас, пареа и климатизација, кои претставуваат индикатор на неурамнотежени економски параметри.

Заклучок

Во законодавството на Република Македонија постои недостаток од правилно и транспарентно утврдување на критериуми за висината на платата. Сеуште постои дилемата кај трговските друштва за тоа дали нивниот работник или т.н. човечки капитал претставува трошок или инвестиција.

Иманентна е потребата од регулирање на движењето со веќе поставените критериуми и во сооднос со претставените макроекономски параметри. Платата мора да се усогласува со движењето на цените.

Официјалните податоци говорат дека од вкупно 70.659 активни деловни субјекти по сектори на дејност според НКД²¹ и според бројот на вработени за 2014 година, 60.215 трговски друштва се со 1-9 вработени, 3.092 трговски друштва се со 10 – 19 вработени, 1869 трговски друштва се со 20 – 49 вработени, 1.305 трговски друштва се со 50 – 249 вработени, и само 206 трговски друштва имаат преку 250 вработени.²² Од наведениот податок јасно се гледа структурата на активните трговски друштва и може лесно да се заклучи дека преовладуваат трговските друштва со помалку од 10 вработени. На теренот на утврдувањето на платата со сигурност значи дека повеќе од 85% немаат јасно утврдени критериуми за движење на нивото на плата, со оглед на тоа дека најголем дел од овие друштва се определуваат за пазарното нивелирање и определување, и каде најчесто го имаме феноменот на т.н. негативно наддавање.

Со сигурност, поприватливо би било, самиот пазар да ги регулира движењата во економијата и сам да ја постави односно го подигне нивото на плата преку позитивно наддавање и правилно функционирање на пазарот на труд. Но, во услови на висок процент на невработеност, недоволен број на нови отворени работни места, и речиси никаква достоинствена плата на најзагрозените работници, јасно е дека државата мора да се вклучи како одреден предводник во промените поврзани со висината на платата. Висината на платата треба да се сфати како волја на државата да го зголеми стандардот на своите граѓани и да обезбеди рамномерни услови за сечиј напредок

²¹ Национална класификација на дејности

²² Државен завод за статистика - активни деловни субјекти по сектори на дејност според НКД и според бројот на вработени за 2014 година

Summary

The remuneration of workers for performed activity is one of the basic elements of the employment and the overall economic and social life of every society. Within this paper there is a review of the legislation governing the salary in the Republic of Macedonia as well as practical experiences which represent an indicator of the real picture of the labor market. Presented measurements, conditions and criteria on which the legal entities take the decision on the amount of salary to its workers. Presented is the relationship and influence of the process of determining the salary within the legal entities with current social movements in the economy.

Using mostly the legal method, but also the historical and comparative extending certain social assumptions and analyzes, as well as an attempt throughout the synthesis of the statistical data set specific settings for the essence and importance of setting the salary in the legal entities in the country.

Key words: *salary, legal entities, cost of living, life needs.*

Користена литература

- Alain Supiot, *Que sais je? Le droit du travail*, Paris, 2009
Гзиме Старова, Меѓународно трудово право и законодавство, Скопје,
1999 година
Нано Ружин Социјална политика, Скопје, 2004 година
Vesna Mlinaric, Zeljka Obradovic, *Place*, Zagreb, 2006
Jasminka Kulusic, *Isplati li se fleksibilnost – Hrvatsko trziskte rada*,
Zagreb, 2009
Abbot, Lewis F. *Statutori wage Controls: A critical review of their effects
on Labour Markets, Employment and Incomes*. ISR publications, Manchester
UK, 2nd edn. 2000
Турџ, Marian L. *Minimum interference*, National Review Online, May 14,
2004
Џејмс Мицли, Социјалната заштита во глобален контекст, Скопје,
2012
Џон Балдок, Лавинија Митон, Ник Менинг, Сара Викарстаф,
Социјална политика, Скопје, 2013

