



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

8-th International Scientific Conference

OHRID SCHOOL OF LAW

2022

*The Role and Significance of the Codification of the Law
in the Contemporary Legislations*

12-15 May 2022 Ohrid

16

Издавач:

Институт за правно-економски истражувања и едукација

ЈУРУДИКА ПРИМА

Димо Хаџи Димов 8/1-1 Скопје, Република Македонија

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

Publisher:

Institute for Legal-Economic Research and Education

IURIDICA PRIMA

Dimo Hadzi Dimov 8/1-1 Skopje, Republic of Macedonia

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

За издавачот:

Проф. д-р Ангел Ристов

Претседател на Институтот IURIDICA PRIMA

For the Publisher:

Angel Ristov, Phd

Associate Professor Faculty of Law Iustinianus Primus

University "Ss. Cyril and Methodius" Republic of North Macedonia

Печати:

Стоби Трејд

Print:

Stobi Trejd

Зборникот на трудови – Охридска школа на правото
е достапен на EBSCO базата Legal Source, како и на www.iuridicaprima.mk

Collection of Papers – Ohrid School of Law is available on
<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>
<http://www.iuridicaprima.mk/downloads>



IURIDICA PRIMA

Институт за правно економски истражувања и едукација

8-ма Меѓународна научна конференција

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО

2022

*Улогата и значењето на кодификацијата на правото во
современиот законодавство*

12-15 Мај Охрид 2022

16

CIP - Каталогизација во публикација
Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски", Скопје

340.134:316.323.6(062)

INTERNATIONAL Scientific Conference Ohrid school of law (8 ; 2022 ;
Ohrid)

Ohrid school of law - 2021. The Role and Significance of the
Codification of the Law in the Contemporary Legislations : 15-16 / 8-th
International Scientific Conference, 12-15 May 2022 Ohrid. - Скопје :
Институт за правно-економски истражувања Јуридика Прима = Skorje :
Institute for legal-economic research an education Iuridica Prima, 2022.
- 416 стр. : илустр. ; 25 см

Текст на повеќе јазици. - На стр. 3: Охридска школа на правото 2022.
Улогата и значењето на кодификацијата на правото во современите
законодавства : 15-16 / 8-ма Меѓународна научна конференција, 12-15 Мај
Охрид 2022

ISBN 978-608-4996-04-0

а) Кодификација -- Право -- Современи општества -- Собири

COBISS.MK-ID 58939909

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA

Editor –in-chief: Professor Angel Ristov, PhD
Secretary: Ilija Rumenov, PhD

International Editorial Board:

PhD, Ivan Ruschev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria; Phd, Mihail Malchev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria; PhD, Barbara Novak, Faculty of Law, University in Ljubljana, Republic of Slovenia; PhD, Velibor Korać, Faculty of Law, University in Podgorica, Republic of Monte Negro; PhD, Ilija Vukčević, Faculty of Law, University, Donja Gorica, Podgorica, Republic of Monte Negro; PhD, Nenad Tešić, Faculty of Law, University in Belgrade, Republic of Serbia; PhD, Novak Krstić, Faculty of Law, University in Nis, Republic of Serbia; PhD, Marko Bevanda, Faculty of Law, University in Mostar, Republic of Bosnia and Hercegovina; PhD, Radenko Jotanović, Faculty of Law, University in Banja Luka, Republic of Srpska, Bosnia and Hercegovina; PhD, Sanja Gongeta, Republic of Croatia, College of Applied Sciences Lavoslav Ružički in Vukovar, Republic of Croatia; PhD, Lidija Šimunović, Faculty of Law, University in Osijek, Republic of Croatia; PhD, Marko Tomljanović, Faculty of Economic and Business, University in Rijeka, Republic of Croatia; Seregin Andrej Viktorovich, Assistant Professor, Candidate on Legal Sciences, South Federal University, Rostov on Don, Russian Federation; PhD, Ivana Shumanovska Spasovska, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia; PhD, Lazar Jovevski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia; PhD, Jovan Zafirovski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of North Macedonia; PhD, Ilija Rumenov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of North Macedonia; LLM, Ilija Manasiev, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of North Macedonia; PhD, Toni Gjorgiev, Military Academy, Skopje, Republic of North Macedonia, PhD, Zoran Jovanovski, Military Academy, Republic of North Macedonia; PhD, Milica Shutova, Faculty of Law, University “Goce Delchev, Stip, Republic of North Macedonia; PhD, Bekim Nuhija, Faculty of Law, South East European University, Tetovo, Republic of North Macedonia; PhD, Arta Selmani Bakiu, Faculty of Law, South East European University, Tetovo, Republic of North Macedonia; PhD Irma Bairami, Faculty of Law, State University in Tetovo, Republic of North Macedonia; LLM, Marjan Kocevski, Notary Public, Skopje, Republic of North Macedonia; PhD, Laura Vorpsi, Faculty of Law University of Tirana, Republic of Albania, LLM, Aleksandar Shopov, judge, Republic of North Macedonia, PhD, Kaltrina Zekoli, Faculty of Social Sciences, University Mother Tereza Skopje.

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

Главен и одговорен уредник: проф. д-р Ангел Ристов
Секретар: доц. д-р Илија Руменов

Меѓународен уредувачки одбор:

Д-р Иван Русчев, Правен факултет Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија; Д-р Михаил Малчев, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија; Д-р Барбара Новак, Правен факултет, Универзитет во Љубљана, Република Словенија; Д-р Илија Вукчевиќ, Правен факултет, Универзитет Доња Горица, Подгорица, Република Црна Гора; Д-р Велибор Кораќ, Правен факултет, Универзитет во Подгорица, Република Црна Гора; Д-р Ненад Тешиќ, Правен факултет Универзитет во Белград, Република Србија; Д-р Новак Крстиќ, Правен факултет Универзитет во Ниш, Република Србија; Д-р Марко Беванда, Правен факултет Универзитет Мостар, Република Босна и Херцеговина; Д-р Раденко Јотановиќ, Правен факултет Универзитет во Бања Лука, Република Српска, Босна и Херцеговина; Д-р Сања Гонцета, Колец на применети науки Лавослав Ружички, Република Хрватска; Д-р Лидија Шимуновиќ, Правен факултет, Универзитет во Осијек, Република Хрватска; Д-р Марко Томљановиќ, Факултет за економија и бизнис, Универзитет во Ријека, Република Хрватска; Серегин Андреј Викторович, кандидат на правни наука Јужниот федерален универзитет во Ростов на Дон, Руска Федерација; Д-р Ивана Шумановска Спасовска, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје; Д-р Лазар Јовевски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје; Д-р Јован Зафировски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје; Д-р Илија Руменов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје; М-р Илија Манасиев, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје; Д-р Тони Ѓоргиев, Воена Академија „Михајло Апостолски“ Скопје; Д-р Зоран Јовановски, Воена Академија „Михајло Апостолски“ Скопје; Д-р Милица Шутова, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип; Д-р Беким Нухија, Правен факултет, Универзитет ЈИЕ Тетово; Д-р Арта Селмани Бакиу, Правен факултет, Универзитет ЈИЕ Тетово; Д-р Ирма Бајрами, Правен факултет, Државен универзитет во Тетово; М-р Марјан Коцевски, нотар во Куманово, Д-р Лаура Ворпси, Правен факултет, Универзитет во Тирана, Република Албанија, М-р Александар Шопов, судија, Република Северна Македонија, Д-р Калтрина Зеколи, Факултет за социјални науки, Универзитет „Мајка Тереза“ Скопје.

СОДРЖИНА / CONTENTS

ПРЕДГОВОР EDITORIAL NOTE.....	11
СУДИЈА Д-Р ФИДАНЧО СТОЕВ.....	13
СУДИЈА ТЕОФИЛТОМАНОВИЌ.....	15
ТРУДОВИ / ARTICLES	
Судија Ранко Максимовски РАСКИНУВАЊЕ НА СОСОПСТВЕНОСТА СО ДЕЛБА НА СТВАРТА.....	17
Судија д-р Фиданчо Стоев НОВИНИ НОВИНИ ВО ПРИМЕНАТА НА ПРАВОТО И СУДСКАТА ПРАКТИКА.....	29
Судија Теофил Томановиќ ДАЛИ „ЗАКОН ЗА РАБОТНИТЕ ОДНОСИ“ ИЛИ “ЗАКОН ЗА ТРУД“?.....	45
М-р Александар Шопов РЕОРГАНИЗАЦИЈА НА ДРУШТВАТА ВО СТЕЧАЈНА ПОСТАПКА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА - за актуелната правна рамка наспроти потребата од реформи во Законот за стечај -.....	53
Д-р Гоце Стоиловски Др Мартин Матијашевиќ АСПЕКТИ НА МЕЃУНАРОДНИТЕ РЕГУЛАТИВИ ЗА ЗАШТИТА НА ГЕНЕТСКИТЕ ПОДАТОЦИ ВО УСЛОВИ НА СОВРЕМЕНИ ПРЕДИЗВИЦИ.....	83

Prof. Tamara Đurđić-Milošević, PhD
Prof. Aleksandra Pavićević, PhD
SOME DISPUTABLE QUESTIONS RELATING TO ALEATORY
NATURE OF THE LIFETIME MAINTENANCE AGREEMENT.....99

Marko Dimitrijević, PhD
IS THERE A PLACE FOR CODIFICATION OF MONETARY LAW:
DILEMMAS AND OBSTACLES.....109

Др Урош Здравковић, доцент
Магдалена Крњаић, адвокат
ПРАВО КУПЦА ДА ТРАЖИ ИЗВРШЕЊЕ
ОБАВЕЗЕ ОД ПРОДАВЦАУСЛЕД ПОВРЕДЕ
УГОВОРА О МЕЃУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ.....125

Д-р Михаил Малчев
ЗАЩИТАВА ЛИ НА ПРАКТИКА РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛ. 26 ОТ
СЕМЕЙНИЯ КОДЕКС ИНТЕРЕСИТЕ НА СЕМЕЙСТВОТО?.....141

Проф. д-р Тодор Каламатиев
М-р Никола Мурџев
ПРАВНИ АСПЕКТИ НА ИНСТИТУТОТ РАБОТА ОД ДОМА ВО
МАКЕДОНСКОТО ТРУДОВО ЗАКОНОДАВСТВО И УПОТРЕБА НА
СОВРЕМЕНИТЕ ДИГИТАЛНИ ВЕШТИНИ НА РАБОТНИЦИТЕ
ЗА ИЗВРШУВАЊЕ НА РЕДОВНИТЕ РАБОТНИ ОБВРСКИ
ОД ДОМА.....161

М-р Андреа Здравковска
ПРЕПОЗНАВАЊЕ И ПРАВОСУДЕН ОДГОВОР НА СЕМЕЈНОТО
НАСИЛСТВО КАЈ РОМСКАТА ЕТНИЧКА ЗАЕДНИЦА ВО РЕПУБЛИКА
СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА.....203

Д-р Роза Гурмешевик
ОД ТРАДИЦИОНАЛНА ДО ДИГИТАЛНА ДИПЛОМАТИЈА:
ПРЕДНОСТИ, МОЖНОСТИ И ПРЕДИЗВИЦИ
НА ДИПЛОМАТИЈАТА ВО 21 ВЕК.....217

ПРЕДГОВОР

Почитувани, пред Вас е Збирката на трудови том 15 и 16 од Осмата Меѓународна научна конференција ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО – 2022, под наслов: „Улогата и значењето на **Кодификацијата на правото во современите законодавства**“ која се оддржа од 12-15 мај 2022 година во Охрид. Од постоењето на правото, па се до денес, неговата кодификација претставува најголемото правничко достигнување како израз на развиените општествено-економски и правни односи, како и на високиот степен на развој на законодавството и правната наука.

Со помош на законите правото го уредува животот кој е сложен и динамичен. Затоа правото нужно се менува, прилагодува и реформира. Законите се менуваат, укинуват, се донесуваат нови кои се прилагодуваат на новонастанатите општествени прилики. Со текот на времето, голем број на закони се забораваат стануваат дел од историјата. Но, засекогаш, вечно остануваат запаметени големите кодификации. Производ на правните обичаи, правничкиот гениј и на искуството и занењето на големите правници, професори, судии, адвокати и практичари во примената на правото.

Иако се минати милениуми од појавата на првите кодификации на правото тие и денес се сеуште актуелни. Нивната улога и значење во современите законодавства е уште поголема и позначајна. Правната сигурност во правните односи и владеењето на правото, ја наметнуваат потребата правните правила уредени во кодификациите да бидат релативно непроменливи подолг временски период. Тие го унапредуваат правниот живот, овозможуваат поефикасно делење и остварување на правдата и го олеснуваат остварувањето на правата на граѓаните.

Големите кодификации се неизбежно сврзани со големите правнички имиња заслужни во достигнувањата на правната наука. Во историјата се памтат не само имињата на владетелите во чие време се донесени големите кодификации, туку и имињата на правниците кои ги создале големите кодификации. Тие оставиле свој личен белег на значајните кодификации. Со децении, несебично вложувајќи го своето знаење во унапредувањето на правната наука и правната регулатива своето достоино место во македонската историјата го заслужи професорот Гале Галев – „македонскиот Порталис“. Истакнат цивилист и претседател на Комисијата за изготвување на Граѓанскиот законик кој своето животно дело и знаење го вложи во остварувањето на идеата за кодификација на граѓанското право во Македонија. Покрај големиот

број на трудови, книги, коментари, монографии и изготвени текстови на предлог закони, професорот Гале Галев е творецот и главниот промотор на идејата за донесување на Граѓанскиот законик.

Од исклучително значење за големите кодификации е и судската пракса. Судската власт ја има привилегијата, но и товарот во делењето на правдата и остварувањето на правата. Непосредно применувајќи го правото во практиката, судиите се олицетворение на перцепцијата за правдата и довербата на граѓаните во правото и судовите. Во македонската историја на правосудството заслужено го најдоа највисокото место судијата Ранко Максимовски, судијата д-р Фиданчо Стоев и судијата Теофил Томановиќ. Тоа се „тројцата мускетари“ на македонското судство кои не само што ја делеа правдата, туку и пишуваа за да ги просветлат помладите генерации. Најпознати и најистакнати судии, неразделни колеги, со неуморен дух, ведрина и знаење со извонредно чувство за правда и правичност. Судии кои и покрај тоа што се во својата деветта деценија од животот, сеуште работат и творат, несебично споделувајќи го своето искуство и голема мудрост со помладите (*cupida usus iuventuti*).

Почитувани, ја имав честа и привилегијата да учам и напредувам во правната наука покрај големиот професор Гале Галев. Уште повеќе сум среќен што знаењата од примената на правото и судската пракса ги стекнав од словата на големите судии Ранко Максимовски, д-р Фиданчо Стоев и Теофил Томановиќ. Од нивниот правнички гениј и мудрост, преточени во нивните бројни трудови и книги во иднина ќе учат голем број на правници. Благодарни на делото на нашите големи правнички имиња во правната наука и судската пракса зборниците од овојгодишната Охридска школа на правото - 2022 ги посветуваме во нивна чест.

Главен и одговорен уредник
Проф. д-р Ангел Ристов

FOREWORD

Honorable, before you is the Collection of Papers Volumes 15 and 16 of the Eighth International Scientific Conference OHRID SCHOOL OF LAW - 2022, under the title: “The Role and Significance of the Codification of Law in Modern Legislations” which was held from May 12-15, 2022 in Ohrid. From the existence of the law until today, its codification represents the greatest legal achievement as an expression of the developed socio-economic and legal relations, as well as the high level of development of legislation and legal science.

With the help of laws, law regulates life, which is complex and dynamic. That is why the law necessarily changes, adapts and reforms. Laws are changed, repealed, new ones are adopted with aim to adapt to the new social circumstances. Over the time, a large number of laws are forgotten and become part of history. But the great codifications are forever remembered. A product of legal customs, legal genius and the experience and expertise of great lawyers, professors, judges, lawyers and practitioners in the application of law.

Although millennia have passed since the appearance of the first codifications of law, they are still relevant today. Their role and significance in modern legislation is even greater and more significant. Legal certainty in legal relations and the rule of law impose the need for the legal rules regulated in the codifications to be relatively unchanged for a longer period of time. They improve legal life, enable a more efficient distribution and realization of justice and facilitate the realization of citizens’ rights.

Great codifications are inevitably associated with great legal names credited with the achievements of legal science. History remembers not only the names of the rulers during whose time the great codifications were enacted, but also the names of the jurists who created the great codifications. They left their personal mark on significant codifications. For decades, selflessly investing his knowledge in the advancement of legal science and legal regulation, Professor Gale Galev - the “Macedonian Portalis” earned his rightful place in Macedonian history. Prominent civilian professor and president of the Commission for Drafting the Civil Code who invested his life’s work and knowledge in realizing the idea of codification of civil law in Macedonia. In addition to the large number of papers, books, commentaries, monographs and drafted texts of proposed laws, Professor Gale Galev is the creator and the main promoter of the idea of adopting the Civil Code.

Judicial practice is also extremely important for major codifications. The judiciary has the privilege, but also the burden, in dispensing justice and exercising rights. Directly applying the law in practice, judges are the embodiment of the perception of justice and the trust of citizens in the law and the courts. Judge Ranko Maksimovski, Judge Dr. Fidancho Stoev and Judge Teofil Tomanovic deservedly found the highest place in the Macedonian history of the judiciary. These are the “three musketeers” of the Macedonian judiciary who not only dispensed justice, but also wrote to enlighten the younger generations. The most famous and prominent judges, inseparable colleagues, with a tireless spirit, cheerfulness and knowledge with an extraordinary sense of justice and fairness. Judges who, despite being in their ninth decade of life, still work and create, selflessly sharing their experience and great wisdom with the younger ones (*cupida usus iuventuti*).

Honorable, I had the honor and privilege to study and progress in legal science with the great professor Gale Galev. I am even more happy that I gained the knowledge of the application of law and judicial practice from the words and papers of the great judges Ranko Maksimovski, Dr. Fidancho Stoev and Teofil Tomanović. A large number of lawyers will learn from their legal genius and wisdom, translated into their numerous works and books in the future. Grateful for the work of our great legal names in legal science and jurisprudence, we dedicate the proceedings of this year’s Ohrid School of Law - 2022 in their honor.

Editor-in-chief
Prof. Dr. Angel Ristov



Судија д-р Фиданчо Стоев

Д-Р ФИДАНЧО СТОЕВ

Кратка биографија

Д-р Фиданчо Стоев судија на Уставниот и Врховниот суд на Република Македонија, во пензија

Д-р Фиданчо Стоев е роден во Веница. Завршил Правен факултет во Скопје 1961 година. Положил правосуден испит 1966 година а магистрирал по политички систем во 1978 година. Докторирал на Правниот факултет во Скопје во 1985 година.

Работел како секретар на Собранието на Општина Вениц (1963-1966), Судија на Општинскиот суд Кочани (1966-1967), Советник, Шеф на Кабинетот на Претседателот и Секретар на Претседателството на СРМ (1969-1986), Претседател и судија на Уставниот суд на СРМ и на Република Македонија (1986-1995), Судија на Врховниот суд на Република Македонија и Претседател на Одделот за управни спорови при Врховниот суд на Република Македонија (1995-2003).

Бил Претседател и член на Комисијата за полагање правосуден испит, Едукатор по прашање на судството и јавното право во Академијата за судии и обвинители, Здружението на судии на Република Македонија и Здружението на правници на Република Македонија, а од 2007 година активно работи како надворешен соработник на Нотарската комора на Република Македонија.

Има објавено:

1) Книги и монографии (за Собранискиот систем, за Македонија како држава и како заедница, за Човекот и власта, потрага за правдата)

2) Коментари на закони (за Државјанството на РМ, за Денационализација, за Општа управна постапка, за управните спорови и др)

3) Стручно-научни трудови и написи над 80 (во Судиска ревија, Правник и Нотариус) од областа на Уставното и меѓународното право, судскиот систем и од областа на јавното право и неговата примена во практиката, како и написи во печатот за актуелни прашања од уставниот и судскиот систем на РМ.



Судија Теофил Томановиќ

ТЕОФИЛ ТОМАНОВИЌ

Кратка биографија

Судијата Теофил Томановиќ е роден 1939 година во Дубровник. Дипломирал на Правниот факултет во Скопје. По положување на поравосудниот испит во текот на 1969 година е избран за судија на Општинскиот суд Скопје 1 – Скопје, во 1977 година, за судија на Основниот суд на здружениот труд Скопје, во 1984 година избран за судија на Судот на здружениот труд на Македонија. По укинувањето на судот работел како судија на располагање во Врховниот суд на Република Македонија. Од 1996 година, па до пензионирањето, извршувал функција на судија во Апелациониот суд Скопје, во кој временски период бил заменик претседател на судот, претседател на Граѓанскиот оддел и претседател на судски совет за спорови од работните односи.

Бил член на редакцискиот одбор на „Правна Мисла“, „Судиска ревија“, „Нотариус“ и издавачкиот совет на „Правник“, како и уредник на „Судски информатор“. Во сите стручни списанија во Републиката („Правник“, „Легис“, „Судиска ревија“, „Академик“ - теорија и пракса, „Нотариус“ и др.) има објавено поголем број стручни трудови од сферата на судството, работните односи и нотаријатот. Автор и коавтор е на „Прирачник за правата и обврските од работен однос“, „Закон за работните односи и Закон за државните службеници – престанување на важноста на договорот за вработување“, „Правосуден испит“, „Колективни договори – теорија и практика“, „Договор за работа“ и др.

Со трудови од сферата на работните односи учествувал на низа советувања, семинари и едукации организирани од Здружението на правниците од РМ, Нотарската комора на РСМ, Стопанската комора, синдикални школи и др. Во организација на Здружението на судиите на Република Македонија бил раководител на едукации на судиите на тема : „Постапување во споровите од работните односи“ (1999), „Парични побарувања по сите основи оа работен однос“ (2000), „Престанок на работен однос по сите основи од Законот за работните односи“ (2001) и „Колективни договори“ (2004).

Бил предавач во Академијата за обука на судии и јавни обвинители.

Во Нотарската комора на Република Северна Македонија е ангажиран од 2005 година, а сега е член Стручниот совет на Нотарска комора.

Носител е на Орденот на трудот се сребрени венци.

РАСКИНУВАЊЕ НА СОСОПСТВЕНОСТА СО ДЕЛБА НА СТВАРТА ПОСТАВУВАЊЕ НА ПРОБЛЕМОТ

1. Сосопственоста, како институција во правниот систем, е таков облик на сопственост каде повеќе лица се јавуваат како носители на правото врз една ствар, односно разделено право (парс про индивисо).

Во Законот за сопственост и другите стварни права¹ (понатаму како ЗСДСП) сосопственоста се третира како подоблик на правото на сопственост. Во членот 31 став 1² сосопственоста е дефинирана како „сопственост на повеќе лица кои имаат право на сопственост на неподелена ствар на која делот на секој од нив е определен сразмерно според целината (идеален сосопственички дел)“.

Овој правен институт во европското право е познат како сосопственост (condominium).

Во начело сосопственоста е привремен однос, односно таа може да се раскине секогаш по волја на сосопствениците и секој својот идеален дел да го претвори, добие, во реален дел. Покрај другите права и обврски на сосопствениците, едно од основните права е и правото на раскинување на сосопственоста, односно делба на стварта.

Во правниот живот сосопственоста создава чести судири на интереси меѓу носителите на правото, и тоа доведува оваа заедница да се распадне според начинот и постапката предвидена во законските прописи. Но, при раскинување на заедницата, односно делбата треба да се води сметка да не се нарушат уште повеќе односите меѓу сосопствени-

* *Судија на Врховниот суд на РМ во пензија*

¹ Законот е објавен во “Службен весник на РМ” бр. 18/01.

² Во текстот сите наведени членови се однесуваат на ЗСДСП, освен ако не е посебно назначено на кој законсе однесуваат.

ците, ако интересите на секој или сите заедно не бидат задоволени.

Со оглед на важноста на раскинувањето на сосопственичката заедница, односно делбата на стварта, овој напис има за цел да се осврне на некои поважни начела и начините на делба кои ги предвидува законот и кои се спроведуваат во практиката.

ПОВАЖНИ НАЧЕЛА ЗА ДЕЛБА

2.1. Секој сосопственик има право во секое време да бара делба на стварта, освен во време во кое таа делба би била на штета на другите сосопственици, член 50 став 1. Оваа законска одредба треба да се толкува така што сосопственикот може да бара делба, но не мора. Тоа зависи од волјата на секој. Меѓутоа, ако се бара делба таа не може да се стори во временски период во кој би се сторила штета на другите сосопственици, на пример: ако нивата е посеана и уште не е ожнеана; почнала жетвата на житото; косидбата на сеното; започната и недовршена доградба на куќа и слично.

Секој сопственик има право да бара делба на сосопственичката ствар иако другите сосопственици или дел се противат, сепак вакво барање може да се реализира „ако поинаку не е определено со закон“ член 50 став 1 (in fine). Ваквото законско решение допушта можност со посебен закон да се забрани или ограничи делба на некоја ствар од разни општокорисни интереси, на пример: заради подобро искористување на земјоделско земјиште се забранува делба и уситнување на парцелите и слично, што се случувало во минатото, а можеби и во иднината.

2.2. Правото да се бара делба на стварите никогаш не застарува, член 50 став 2. Тоа значи дека ова право може да се остварува секогаш кога постои волја на секој од сосопствениците или сите заедно. Ако еден од сосопствениците бара делба, другите не можат тоа право да му го оспоруваат или да истакнуваат приговор на застареност. Незастарувањето на ова право покажува дека тоа е дел од стварното право на сопственоста. Само облигационите права застаруваат по протек на време под определени услови.³

Сосопственикот не може трајно да се откаже од правото на делба и доколку таков договор постои, би бил апсолутно ништовен, член 50 став 3.⁴ Меѓутоа, допуштено е сосопствениците едногласно да се спогодат

³ Законот за облигационите односи (“Службен весник на РМ” бр. 18/01 во членот 249 став 1 содржи правило по кое “со застареност престанува правото да се бара присилно исполнување на обврската”.

⁴ За апсолутно ништовните договори се зборува во одредбите на член 95 став 1 од ЗОО, по кој: “договорот кој не е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи е

определено време да не може да бараат делба. Таквата согласност (спогодба) произведува правно дејство ако рокот во кој не може да се бара делба не е подолг од пет години.

Ваквата спогодба може да се повторува меѓу сосопствениците, односно после протекот на времето од најмалку пет години да се постигне нова согласна волја. Такво повторување може да трае неограничено се додека постои согласност меѓу сите сосопственици.

Причините за одлагање на делбата на заедничката ствар можат да бидат различни, но сепак се претпоставува дека постои некој заеднички интерес на сите сосопственици.

Од наведеното правило во определен период да не се бара делба, постои исклучок. Таа ситуација ќе настапи ако некој од сосопствениците не можел да го плати долгот спрема својот доверител од другиот свој имот. Во таков случај, без оглед на тоа што постои договор да не се дели стварта, ненамирениот доверител може да бара делба со цел да го наплати побарувањето, член 50 став 7. Ваквиот исклучок наоѓа оправдување во исполнувањето на обврските од должниците, а од друга страна, да не се изигруваат правата на доверителите со фиктивни спогодби да не се врши делба.

2.3. Правото на раскинување на сосопственоста може да се оствари на два начина и тоа делумно и потполно.

Делумна делба на стварта настанува ако некој од сосопствениците сака својот идеален дел да го одвои во реален, а останатите и понатаму да останат во заедницата. Во практиката тоа е можно и се случува.

Потполна делба може да настане ако постои согласност на сите сосопственици, таканаречена доброволна делба, или ако нема согласност за делбата, а еден од сосопствениците тоа го побара преку суд, таканаречена судска делба.

а) Доброволната делба настанува кога сите сосопственици едногласно одлучат да ја поделат стварта или повеќето заеднички ствари и секој од нив да добие свој дел, член 50 став 9. Во практиката тоа се прави надвор од судот и се нарекува вонсудска делба. Начинот на делбата на стварта или стварите го определуваат сосопствениците и тоа секому да му припадне соодветен реален дел, или ако тоа не е можно, со продажба да се поделат добиените парични средства сразмерно со големината на деловите.

Формата во која треба да биде склучена спогодбата за извршената делба законски не е определена, а тоа значи дека може да биде писмена или усна. Тоа е во согласност со начелото на консенсуализмот, регулирано во членот 59 став 1 од ЗОО, без оглед дали стварта е движна или недвижна. Битно е делбата ништовен ако целта на повреденото правило не упатува на некоја друга санкција или ако со законот во определен случај не е предвидено нешто друго⁷.

да е фактички остварена, односно извршена. Ако меѓу сосопствениците бил постигнат само договор за делба, а фактички не е извршен, тогаш ќе се смета дека се уште немало делба на ствартата.

Во судската практика е изразено правно мислење⁵ дека фактичкото извршување на делбата е услов да се смета дека договорот меѓу сосопствениците произведува свое дејство. Тоа би се однесувало за делба на движни ствари. Меѓутоа, кога се работи за делба на недвижности, договорот за делба мора да биде составен во писмена форма, а потписите на договорните страни да се заверат кај нотар, член 443 од ЗОО. Ваквата форма на делба кај недвижностите е нужна, од причина што сосопствениците треба новата состојба да ја регистрираат во катастарот на недвижностите (како јавен регистар), односно да добијат посебен имотен лист. Ако потписите на сосопствениците не би биле заверени кај нотарот, ваков договор за делба ќе произведува правно дејство само меѓу странките (интер партес), а не и како јавна исправа за запишување на одвоено право на сопственост.

Во правниот живот се случува да е извршена делба на ствартата, а некој од сосопствениците тоа подоцна да го оспорува. Во оваа ситуација заинтересираниот сосопственик треба во спорна постапка да бара да се утврди дека спогодбената делба е извршена или не, односно дали постои или не постои некое право или правен однос, член 172 став 1 од ЗПП.

Законот допушта можност сосопствениците да изберат трето лице кое место нив ќе одлучува за делбата, член 50 став 10. Извршената делба од третото лице во секој случај ги обврзува сосопствениците затоа што ја извршува нивната волја. Меѓутоа, се поставува прашањето во која форма третото лице ќе ја донесе одлуката за извршениот начин на делбата на заедничката ствар, бидејќи законот не содржи решение. Сметаме дека одлуката треба да биде во писмена форма, нарочно при делба на недвижности од повеќе причини. Исто така и одлуката за избор на третото лице од страна на сосопствениците да ја изврши делбата треба да е во форма како што тие ќе се договорот, усна или писмена. За полесно докажување на одлуката пожелна е писмена форма.

б) Судската делба се спроведува по предлог на еден или повеќе сосопственици, кои со тоа го остваруваат правото на раскинување на сопственоста. Ваква делба може да се случи, и тоа најчесто бива, ако нема согласност меѓу сосопствениците околу начинот на делбата и големината на деловите што треба да ги добијат.

По правило судската постапка се спроведува според правилата на вонпарничната постапка, односно според Законот за вонпроцесната постапка,

⁵Пресуда на Врховниот суд на Република Македонија, Рев.бр. 248/81 од 21.5.1981 година, објавена во Збирка на судски одлуки на ВСРМ книга III, Скопје 1985 год, стр.299.

член 208-223.⁶ На судот му се дадени широки овластувања за начинот како треба да ја изврши делбата.

После поднесениот предлог (барање) за делба, судот закажува рочиште на кое се изјаснуваат сосопствениците по прашањата за големината на деловите, за другите спорни прашања околу сопственоста на стварта и стварните права на трети лица, како и евентуалната нивна согласност за начинот на делбата. Доколку се појави спор околу големината на сосопственичките делови или друго стварно право во врска со стварта, судот ќе ги упати странките тоа право да го докажат во парница (спорна постапка).

Судот во вонпарнична постапка одлучува за делбата на стварта со решение. Откако решението ќе стане правосилно и извршно, делбата на стварта ќе се спроведе онака како што одлучил судот. Во текот на целата постапка пред судот, странките можат да постигнат спогодба (порамнување) за начинот и условите за делба на стварта.

Лицата кои имаат право на службеност или други стварни права врз стварта предмет на делбата, може да бараат судот да одлучи и за нивните права.

НАЧИНИ НА ДЕЛБА НА СТВАРТА

3. Законот познава повеќе начини на кои може да се изврши делба на сосопственичката ствар и тоа: физичка делба, делба со нумерички (геометриски) податоци за недвижноста, делба на повеќе ствари еквивалентно, со јавна (цивилна) делба и делба со исплата. Секој од наведените начини на делба има своја примена и посебни карактеристики, па затоа понатаму ќе се обидеме да ги прикажеме.

3.1. Физичката делба е таков начин на делба каде сосопственичката ствар се дели на потребен број самостојни телесни ствари, од кои на секој сосопственик ќе му припадне како одвоен дел. Стварите се деливи ако можат да се поделат во самостојни ствари, член 14 став 2, на пример: трупец од дрво може со пила да се подели на помали делови и тие чинат самостојна целина и слично.

Стварите кои не можат да се поделат се сметаат за неделиви. Тоа се такви ствари каде одделните делови на стварта не можат да бидат одвоени едни од други, односно од целината на стварта, без притоа да не се промени нејзината

⁶Законот е објавен во “Службен весник на СРМ” бр. 19/79, а се применува од 1 јануари 1980 година. Види: Проф. д-р Стефан Георгиевски, Коментар на Законот за вонпроцесната постапка, Скопје, 1980 година, стр. 213.

суштина, односно таа да не се уништи или оштети. Тоа се суштествени делови од стварта и тие не можат да бидат предмет на одделни права, член 14 став 3.

Меѓутоа, можно е сосопствениците да се договорат неделивата ствар да ја поделат, односно уништат, на пример: возило да го разглобат на делови, дел од мебел да исечат во парчиња дрво и слично.

Постои уште една можност да се изврши делба на ствар ако не може да се подели или ако со тоа значително би се намалила нејзината вредност. Според правилата на член 217 став 1 од Законот за вонпроцесната постапка судот е овластен да донесе одлука ваква ствар да припадне само на еден сосопственик, а за другите ќе се определи износ што треба да им се плати, како и времето на плаќањето.

Во случајот, под ствар која е неделива се подразбира невозможност таа да се дели на два или повеќе дела затоа што ќе се промени нејзината суштина, односно таа да не се уништи или оштети. Терминот „значително намалување на вредноста на стварта“ треба да се гледа од економски аспект, односно ако стварта се подели секој дел би имал незначителна вредност, а ако стои во целина ќе вреди многу повеќе, на пример: трупец од дрво ако се исече на мали делови тие не би ја имале таа вредност отколку целиот да се употреби за разни намени и слично.

3.2. Делба со нумерички (геометриски) начин е таква делба кога стварта не се дели физички, туку се дели на парцели по пат на мерење по ширина и должина, а потоа така определените парцели треба да припаднат на сосопствениците. Ваков начин на делба се спроведува кај земјиштата, односно земјишните парцели, член 51 став 2 (ин фине). При оваа делба, ако тоа е нужно, за користење на еден или повеќе делови на недвижноста што се дели може да се заснова службеност или реален товар на другите делови од земјиштето, односно парцелата. Овие стварни права ги заснова судот со своја одлука, а притоа определува за какви права се работи и под кои услови, дали се плаќа или не определен надомест и слично.

Доколку се дели послужната недвижност (добро) со тоа не се дели и менува постоечката службеност. После ваквата делба титуларот на правото на службеност продолжува да го остварува своето право во границите на дотогашниот обем.

Ако се дели привилегирана недвижност (добро) сопственикот на реалниот дел што го добил е овластен да се користи и понатаму со постоечкото право на службеност во корист на таа недвижност.

Ова укажува дека делбата на сосопственоста не смее да се спроведува на начин со кој се оштетуваат правата на трети лица во корист на заедницата што се дели. Сите постоечки права врз стварта нужно треба да се трпат и понатаму, на истиот начин како и пред делбата, на пример: земјиштето кое

треба да се подели е оптоварено со хипотека во однос спрема сите постоечки сосопственици. Ова стварно правно оптоварување може да се види во јавните регистри, па затоа судот пред да почне со делбата треба да ги повика сите хипотекарни доверители да дадат согласност за делбата. Ако заложниот доверител смета дека со делбата се смалува вредноста на заложениот предмет или на друг начин се влошува неговата состојба, може да бара да не се врши делбата. Ако заложните должници не се согласуваат со оваа забрана, заложниот доверител може да бара од судот да им се наложи да се воздржат од делбата. Ако тоа не го сторат, може да се бара наплата на побарувањето пред неговото пристигнување, согласно со член 26 од Законот за договорен залог.⁷

3.3. Делбата на повеќе ствари по пат на еквивалент е регулирана во одредбите на членот 53 став 1.

Тоа е таков начин на делба кога сосопствениците истовремено имаат право на сосопственост на повеќе ствари и место да се дели секоја ствар одделно на сите, на секој од нив им припаѓа определена ствар или збир од ствари, сразмерно на нивните сосопственички делови. Секако дека при делбата треба да се земаат предвид и нивните потреби, на пример: ако некој извршува определена професија ќе му припадне ствар која ќе ја користи за својата намена, а останатите сосопственици ќе добијат во дел други соодветни ствари. Во практиката ваква делба се применува при раскинување на брачната заедница, односно заедничка сопственост на брачните другари, ортачка сопственост, ствари стекнати во семејна заедница, делба меѓу наследниците и слично.

Меѓутоа, ако стварите што со оваа делба му припаднале на сосопственикот ја надминуваат вредноста на неговиот сосопственички дел, тогаш тој е должен да ја доплати разликата на другите сосопственици. Разликата во доплата фактички претставува вишокот кој ја преминува вредноста на неговиот идеален сосопственички дел, а го примил со делбата, на пример: ако сосопственичкиот идеален дел изнесува една третина, а стварта што ја добил при делбата има вредност идеална половина, таа разлика што се јавува парично треба да се надомести на останатите сосопственици и со тоа тие да можат да ја добијат својата идеална третина. Ваквата делба се смета како правна работа со надомест.

3.4. Делба со јавна продажба (цивилна делба) се спроведува во ситуација кога се врши впаричување на стварта, односно стварта се продава, а парите добиени од продажбата се делат меѓу сосопствениците. Ваков начин на делба е познат како цивилна делба затоа што не се остварува со реална физичка делба, туку преку граѓанскоправна работа-продажба на стварта. При

⁷Законот е објавен во “Службен весник на РМ” бр. 5/03.

доброволната делба, која зависи од волјата на сосопствениците, делба со јавна продажба може да се изврши на какви било ствари: деливи, неделиви, движни, недвижни, повеќе ствари наеднаш и слично.

Меѓутоа, ако јавната продажба на заедничката ствар се врши преку суд, кога физичката делба не е можна или е можна само со значително намалување на вредноста на ствартата, член 56, тогаш постапката се спроведува по правилата на извршната постапка, член 158-167 од Законот за извршната постапка.

Кога се врши судска делба со јавна продажба, на сосопствениците им се признаени законските права за првенствено купување. Тоа право може да се користи пред најповолниот понудувач, ако веднаш по заклучување на јавната продажба сосопственикот даде изјава дека ствартата ја купува под исти услови. Ако ствартата се продава со непосредна спогодба, тогаш судот ќе ги повика сосопствениците на записник пре судот да изјават дали сакаат да го користат тоа право.

Меѓутоа, ако повеќе сосопственици сакаат да ја купат целата ствар пред најповолниот понудувач на јавната продажба, судот ќе одлучи таа да се додели на оној што ќе понуди најдобри услови. Во случај повеќе сосопственици на јавната продажба да понудат исти услови, тогаш судот ствартата ќе ја продаде на еден од нив, водејќи сметка за околностите на случајот, односно оправдани потреби, на пример: нерешено станбено прашање, здравствени причини, вршење на посебна дејност и слично.

3.5. Делбата со исплата е посебен начин на раскинување на сосопственост предвидена во одредбите на член 52. Ваква делба настанува само во случај ако некој од сосопствениците има такво право по валиден правен основ: закон, правно дело или постоење сериозни причини на некој сосопственик ствартата да му припадне во целина.

а) Законот може да биде основ за делба со исплата кога му дава такво право на еден од сосопствениците.

Таков е случајот при мешање и спојување на движни ствари кога тие се така измешани и споени што не можат да се раздвојат без значителна штета или без несразмерни трошоци. Во тој случај по сила на закон се создава право на сосопственост во корист на дотогашните сопственици и тоа сразмерно со вредноста што одделните ствари ја имале во моментот на мешањето или спојувањето. При ваква ситуација законот му дава право (член 115 став 2) на совесниот сопственик, во однос на несовесниот, да може да бара во рок од една година од денот на мешањето и спојувањето на стварите да му припадне целата ствар или таа да му припадне на несовесниот сопственик, а тој да му ја надомести вредноста.

б) Правно дело може да биде основ за делба со исплата ако сосопствениците така се договориле, односно едногласно му дале право на

едниот од нив да може да бара да му припадне целата ствар, а на другите вредносно да им го плати нивниот дел. Причините за вакво договарање можат да бидат различни, но при одлучувањето судот мора да ги прифати, освен ако постои забрана, односно ако се спротивни на законот

в) Постојењето на сериозни причини стварта во целина да му припадне на едниот сосопственик судот треба да ги цени поединечно, а тие да произлегуваат од материјалните, социјалните или економските состојби, на пример: ако еден од сосопствениците се занимава со земјоделство, а предмет на делбата е трактор, постои сериозна причина да бара оваа ствар да му припадне и слично.

Во одлуката на судот стварта да му припадне на едниот сосопственик, треба да се определи и судскиот рок во кој истиот треба да им исплати определен надомест во пари на другите сосопственици. Ова од причина што ако рокот за исплата не се почитува, другите сосопственици можат да бараат присилна наплата. Меѓутоа, со оглед на тоа што другите сосопственици имаат законско заложно право на стварта, тие можат да се наплатат од вредноста на залогот, односно да го реализираат заложното право, член 52 став 2.

3.6. Кај судската делба постојат некои овластувања на судот по однос на заштита на правата на сосопствениците. Така, при физичка делба на станови и на станбени згради, кои претставуваат физичка целина, судот може да одлучи да се извршат внатрешни или надворешни преправки, со цел секој сосопственик да добие соодветен посебен дел, член 57 став 1. Да се донесе ваква одлука од судот потребно е преправките да бидат согласно со градежните прописи, на пример: ако треба да се доградат надворешни скали за посебен влез, доградба на некоја просторија или санитарен јазол, тоа може градежно да се изведе само со претходна дозвола од надлежен орган. Ако таква дозвола не може да се добие, односно надворешната преправка да е спротивна на урбанистичкиот план, судот не може да донесе одлука за ваква физичка делба. Исто така, ако се работи за внатрешна преправка, таква може градежно да се изведе ако технички е можна, без да се наруши стабилноста на објектот или изгледот.

Ако се изврши физичка делба на станови или станбени згради со преправки и со тоа се добијат одвоени градежни целини, сосопствениците стануваат сопственици на тие посебни делови и понатаму за нивните односи се применуваат правилата за етажна сопственост, чл. 95 до 111.

Трошоците што ќе се сторат со преправките паѓаат на товар на сосопствениците сразмерно на нивниот дел, на пример: една половина, една петтина, третина и слично.

3.7. Ако со извршената делба на стварта сосопствениците добијат цела ствар или дел од стварта, другите сосопственици му гарантираат

за правните и физичките недостатоци и тоа во границите на вредноста на нивните сосопственички делови, член 54. Тоа значи, ако после делбата се покаже дека на стварта или дел од стварта претендира трето лице и успее да оствари сопственички или други стварни права, другите сосопственици му гарантираат за неговото право да го добие својот дел од другите ствари или да му платат вредносно. Ваква правна последица би имало и ако добиената ствар покаже некои физички недостатоци и нема употребна вредност, на пример: добиеното, во дел, животно било болно, машината има недостаток и не може да се употреби, и слично.

Гаранцијата за физичките и правните недостатоци се гасне по протекот на три години од делбата на стварта. Овој рок е законски, преклузивен и не може да се продолжува. Почетокот за течење на рокот е објективно определен, односно почнува од моментот на делбата на стварта⁸, односно кога стварта ќе се добие во владение.

4. Со оглед на тоа што судот има широки овластувања при делбата на заедничките ствари меѓу сосопствениците, упатно е да се каже дека при судската делба треба да се ценат желбите на сосопствениците и нивните предлози. Тоа ќе помогне делбата побрзо и поекономично да се изврши, а односите меѓу нив да не се нарушат. Ако се исцрпат сите можности за согласност меѓу сосопствениците за начинот на делбата, дури тогаш судот ќе ја донесе одлуката, земајќи ги предвид сите околности на случајот и мислењето на вештаците.

Во судската практика се случува да постои незадоволство после извршената делба, затоа што е многу тешко апсолутно да се добие реален дел кој ќе одговара на големината или бонитетот на стварта или делот. Од тие причини треба да се употребат сите мерила секој да го добие реалниот дел, односно секому да му припадне она што му следува.

5. Правните последици од делбата, било доброволна или судска, се тие што престанува сосопственоста на стварта, а секој сосопственик понатаму станува сопственик на реалниот дел што го добил или на парите.

Стварно правно дејство со делбата настанува со предавање во владение на делот на сосопственикот, ако се работи на движна ствар, односно со запишување на правото во јавна книга, ако е недвижност.

Со раскинување на сосопственоста, не се задира во правата на трети лица, како и во правата на оние сосопственици кои не учествувале при делбата.

⁸Гаранција за правните и физичките недостатоци на стварта види член 110, 466-488, 496-503 од Законот за облигационите односи.

Исто така делбата не влијае на правата кои ја товарат стварта и тоа: заложното право, службеностите, стварните товари и правата на долгорочниот закуп. Овие права ја товарале целата ствар пред делбата, а после тоа дејствуваат спрема сите ствари или делови кои настанале со нејзината делба.

6. Заклучок

Раскинување на сосопственоста со делба на стварта има големо значење за односите меѓу носителите на правото и самата правна институција. Прво, со делба на стварта се раскинува сосопственичката заедница и на определен начин придонесува да се задоволат интересите на сосопствениците и да не доаѓа до нивни судири. Второ, сосопственоста, како подоблик на правото на сопственост, од понизок преминува во повисок ранг на класификација на стварните права, односно станува право на сопственост. Со тоа се остварува осамостојување на правото и понатаму со добиениот дел сосопственикот може самостојно да управува и располага, без да зависи од другите.

Во текот на делбата на стварта или стварите примарно доаѓа до израз волјата на сосопствениците по однос на времето и начините на делба. Ако до согласност не дојде од која било причина дури тогаш се става во функција државниот орган, судот, кој ја спроведува постапката и донесува соодветна одлука. Сепак, и во оваа постапка се цени волјата на сосопствениците, во рамките на можното и дозволеното.

НОВИНИ НОВИНИ ВО ПРИМЕНАТА НА ПРАВОТО И СУДСКАТА ПРАКТИКА

*Добри закони има насекаде,
но прашање е дали и како
тие се применуваат во земјата
(слободна интерпретација на мисла на
Монџескије)¹*

ВОВЕД

Примената на правото е суштествен елемент на Начелото на владеене на правото во секое современо демократско општество, а судската практика е најверодостојна потврда дали тоа начело се остварува односно како се штити слободата, демократијата и како се спроведува правдата.

Дека меѓу примената на правото и судската практика постои непосредна поврзаност со правдата, потврдува правната логика:

- правдата бара почитување на правото на секој поединец;
- тоа може да се остварува само во услови на владеење на правото како основен принцип во општеството;
- владеењето на правото, пак, постои ако се остварува правилна примена на правото;
- а правилната примена на правото, меѓу другото, значи примена на уедначена судска практика.

* Судија во пензија

Правото го применуваат бројни државни органи и институции со јавни овластувања, согласно со надлежностите и овластувањата утврдени во позитивниот правен поредок на секоја земја.

Меѓутоа основен, најзначаен носител на **примената** на правото се судовите кои ја вршат судската власт и пред кои конечно добива завршница секој **кривично-правен процес**, добиваат епилог **граѓанско-правните спорови** за имотно-правни и други права на граѓаните и другите субјекти, или се врши **управно-судска контрола и заштита** на примената на правото од органите на државната управа и институциите со јавни овластувања.

Оттука, начелно и конкретно во Република Македонија најголемо значење и одговорност имаат судовите во примената на правото, а со тоа и за почитување на владеењето на правото како темелна вредност на уставниот поредок.

Како што е општопознато постојат два вида на правни системи во примената на правото:

- 1) **Континентален правен систем**, доминантен во земјите од Европа вклучувајќи ја и Република Македонија. Основна карактеристика на овој систем е постоењето на пишани правни извори (Устав, закони и други прописи меѓу кои постои одредена хиерархија како и Меѓународни договори ратификувани во согласност со Уставот). Во овој систем примената на правото од страна на судовите се состои во непосредна примена на пишаните правни норми, врз основа на кои се решаваат конкретни случаи - предмети.
- 2) **Правен систем наречен Општо право** - Common Law, кој се применува во Англија, Австралија, Канада, Америка и други земји. Основна карактеристика на овој правен систем, кој го нарекуваат и како судско право, односно право кое го создаваат судовите решавајќи конкретен случај, утврдуваат принципи и правила врз основа кои ќе се решаваат и идните случаи. Значи, судските одлуки во овој систем добиваат карактер на прецедентно т.е. извор на правото за следните случаи. Прецедентното право - засновано на претходни судски одлуки, се разбира не се применува автоматски, туку судијата ја формира својата одлука врз основа на принципите и правилата на прецедентот, земајќи ги предвид сите специфичности на новиот случај, односно оценувајќи ги сите конкретни околности на случајот.

Европскиот суд за човекови права го применува системот на Општото право така што, врз основа на принципите и стандардите утврдени во Европската конвенција за човекови права, создава судска прак-

тика и таканаречено Стразбуршко право. Со ратификација на Европската конвенција за човекови права, земјите потписнички истовремено се обврзаа дека ќе ги почитуваат одлуките на Европскиот суд за човекови права, со што се отвори процес на примена на Прецедентното право и во Континенталниот правен систем, па и во Република Македонија.

Со најновите измени и дополнувања на Законот за судовите од мај 2018 година, се утврди задолжителна обврска за македонските судови при одлучувањето да ги применуваат ставовите изразени во конечните пресудите на Европскиот суд за човекови права.

Бо трудот ќе стане збор за новините во примената на правото на судовите во РМ, предвидени во Законот за судовите, а поврзано со тоа и за уедначување на судската практика.

I ОПШТИ ПРИНЦИПИ И ПРАВИЛА ВО ПРИМЕНАТА НА ПРАВОТО И УЕДНАЧУВАЊЕТО НА СУДСКАТА ПРАКТИКА ВО МАКЕДОНИЈА

1. Принципи и правила во примената на правото од судовите

Како што е познато, постојат основни начела и конкретни правила во примената на правото од страна на судовите во соодветните судски постапки.

Основните начела (утврдени во бројни меѓународни документи на ООН и ЕУ, како и Уставот на РМ Амандман XXV) се **самостојност** и **независност** на судовите како носители на судската власт, од извршната и законодавната власт, но кои истовремено се „зависни“ односно должни и овластени да судат врз основа на Уставот, законите и меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот. Третиот принцип се однесува непосредно на судиите како вршители на судската функција е **непристрасност на судијата**. Според општопознатите документи на ООН (Основни начела за независно судство) „судиите поединечно се не- зависни и нивна должност е непристрасно да одлучуваат за предметите врз основа на нивната оценка на фактите и нивното сфаќање на законот, без какво било ограничување и влијанија, поттикнувања, притисоци, закани или мешања директни или индиректни од која било страна или од која било причина. Според Законот за судовите на РМ пак, познато е судијата одлучува непристрасно со примена на законот

врз основа на слободна оценка на доказите и се забранува секој облик на влијание врз независноста, непристрасноста и самостојноста на судијата во вршење- то на судската функција.

Конкретните пак правила на постапување на судиите се утврдени во законите за соодветните судски постапки во кои децидно се определени правилата за процедуралниот процес на пресудување по предмет- тот, почнувајќи од изведувањето и утврдувањето на доказите, потоа осознавање и утврдување на битните - релевантните факти и околности за случајот, до изнаоѓање и подведување на фактичката состојба на соод- ветните одредби од законот, односно утврдување на правната квалифи- кација или битното правно прашање за решавање на случајот. Тоа значи во судскиот процес (со изведување на аргументирана, спротивставена и коректна расправа) судијата врши објективно-субјективна анализа и перцепција на кои докази (обично противречни) ќе им даде верба и те- жина, кои факти ќе ги смета за решавачки и докажани и каков заклучок ќе изведе за примена на една или друга одредба на соодветен закон за конкретниот случај. Оттука основано се смета дека судското толкување и примена на законот е една од најсложените духовно интелектуални процеси и творечки чин кое бара големо знаење и умешност за изреку- вање на правдата.

Изложените принципи и конкретни правила за постапување во судските процеси, всушност се основа за формирање на судскиот интегритет, под кој се подразбира неповредливост и целокупност, а практично значи високо професионална и грижлива оценка на фактите и доказите и конечно совесна примена на законот при формирањето на своето судиско уверување за решавање на случајот. Формирањето на такво уверување по секој конкретен предмет е право и должност, овластување и одговорност на судијата, што произлегува од суштината на судската функција: независно, самостојно, непристрасно и професионално да спроведе правично судење и да ја утврди вистината и правдата врз осно- ва на своето судиско уверување.

Меѓутоа, утврдувањето на самостојно судиско уверување не може и не смее да биде причина и пречка за единствена прима на законите од страна на судиите и судовите, односно да постои уедначена судска прак- тика за идентични или слични судски предмети. ²

2. Значењето на уедначувањето на судската практика

Различната правда заснована на неуедначена практика за случаи со идентична или слична правна состојба е во спротивност со основниот

принцип на еднаквост во основните слободи и права на човекот и граѓанинот, признаени во домашното и меѓународното право.

При примената и толкувањето на правото, судиите и судовите се должни да се придржуваат на основните цели и функции на судската власт, а тоа значи врз основа на независно и **непристрасно** одлучување, меѓу другото, да обезбедуваат единствена **примена** на законот и уедначена судека практика. Таква смисла и суштина треба да се дава при

интерпретација на одредбата на чл.6 од Европската конвенција, според која секој има право на правично судење во разумен рок, пред неза- висен и непристрасен суд основан со закон, така треба да се разбира, толкува и применува одредбата на чл.9 од Уставот на РМ според која граѓаните се еднакви во слободите и правата и се еднакви пред Уставот и законите.

Уедначената судска практика има две вредносни значења, односно заштитува два принципа од концептот на владеење на правото:

- принципот на еднаквост на граѓаните пред Уставот и законите - а тоа значи и пред судовите и еднаквата правна положба на сите субјекти на пазарот;
- принципот на правна сигурност на граѓаните и другите правни субјекти кои пред судовите во својство на странки обезбедуваат заштита и остварување на своите права и на **‘закон** засновани интереси.

Ако се исклучат случаите на недозволеното - различно и селективно правораздавање, **резултат** на влијанија и притисоци на судијата, мож- ни се и ненамерни различни судски практики на идентични или слични случаи и тоа од две причини:

- можно е (и тоа почесто) една или повеќе одредби на еден закон да не се доволно јасни, да се недоречени дури и да се противречни, па нивното толкување и примена да биде различно од еден и друг судија, особено поврзано со секогаш присутната специфичност на еден или друг случај;
- најчесто различно толкување и примена на одделна законска норма се случува: кога се во прашање идентични или слични случаи со разлики во нијанси, па е можно судиите да дадат тежиште на едни или други решителни факти; кога постојните позитивни норми стриктно и буквално или обратно екстензивно се толкуваат, односно при утврдувањето на правата емисла на нормата да се даде тежиште на еден или друг метод на толкување (јазично, логично, системско, историско или телеолошко)²; кога редовно не се следи не се врши благовремено уедначување на **судската**

практика на ниво на основните односно на апелационите судови, не се покренува процесот на усогласување или истиот предолго трае, односно нема такви иницијативи до Врховниот суд за утврдување начелен став или начелно правно мислење.²

3. Кога е возможна и како се врши уедначување на судската практика

Уедначената судската практика е можна и неопходна само за случаи - предмети со иста - идентична правна и фактичка состојба, но и за слични случаи ако се подведуваат под иста правна норма и со (повеќе или помалку) слична фактичка состојба. Ова се зема и се смета како принцип и пристапно правило, но не како шаблон зашто по правило секој случај има свои специфичности.

Според тоа се бара уедначување на судската практика ако веќе има еден или повеќе случаи решавани со таква (погоренаведена) идентична или слична правна и фактичка состојба. Доколку меѓу судиите кои одлучувале како судии поединци или меѓу судиите членови на исти или различни судечки совети има различни мислења за примената на одредена одредба од закон, согласно со чл.91 ст.3 од Законот за судовите, тоа прашање треба да се разгледа на соодветен граѓански, кривичен односно управен оддел заради уедначување на судската практика. Согласно пак, со ст.4 од истиот член седниците на судските оддели ги свикуваат претседателите на одделите по своја иницијатива или по иницијатива на претседателот на судот **кога** ќе се утврди дека особено во примената на **одреден** закон постои неусогласеност меѓу советите во одделот.

Постапката за утврдување правни мислења за уедначување на судската практика во судовите детално е уредена со Судскиот деловник³.

Ако не е постигнута согласност на седница на одделот или дојде до различни ставови на два оддела на заедничката седница, спорното прашање се изнесува на Седница на судиите во судот. Судијата кој не се согласува со усвоеното правно мислење на седницата на одделот или на заедничката седница, со писмен предлог за своето правно мислење може да му предложи на претседателот на судот прашањето да биде изнесено на Седницата на судиите на судот. На ист начин се постапува и во случаите кога советот при повторното одлучување не постапил со правното мислење на одделот. На Седницата на судии на судот спорното прашање се утврдува со двотретинско мнозинство од вкупниот број на судии.

Правното мислење составено во писмена форма го потпишуваат сите членови на одделот. Судијата кој не се согласува со прифатеното правно мислење или со диспозитивот или со образложението, не го потпишува правното мислење туку своето мислење го издвојува и го приложува кон прифатеното правно мислење. Инаку во секој суд постои Оддел за судска практика со задача да ја следи практиката и да иницира уедначување на истата.

Овој начин на постапување за утврдување на правни мислења за уедначување на судската практика важи за сите судови освен за Врховни-от суд кој тоа го уредува со свој Деловник за работа.

Инаку позната е практиката на ниво на апелационите судови за уедначување на судската практика. Особено во последните години вообичаено е доколку во еден основен суд има проблеми со примената на некој закон и обично различни мислења на судиите во еден оддел, се доставува предлог до апелациониот суд да даде свое правно мислење кое доколку биде усвоено се доставува до сите основни судови на тоа подрачје. Ако и во еоодветниот апелационен суд се има различни мислења по поставеното правно прашање, во тој случај се предлага на заедничка седница на граѓанеките или кривичните оддели на сите апелациони судови (такви седници се држат еднаш годишно напзменично во четирите апелациони судови) се разгледува спориото прашање и усвоеното правно мислење се доставува до сите основни судови во сите апелациони подрачја. Ако не се постигне согласност меѓу судиите на заедничката седница од различни апелациони подрачја, предлогот на спорното прашање се доставува до Врховниот суд да го разгледа и да донесе начелен став или начелно правно мислење.

За односите меѓи судовите од повисок степен и судовите од понисок степен, од исклучително значење се одредбите од чл.19 од Законот за судовите⁴ и нејзината примена во практиката (посебно во врска со следењето и уедначената судска практика) за што станува збор во овој труд. Одредбите од овој член експлицитно даваат одговор за самостојноста и независноста на судијата во примената на законот во **конкретен** предмет, од една страна, и потребата од уедначување на судската практика на судот заради еднаков третмаи и правна сигурност на граѓаните и другите субјекти

Од изложеното произлегува дека правното мислење за уедначување на судската практика усвоено од судот или повисокиот суд не е формалноправно задолжително за судијата и тој може да одлучи според своето судиско уверување, но индиректно има последици и можност неговата работа да биде оценета за незадоволителна од страна на Судскиот

совет ако, како резултат на таквото свое постапување повеќе пресуди му бидат **укинати** (повеќе од 20 проценти од годишните предмети) или **преиначе-** ни (повеќе од 30 проценти од годишните предмети)⁵.

4. Улогата и одговорноста на Врховниот суд за единствена примена на законите од судовите

Врховниот суд согласно со Уставот има посебна улога и одговорност како највисок суд во државата за единствена примена на законите од страна на судовите. Начинот на остварување на оваа функција од страна на Врховниот суд е со утврдување - донесување на начелни ставови, поблиску уредена со Законот за судовите^{6*} и Деловникот на Врховниот суд⁷. Така според чл.37 од Законот за судовите од 2006 година, Врховниот суд на Општа седница утврдува начелни ставови и начелни правни мислења по прашања од значење за обезбедување на единство во примената на законите од страна на судовите. При тоа иницијатива за свикување на Општа седница и за утврдување на наведените правни ставови и мислења може да даде самиот суд по сопствена иницијатива или по иницијатива на седниците на судиите или **судските** оддели на судовите. Потоа со измени и дополнувања на Законот за судовите од 2010 година, се пропишуваат две нови обврски на Врховниот суд: прво, Судот да ги објавува на својата веб страница утврдените начелни ставови и начелни правни мислења и второ, за утврдените начелни ставови и начелни правни мислења Врховниот суд да доставува посебен годишен извештај до Судскиот совет и да го објави тој извештај на веб страната на судот.

Со измени и дополнувања на Законот за судовите од 2018 година, одново (а со цел поефикасно да ја остварува оваа функција) и поинаку е дефинирана оваа функција на Врховниот суд, па така што чл.37 алинеја прва сега гласи: Врховниот суд на Општа седница утврдува начелни ставови и начелни правни мислења по прашања од значење за обезбедување на единството во примената на законите од страна на судовите во рок од

3 месеци, но не подолго од 6 месеци по сопствена иницијатива или по иницијатива на претседател на суд или по иницијатива на Седници на судиите или судските оддели од судовите или по иницијатива на адвокати, и да ги објави на веб страната на судот.

Треба да се очекува дека особено по иницијатива на адвокати ќе се поспешат вршењето на оваа важна улога и функција на Врховниот суд.

Во Законот за процесната постапка^{8 9} е предвидена ситуација за поднесување посебна иницијатива до Врховниот суд од страна на вто-ростепените судови по пат на дозвола по конкретен предмет да се изјави ревизија ако се оцени дека одлуката во спорот зависи од решавање на не-кое материјално правно или процесно прашање важно за обезбедување на единствена примена на законите и уедначување на судската практика. Меѓутоа, оваа можност ретко е користена од судовите.

Инаку со Деловникот за работа на Врховниот суд подеталио се уредува начинот на свикнување, одвивање и гласање на Општата седница, па и за изготвувањето на начелни ставови и начелни правни мислења, со тоа што нивната дефинитивна редакција ја изготвува посебна комисија оп-ределена од Општата седница, а по барање на член на Општата седница може да се објави и издвоено мислење на судија.

Посебен Оддел за судска практика при Врховниот суд: 1) ги следи одлуките на Врховниот суд заради уедначена судска практика и врши нребарување на слични или идентични одлуки во базата на податоци следејќи ја судската практика на пониските судови; 2) заради обезбедување на хоризонтално и вертикално уедначување на судската практика ги следи општите правни мислења, примената на Уставот и практиката на ЕСЧП⁴.

Начелните ставови и начелните правни мислења кои биле прифатени на Општата седница се задолжителни за сите совети на Врховниот суд. Тие не се формалноправно задолжителни за судовите, меѓутоа се прифаќаат и се применуваат по сила на правната аргументација и висо-копрофесионалното убедувачко образложение.

Во периодот од 2010 година, кога со Законот за судовите Врховниот суд беше задолжен да ги објавува начелните ставови и начелните правни мислења на својата веб страна, Врховниот суд има донесено вкупно 31 начелен став, односно начелни правни мислења од кои од областа на граѓанското право (14), во кривичноправната област (8) и (9) за општи прашања за примена на Законот за судовите¹⁰.

Според правната терминологија и практика начелен став се утврдува кога постојат различни сфаќања и мислења во поглед на примената на некоја одредба или повеќе одредби од некој закон, па со него се утврдува смиелата на предметните одредби и тоа по правило се однесува по правни прашања кои имаат општ карактер и пошироко мислење.

Начелно правно мислење се утврдува кога во судската практика постои неуедначена примена на одредена конкретна одредба од одреден

закон, па со правното мислење се утврдува правата смисла на одредбата и насока за нејзината примена во судската практика.

II ВЛИЈАНИЕТО НА СУДСКАТА ПРАКТИКА НА ЕСЧП ВРЗ ПРИМЕНАТА НА ПРАВОТО И СУДСКАТА ПРАКТИКА НА СУДОВИТЕ ВО МАКЕДОНИЈА

1. Преземање обврски од РМ со ратификација на ЕКЧП

Европската конвенција за заштита на правата и основните слободи како што е познато е донесена во 1950 година, а од РМ е ратификувана 27.2.1997>година заедно со нејзините дополнителни протоколи и стана дел од правниот поредок на државата согласно со чл.118 од Уставот на РМ.

Со нејзиното потпишување и ратификација РМ ги презеде обврските што таа ги пропишува за заштита и почитување на човековите права, со тоа што нејзината имплементација ја остварува на три начина:

1) со непосредна примена на нејзините норми од македонските судови и другите државни органи, 2) со инкорпорирање и разработка на одделни нејзини начела во националното законодавство, посебно во законите од областа на судството, 3) со обврска да ги почитува одлуките на Европскиот суд чие дејство може да биде: отстранување на повредите на некое право или слобода на жалителот со повторување на судска или друга постапка; исплата на жалителот одредена сума на пари како правично обештетување за повреда досудена од страна на Европскиот суд; измена на закон или друг пропис кој е основ или причина за повреда на некое право или слобода гарантирана со Конвенцијата.

Со Европската конвенција (чл.46) е утврдена обврска на државите потписнички дека ќе се придржуваат на конечните одлуки на судот во сите предмети во кои тие се страни во спорот. Оваа одредба од Конвенцијата би требало да значи дека одлуките на Европскиот суд немаат касаторно дејство спрема одлуките донесени од домашните судови и административни органи, туку е оставено на земјите потписнички со своите закони да предвидат преиспитување на домашните одлуки. Европската конвенција при тоа ниту предвидува обврска, ниту забранува на државите потписнички со своето национално законодавство да предвидат сопствен институт и

процедура за преиспитување на конечните и правосилни пресуди на домашните судови во оние случаи кога со пресуда на Европскиот суд е утврдено дека со нив е сторена повреда на некое право или слобода од Европската конвенција на одреден жалител.

Република Македонија тоа и го стори со измена на законите кои ги уредуваат судските постапки во текот на 2004 и 2006 година, со тоа што предвиде процедурален институт - повторување на постапката како вон-редно правно средство за преиспитување на конечни и правосилни одлуки на домашните судови кога со одлуки на Европскиот суд е утврдено повреда на некое право на жалител. Така со ЗКП (чл.418) кривичната постапка може да се повтори во корист на осудениот ако со одлука на Европскиот суд е утврдена повреда на човековите права и слободи, а за што одлучува судот кој во поранешната постапка судел во прв степен, а во советот нема да учествува судијата кој учествувал во донесување на пресудата во поранешната постапка. Слични одредби се предвидени и со измените на ЗПП (чл.400) и измените на Закон за управни спорови (чл.43).

Исто така, РМ донесе посебен Закон за извршување на одлуките на ЕСЧП¹¹, во кој се предвидува дека извршувањето на одлуките на судот се обезбедува со исплата на досудените средства на жалителот како првична оштета и усвојување на други **поединечни и општи мерки** заради отстранување на последиците кои настанале од повредите на некое право на некој жалител.

Посебно е предвидено дека Благата на РМ одлучува за потребата од донесување на барање за разгледување на предметот пред Големиот судски совет во случај кога судот одлучува со пресуда, а надлежното бхтрото во Министерството за правда во рок од два месеца ги информира Врховниот суд и другите судови кои биле вклучени во конкретните предмети.

2. Новини во врска со примената на судската практика на Европскиот суд

Со Законот за судовите од 2006 година во чл.18 ст.5 се утврди обврска на судовите во РМ во конкретни случаи непосредно да ги применуваат конечните и извршните одлуки на ЕСЧП, на Меѓународниот казнен суд или на друг суд, чнја надлсжност ја признава РМ **ако одлуката е по-добна за извршување.**

Во Законот за измени и дополнувања на Законот на судовите од 2018 година, во ст.5 на чл.18 се избришаа зборовите **ако одлуката е по- добна за извршување** и се отиде чекор понатаму: 1) со нов став 6 на чл.18 од Законот за судовите од 2018 година утврди „Судот при одлучувањето е должен да ги применува ставовите изразени во конечни пресуди на ЕСЧП“; 2) со (чл.75 алинеја 11) воспостави односно го прошири основот за одговорност на судијата поради нестручно односно несовесно извршување на функцијата „ако е донесена одлука од страна на ЕСЧП со која е утврдена повреда на чл.5 и 6 од Европската конвенција“ (со тоа што за повреда на чл.6 беше утврдена одговорност претходно со Законот за судовите од 2010 година); 3) со (чл.76 т.8) утврди дека судијата прави потешка дисциплинска повреда „ако при одлучувањето не ги применува ставовите изразени во конечните пресуди на ЕСЧП“.

3. Можни прашања во врска со новините во Законот за судовите за задолжителна примена на ставовите во конечните пресуди на ЕСЧП

Имајќи го предвид напредизложеното во врска со досегашниот начин на извршување на пресудите на Европскиот суд и најновите измени на Законот за судовите од 2018 година, има основ да се наведат следните можни прашања:

1) За односот и обврските кон пресудите на ЕСЧП во Европската конвенција изречно стои како наслов и текст: „чл.46 - обврзувачка сила и извршност на пресудите

1. Високите договорни страни се обврзуваат дека ќе се придржуваат кон конечните пресуди на Судот во сите предмети во кои се тие страни во спорот.

2. Конечната пресуда на Судот ќе се достави до Советот на министри кој ќе го надгледува нејзиното извршување“.

3. Досегашниот начин на извршување на пресудите на ЕСЧП кога РМ е страна во спорот се уредени со Законот за извршување на одлуките на ЕСЧП и законите за повторување на постапките во ЗКП, ЗПП и ЗУС.

4. Новата одредба во Законот за судовите 2018 година (чл.18 ст.6), утврдена во основните начела (а која гласи: **судот при одлучувањето е должен да ги применува ставовите изразени во конечни пресуди на ЕСЧП**), може да се разбере и толкува на два начина:

5.® ако се тргне од суштината на обврската преземена согласно со чл.46 од Европската конвенција, може да се толкува дека оваа одредба се однесува за задолжителна примена на ставовите изразени во конечни пресуди на ЕСЧП во кои страна во спорот е РМ, па македонските судови се должни да ги применуваат ставовите кога одлучуваат во повторената постапка по повод пресудите добиени од ЕСЧП;

6. • меѓутоа може да се толкува дека оваа одредба се однесува на задолжителна примена на судската практика на ЕСЧП во целина за идентични или слични случаи, како негово прецедентно - право. Такви мислења и практики за примена на судската практика на ЕСЧП како задолжително прецедентно - право одамна се присутни меѓу земјите потписнички на Европската конвенција, во зависност од нивните различни уставни и судски системи и можности. **Текстот на Конвенцијата не може да се чита надвор од нејзината судска практика, пресудите на ЕСЧП го објаснува и интерпретираат текстот. Тие се обврзувачки правни примери чии легален статус е со мандатни правни норми. Понатаму, ратификацијата на Конвенцијата на националните органи на сите држави потписнички, вклучително и оние кои практикуваат граѓански (континентален) правен систем, мора да ги сметаат пресудите на судот за обврзувачко право¹².**

7. Несомнено, процесот на меѓународната хармонизација не само на правото туку и на неговата примена, со утврдување на меѓународни стандарди и правила е неминовен, позитивен и корисен. Дали тој ќе се одвива побрзо или побавно зависи од подготвеноста на земјата. Сепак, постојните уставни и судски системи треба да се почитуваат се додека не се променат.

8. Ако споменатата одредба се толкува и применува така што задолжителната примена на ставовите изразени во конечните пресуди на ЕСЧП, се воведува и воспоставува како принцип односно прецедентно право, без оглед на која држава се однесуваат тие пресуди, може да се постави прашањето дали членовите 18 ст.6 и чл.76 т.8 од Законот за судовите од 2018 година се во согласност со амандман XXV од Уставот на РМ, според кој судовите судат врз основа на Уставот, законите и Меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот.

1) Неизлегувајќи надвор од Уставот, процесот на постепено воспоставување мешовит правен систем во кој судовите ќе

судат врз основа на пишани извори на правото донесени од Парламентот како носител на законодавната власт и судската практика на ЕСЧП како преседентно право, секако наложува да се извршат определени промени и прилагодувања во судскиот систем и судската практика.

2) Воведувањето на паралелен судски систем на примена на правото ќе предизвика промени и во постапките на уедначување на судската практика во областа на човековите права и слободи, како и во начинот и содржина на начелните ставови и начелните правни мислења на ВСРМ.

3) Поврзано со претходното може да се констатира дека се создава еден своевиден парадокс во ситуација да бидат задолжителни ставовите во конечните пресуди на ЕСЧП за македонските судови, но не и начелните ставови и начелните правни мислења на според Уставот, највисокиот суд во државата - ВСРМ, кои се задолжителни за неговите совети, но не и за пониските судови.

Силата на правната аргументација и нејзиното професионално вреднување и прифаќање, а не формалноправното задолжување на ставовите изразени во пресудите на повисоките судови е во **согласност** и во корелација со самостојното судиско уверување како суштина на судската функција да се дојде и да се спроведе правда по секој случај.

Наместо заклучок

1. Со најновите измени и дополнувања на Законот за судовите од 2018 година се извршени битни промени во примената на правото од страна на македонските судови со тоа што е воведена задолжителна примена на ставовите изразени во конечни пресуди на ЕСЧП, така што при одлучувањето мора да се има предвид и судската практика на Европскиот суд што тој ја создава со интерпретација на Европската конвенција. Со тоа ќе се воспостави мешовит правен систем во кој судовите ќе судат врз основа на пишани извори на правото донесени од Собранието на РМ, како носител на законодавната власт и судската практика на ЕСЧП како преседентно право, па би требало да се извршат промени и прилагодувања во судскиот систем и судската практика.

2. Начелно, не постојат противречности и негација меѓу самостојноста и независноста на судијата во примената на законот во конкретен предмет и обврската на судовите утврдена во законот за потребите од уедначување на судската практика во примената на законот за идентични и слични случаи - предмети. Ова затоа што единствената примена на законот е основно правило и практика во судовите која се обезбедува со перманентна едукација на судиите во која се опфатени законите и новините од областа на судството, разгледувањето на прашањата и проблемите во примената на одреден закон на Седниците на судиите и еудските оддели на кои се води аргументирана расправа при постоење на различни мислења меѓу судиите, како и почитување на веќе воспоставената уедначена судска практика по одреден вид на идентични или слични спорови.
3. Начелните ставови и начелните правни мислења на Врховниот суд се задолжителни само за советите на Врховниот суд, меѓутоа нивната примена од судовите произлегува и се заснова на високопрофесионално образложение и аргументација за причините и потребите за нивно донесување и применување во практиката. Треба да се очекува дека и во новите услови на примена судската практика на ЕСЧП како извор на правото, Врховниот суд ќе продолжи да утврдува начелни ставови и начелни правни мислења и во ситуација кога постојат различни мислења кои прецеденти на ЕСЧП треба да ги применуваат македонските судови за одреден вид на идентични или слични случаи.
4. Несомнено, потребно е посебна анализа и аргументација за тоа дали задолжителната примена на судската практика на ЕСЧП од страна на македонските судови, предвидена во чл.18 ст.6 од Законот за судовите од 2018 година и поврзано со тоа одговорноста на судиите за не примена на ставовите во пресудите на Европскиот суд, не излегува надвор од уставниот систем на РМ според кој судовите судат врз основа на Уставот, законите и меѓународните договорни ратификувани во согласност со Уставот.

ДАЛИ „ЗАКОН ЗА РАБОТНИТЕ ОДНОСИ“ ИЛИ “ЗАКОН ЗА ТРУД“?

Донесувањето на Законот за работните односи (влегол во сила на 6.август 2005 година) од страна на предлагачот (Министерството за труд и социјална политика) беше образложено као резултат на потребата од хармонизирање на постојниот закон со законодавство на Европската унија и со другите меѓународни норми базирани на меѓународните стандарди. Со оглед на значењето на овој системски закон, уште од фазата на неговото донесување па се’ до денес, како и поради неговите чести измени и дополнувања (до сега вкупно дваесет и пет), Здружението на правниците на Република Македонија постојано го става на дневен ред на своите средби како и на страниците на списанието „ПРАВНИК“, каков што е тоа и ианаку случај и со сите претходни закони од сферата на работното законодавство.

Главно, мислењата на правните практичари се дека Законот за работните односи, во однос на дерогираниот Закон за работните односи (1993) претставува нов чекор во дефинирање на концептот на трудот во глобалната економија, чиј составен дел станува Република Северна Македонија, при што посебно го заштитува дигнитетот и достоинството на работникот (забрана на дискриминацијата, на вознемирување и полово вознемирување, психичкото вознемирување на работно место-мобинг, договорна слобода и др.). Но, во исто време, обезбедува и механизми за заштита на работодавачот преку обврска на работникот совесно да ја извршува работата почитувајќи ја организацијата и деловната активност на работодавачот.

Со оглед на бројноста на новите законски решенија и правните институти содржани во Законот за работните односи, во однос на дерогираниот Законот за работните односи (1993), уште во текот на расправите во фаза на неговото донесување (Охрид, мај 2005 година) беа дадени голем број критички забелешки и сугестии со цел за подбрување на неговата содржина, иако

конечната верзија на овој закон имаше значителни отстапувања во однос на Предлогот за донесување на Законот за работните односи (подготвен од страна на Министерството за труд и социјална политика во април 2005 година).

Меѓутоа, останаа отворени и докрај нерасправени две прашања, на кои ниту до денес и во теоретската расправа, не е даден некој поконкретен одговор. Првото, дали насловот на законот одговара на неговата содржина, односно дали е посоодветно насловот да гласи – „Закон за труд“, и второто, и дали се основани причините во текстот на законот вместо терминот : „договор за работа“, содржан во derogираниот Закон за работните односи, да биде заменет со терминот : „договор за вработување“?

Во поглед на двете прашања во текот на стручните расправи, пред и после влегувањето во сила на Законот за работните односи, беа искажани сосема спротивставени мислења – едното го поддржува насловот на законот и терминот „договор за вработување“, а второто дека насловот на законот треба да гласи – „Закон за труд“, при што во неговиот текст да биде задржан терминот „договор за работа“.

Без оглед на тоа што станува збор за повеќе теоретско одколку за практично прашање, кое нема некое посебно влијание врз практичната примена на Законот за работните односи, сепак заслужува да биде елаборирано, поаѓајќи од дефиницијата дека формата секогаш мора (треба) да ја одсликува содржина на нештата, што во случајов се јавува како спорно.

Имено, на дилемите околу насловот на Законот за работните односи, укажано е уште во Предлогот за донесување на Законот за работните односи во кој е образложено дека : „Предлогот за донесување на законот носи наслов „Закон за работните односи“, иако постоеле предлози, но и очекувања дека насловот ќе укажува на поширока содржина на законот (на пример, Закон за труд). Сепак, предлагачот – водејќи сметка за содржината и концептот на законот, за определбата за вклученоста на овој закон во системот на законски прописи кои веќе се стапени во сила или се наоѓаат во фаза на подготвување, а се однесуваат на индивидуалното и колективното трудово право во потесна или поширока смисла, и со оглед на други правни основи за вршење на труд (самовработување, гараѓанско-правни договори, службенички односи, вршење на државни функции) – се определи да го задржи називот на законот кој во практиката веќе е афирмиран. Насловот одговара на содржината бидејќи со склучување на договор за вработување се создава работен однос, односно однос меѓу работникот и работодавачот на кој, покрај спогодбени договори, содржина му даваат и непосредно употребливи меѓународни стандарди, законски одредби, одредби на извршни прописи, како и колективни договори, со помала или поголема партиципативна вклученост на вработените“. Токму ваквото образложение беше причина и мотив за расправа по прашањето на

основаноста на употребениот наслов на Законот за работните односи.

Според мислењето на авторот, кој го поддржува второ мислење, државата мора да има еден основен закон кој начелно и во најширока основа ги уредува прашањата на трудот, би рекле еден Code civil на трудовото право, поаѓајќи од фактот дека според членот 32 став (5) од Уставот на Република Северна Македонија остварувањето на правата на вработените и нивната положба се уредуваат со закон и со колективен договор, за да потоа „...новото работно законодавство нормативно да биде рестриктивно и предност во уредувањето на меѓусебните односи на работниците и работодавачите да биде дадено на колективно договарање, односно колективните договори“ (Проф. Д-р Т. Беличанец, „Какво работно законодавство и’ е потребно на Република Македонија“, „ПРАВНИК“ БР. 100/2000). Дали понапредцитираното образложение го оправдува насловот – Закон за работните односи? Според мислењето на авторот, не. Имено, во основа, овој закон треба со диспозитивни норми да овозможи натамошен процес на колективно преговарање и договарање меѓу социјалните партнери, но во исто време да задржи и минимум законски решенија кои ќе ја обезбедат правната сигурност на работникот. Со други зборови, централното место во овој закон е (треба да биде) трудот на работникот (како дејност на човекот која бара умствено и физичко напрегање : работа), преку кој создава, пред се’, непрекинат однос со работодавачот, а потоа и со останатите вработени кај него (според член 5 став (1) точка 1) од Законот за работните односи, работниот однос е дефиниран како договорен однос меѓу работникот и работодавачот во кој работникот доброволно се вклучува во организираноит процес на работа кај работодавачот, за плата и други примања, лично и непрекинато ја извршува работата според упатствата и под надзор на работодавачот). Од тука следува заклучок дека работниот однос не го создава трудот на работникот во понапреднаведената смисла, туку дека спротивно на тоа, трудот е основа на работниот однос и на односите кои потоа се воспоставуваат меѓу работникот и работодавачот, но и со останатите вработени кај него.

Ако трудот на работникот го зазема централното место во Законот за работните односи, тогаш и самиот закон треба да има наслов кој соодествува со таквата содржина, односно да има наслов – „Закон за труд“. Во таа смисла, сосема е ирелевантно наведеното образложение во Предлогот за донесување на Закон за работните односи во делот со кој се укажува дека станува збор за називот кој во практиката е афирмиран. Ова поради тоа што законите постојано се укинуваат, менуваат и дополнуваат, а тоа се однесува и на нивните наслови.

Покрај наведеното, според мислењето на авторот, во прилог на насловот – „Закон за труд“, одат и други факти и околности. Според членот 1 став (2)

од Законот за работните односи, работниот однос се уредува со овој и со друг закон, колективен договор и договорот за вработување. De lege lata, кај нас прашањата сврзани со трудот на работникот се предмет на регулатива на повеќе посебни закони (lex specialis) по дејностите кои подетално го уредуваат работниот однос, меѓутоа кои упатуваат и на општите прописи за работните односи. Така на пример, според членот 4 став (5) од Законот за административни службеници („Сл. весник РМ“ бр. 27/14), за прашањата што се однесуваат на административните службеници, а кои не се уредени со овој закон, со Законот за вработените во јавниот сектор или посебните закони и со колективните договори, се применуваат општите прописи за работните односи, според членот 3 став (2) од Законот за вработените во јавниот сектор („Сл. весник РМ“ бр. 27/14), за прашања кои не се уредени со овој закон, како и за прашања за кои овој закон не упатува на примена на посебен закон и на колективен договор, а се однесуваат на работниот однос на вработениот, се применуваат општите прописи за работните односи, со слича содржина е членот 27 од Законот за управа на јавни приходи („Сл. весник РМ“ бр. 43/14) и др.

Според тоа, јасно произлегува дека сепак Законот за работните односи е основен закон кој начелно ги уредува (треба да ги уредува) прашањата на трудот, чии одредби потоа дополнително се применуваат во отсуство на соодветните одредби во посебните закони.

Потоа, треба да се има предвид дека работните односи значително подетално ги уредуваат и други закони, кои не се однесуваат на поодделни дејности, туку имаат далеку пошироко значење, како на пример Законот за агенциите за привремени вработувања, Законот за вработување и работа на странци, Законот за безбедност и здравје при работа и др. Од друга страна, ако веќе предмет на Законот за работните односи, според членот 1 став (1), е уредувањето на работните односи меѓу работниците и работодавачите кои се воспоставуваат со склучување на договор за вработување, тогаш е нејасно (и дискутабилно) зошто овој закон, на пример, содржи одредби кои се однесуваат на инспекциски надзор во областа на работните односи на (членот 256 до 262), кога веќе за тоа постои посебен закон – Законот за инспекција на трудот (и овој наслов укажува дека не станува збор за инспекција на работните односи туку на трудот), потоа за Економско-социјалниот совет (членот 246 и 247) и др., кои не се однесуваат на самиот работен однос кој се воспоставува меѓу работникот и работодавачот.

Конечно, но не и помалку упатно, треба да се укаже и на компаративното право на земјите од опкружување кои го хармонизирале своето работно законодавство со законодавството на Европска унија, а кои одат во прилог на тезата дека дека насловот на законот треба да гласи – „Закон за труд“, како

посоодветен на неговата содржина. Имено, во Р. Хрватска донесен е *Zakon o radu* (2009), во Р. Бугарија - Кодекс на труда (1992), во Р. Србија – Закон о раду, во Р. Црна Гора – Закон о раду (2008 год.) итн. Единствено, Р. Словенија има закон со насловот – *Zakon o delovnih razmerjih* (2002) кој одговара на духот на словеначкиот јазик.

Дали терминот „договор за вработување“ или терминот „договор за работа“?

Како што е тоа веќе појаснето, Законот за работните односи вместо терминот „договор за работа“, како таков, содржан во текстот на дерогираниот Закон за работните односи (1993), го употребува терминот “договор за вработување“. Овој термин, поради неговата повеќегодишна примена, кај нас е општо прифатен од правните практичари кои и денес, во секојдневната комуникација, можеби и по инерција, го употребуваат. Иако Предлогот за донесување на Законот за работните односи содржи широка елаборација на содржината на договорот за вработување сепак, за разлика од прашањето на насловот на законот, не дава ниту еден збор образложение зошто е извршена таквата термилошка промена. Инаку, ова прашање, начелно, го има отворено авторот на веќе споменатата средба на Здружението на правниците на Република Македонија во трудот, „Отказот и дисциплинската одговорност во Предлогот за донесување на Закон за работните односи („Деловно право“ бр. 13/2005). Се поставува прашањето, дали е или не е нешто спорно во терминот „договор за вработување“ во споредба со терминот „договор за работа“?

Давајќи одговор на ова прашање, оние кои го застапуваат мислењето дека терминот “договор за вработување“ не соодвествува со содржината на работниот однос, сфатен во наведената дефиниција од членот 5 став (1) точка 1 од Законот за работните односи, меѓу кои е и авторот, се раководат со следново : бидејќи работниот однос е договорен однос истиот се воспоставува со склучување (потпишување) на договор при што се почитува правото на работниците на слобода на трудот, достоинството и заштита на интересите на работниците во работниот однос (членот 13 став (1), а тоа значи дека меѓу работникот и работодавачот стои правен акт – договор, со кој се уредуваат нивните меѓусебни права, обврски и одговорностите. Овој договор во правната теорија е познат како „договор за работа“ (а не и како „договор за вработување“) и меѓу него и договорите опфатени со Законот за облигационите односи, не може да се стави каков било знак на еднаквост бидејќи станува збор за посебен (*suí generis*) вид договор познат и разработен во трудовото право. Содржината на ваков договор, без тоа како го именуваме во овој момент, делумно е определена со закон (во конкретниов случај со

членот 28 од Законот за работните односи), меѓутоа може да содржи и други права и обврски определени со друг закон и колективен договор.

Трудот на работникот претставува дејност која бара неговото умствено и физичко напрегање – работа, кој треба да биде уреден со договор со кој, како што е тоа веќе кажано, поконкретно се утврдуваат меѓусебните обврски на работникот и работодавачот. Според тоа, станува збор за правен акт – договор, со кој се уредуваат прашањата на трудот, на работните права и обврски на работникот, од една страна, и работодавачот од друга страна. Ако е тоа така, а така е, тогаш не е јасно дали терминот “договор за вработување“ ја одразува вистинската содржина на таквиот договор?

Самиот израз „вработување“, во јазична смисла на зборот, искажува една моментална состојба во која работникот и работодавачот преку склучување и потпишување на договор воспоставуваат взаемен однос со засновање на работниот однос. При тоа, треба да се има предвид дека прашањата на вработувањето подетално се уредени со посебен закон – Законот за вработувањето и осигурување во случај на невработеност, а насловот на овој закон целосно соодветствува со неговата содржина. Инаку, според начинот како Законот за работните односи го регулира прашање на засновање на работниот однос, тоа сепак претставува само еден дел од содржината на склучениот договор, да го наречеме иницијалниот, додека пак останатиот дел од неговата содржина го регулира прашањето на трудот на работникот и обврските на работодавачот.

Од анализата на посебните закони, како например членот 46 став (1) и (2) од Законот за административни службеници, членот 21 став (1) од Законот за вработените во јавниот сектор и др. може да се заклучи дека засновањето на работниот однос, без оглед наначинот како се спроведува постапката за вработување, се врши со склучување на договорот за вработување.

Според тоа, сам по себе, се наметнува заклучокот дека чинот на самото засновањето на работниот однос (вработувањето на работникот) и вршењето на трудот на работникот кај работодавачот, сепак се две различни и временски одделни работи, без оглед на тоа што вршењето на трудот е резултат на вработувањето на работникот, односно на засновањето на работниот однос кај работодавачот.

Бидејќи според теоријата, како што е тоа веќе кажано, формата мора да ја одсликува содржина на нештата, според мислењето на авторот, терминот „договор за работа“ многу повеќе соодветствува (и ја изразува) содржината на членот 28 од Законот за работните односи, од терминот „договор за вработување“ кој инакуе содржан, како што е тоа веќе кажано, во дерогираниот Закон за работните однос.

Исто тако, треба да се има предвид дека понапреднаведените закони на Р. Хрватска, Р. Србија, Р. Црна Гора и Р. Бугарија, без исклучок, го употребуваат терминот „договор за работа“ односно „трудовиот договор“, освен Р. Словенија која го употребува терминот „pogodba za zaposlitvi“. И, овој податок оди во прилог на мислењето дека законодавецот, при некоја идна измена и дополнување на Законот за работните односи, треба да размисли дали има основ повторно да се наврати на терминот „договор за работа“ како посоодветен на содржината на самиот договор.

Желбата на авторот е трудот да биде мотив за поширока расправа на прашањата кои понапред се елаборирани, без претензија да влијае врз конечните решенија. Исто така, можеби е потребно да се преиспита и содржината на Законот за работните односи, односно да биде оценето дали некои делови од неговата содржина треба да бидат изоставени, а некои дополнително вградени, паоѓајќи од веќе изнесената мисла дека овој закон, на одреден начин, би требало да претставува Code civil во нашето трудово работно законодавство. Така на пример, може да се преиспита прашањето дали ни е потребен посебен закон Закон за штрајкот (во компаративното право такви закони ги имаат Р. Србија, Федерација, БИХ, Р. Словенија, Р. Ц. Гора итн.) кои прашања сега се опфатени со членот 236 до 245 од Законот за работните односи (Законот за штрајкот кај нас е применуван се’ до влегувањето во сила на Закон за работните односи – 6. август 2005 година). Со таков закон би биле опфатени сите работници и работодавачите кај нас, и на таков начин ќе се избегне состојбата секој посебен закон (по дејностите и одделите) да содржи недоволно јасни одредби во поглед на начинот на остварување на правото на штрајк. Спротивно на тоа, може да се размисли дали, на пример, Законот за агенции за привремени вработувања треба да биде инкорпориран во Законот за работните односи и сл.

**РЕОРГАНИЗАЦИЈА НА ДРУШТВАТА ВО СТЕЧАЈНА
ПОСТАПКА
ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА - за актуелната
правна рамка наспроти потребата од реформи во
Законот за стечај -**

UDK UDK 347.736:347.427):340.13(497.7)
Original research paper

***Апстракт:** Реорганизацијата според правилата на стечајната постапка претставува правен инструмент преку кој се врши селекција на трговските субјекти кои имаат капацитети да остванат на пазарот и покрај тоа што во одредена фаза од своето работење се соочиле со финансиска криза. Македонскиот модел на постапката за реализација на процесот на консолидирање и судска реорганизација на друштвата во основа ги следи актуелните трендови на современите правни системи на земјите од Европската Унија, каде санацијата на трговските друштва добива сè позначајна улога во функција на надминување на insolventност и продолжување на нивната економска дејност. Во тој правец, Законот за стечај нуди широк спектар на правни инструменти кои претставуваат солидна основа за ефикасно надминување на insolventност преку усвојување на план за реорганизација подготвен од должникот пред отворање на стечајната постапка, како и реорганизација во рамки на отворена стечајна постапка.*

Трудот содржи приказ на основните материјални и процесни претпоставки за спроведување на реорганизација на стечајниот должник, со осврт на актуелни правни прашања поврзани со

* Авторот е судија на Основен суд Велес и докторант на катедрата по Деловно право на Правниот факултет Јустинијан Први во Скопје. Предавач е на Академијата за судии и јавни обвинители на РС Македонија на различни теми од областа на трговското и граѓанското право, слободата на изразување и судската управа. Учествува со стручни излагања на конференции и семинари на Коморите на стечајни управници, нотари и извршители и други организации кои вршат обуки од областа на правото.

одделниите фази од судската постапка за реорганизација според одредбите од Законот за стечај. При тоа, итругот го акцентира стечајот како можност за враќање во „живот“ и ревитализација на трговските друштва преку стечајните правила за реорганизација и реструктурирање, со осврт на потребата за дојдовно реформирање и хармонизација на стечајното право со insolventското право на Европската унија и Директивите 2019/1023 и Директивата (ЕУ) 2017/1132 (Директива за реструктурирање и insolventност) на Европскиот Парламент.

Предмет и цел на трудот и применети методи на истражување

Како антипод на банкротот, во секој современ правен систем реорганизацијата на трговските друштва има значајно влијание врз севкупната економска стабилност и правна сигурност. Истовремено, нејзиниот мултидисциплинарен карактер и широк спектар на примена ја категоризира реорганизацијата како плодно поле за економски и корпоративно-правни научни истражувања, а интересот за продлабочено проучување на спецификите на стечајната реорганизација постои, пред сè, поради недоволна истраженост на оваа проблематика од научно-правен аспект.

Во национален контекст, поаѓајќи од фактот дека од деловната, но и од пошироката македонска јавност стечајот вообичаено се перцепира како крајно непосакувана присилна мерка која повеќе значи „смрт и закоп“ на стечајниот должник, отколку можност за рехабилитација и надминување на неговите финансиски проблеми, ова истражување претендира кон тоа стечајот да го проучи од еден поинаков аспект – како можност за враќање во „живот“ и ревитализација на трговските друштва преку стечајните правила за реорганизација.

Поаѓајќи од тоа, предмет на трудот е анализа на актуелните правни механизми кои ја овозможуваат реорганизацијата во македонскиот правен поредок, со посебен осврт на потребата од реформи во стечајното законодавство заради негово подобрување и усогласување со правото на Европската Унија, преку воведување на нови, модерни стечајно-правни институти, како што е постапката за превентивно реструктурирање на трговските друштва заради нивна ревитализација во рана фаза на соочување со финансиските потешкотии.

Целта на ова истражување е да се акцентира квалитетот на реорганизацијата како правен институт, заради поттикнување на

доверителите и другите учесници во стечајната постапка првенствено да се определат за реорганизација на друштвото-должник како начин на намирување на нивните побарувања, отколку за негова ликвидација. Од друга страна, истражувањето има за цел да му помогне на законодавецот во процесот на реформирање на стечајно-правната регулатива, преку лоцирање на одредени слабости и давање на конкретни предлози за подобрување на нацрт-законскиот текст на новиот Закон за инсолвентност кој е во фаза на донесување.

За остварување на целите на предметното истражување беа применети повеќе научно-истражувачки методи. Така, историскиот метод ни послужи заради кратко појаснување на потеклото на реорганизацијата на друштвата според правилата на стечајното право. Компаративниот метод го користевме заради споредба помеѓу актуелната македонска стечајно-правна рамка која ја уредува реорганизацијата, *de lege lata* и меѓународните правни извори на Европската унија според кои истата треба да се реформира и хармонизира, *de lege ferenda*. Споредбениот метод ни послужи и за анализа на судска пракса поврзана со предметното истражување, особено заради фактот што авторот е стечаен судија чиј научен интерес разбирливо е поврзан и со примената на правото во судската практика.

A. Вовед

Според општите правила на облигационото право, доверителот е должен да води сметка за остварување на своите права, вклучително и за наплатувањето на своите побарувања од должникот. Во случај кога повеќе доверители имаат побарувања спрема должникот, секој од нив самостојно ги штити своите права и во меѓусебните односи предност имаат оние кои порано побарале правна заштита, согласно начелото *Qui prior est tempore potior est iure*¹.

Меѓутоа, често се случува кај должникот да настапи состојба кога повеќе не може да ги исполнува своите обврски спрема сите доверители. Во таква ситуација настанува колизија на нивните интереси, од каде произлегува и потребата од развивање на правила кои ќе овозможат еднаква и рамноправна положба на доверителите. Во тоа се состои и традиционалната смисла на стечајната постапка, која има за цел принципот на приоритетно намирување да го замени

¹ Lat.: „Оној кој е прв во времето е посилен во правото“

со поинакви правила според кои доверителите заеднички ќе се намируваат од имотот на должникот. Според една стара изјава на Франк Борман (1982) „капитализам без стечај е како христијанство без пекол“. Стечајниот закон (...) е најприродниот индикатор на различни доктрини кои ги раздвојуваат светските правни системи во контекстот на финансиското право. Деструктивната сила на стечајот е таа која ги обликувала сегашните правила на трговското право и токму стечајот е ултимативен тест за утврдување дали правосудството е способно да го оствари своето поимање на правда, правичност и правна цивилизација.²

Правната природа на стечајната постапка може да се анализира од повеќе аспекти – таа претставува посебен вид на граѓанска судска постапка, содржи елементи на вонпарнична постапка, па дури и на посебен вид на извршна постапка (постапка на генерално извршување). Сепак, современите инсолвентни системи стечајната постапка сè повеќе ја препознаваат како *sui generis* судска постапка. Тоа се должи пред сè на можноста, покрај со впаричување на имотот за намирување на доверители и ликвидација на должникот, стечајната постапка да се спроведе и на начин што ќе се ревитализира и ќе продолжи функционирањето на должниковиот деловен потфат преку склучување на посебен договор за намирување на доверителите предвиден во план за реорганизација.

Според правилата инкорпорирани во македонската стечајна легислатива³, стечајната постапка се дефинира како колективна постапка што ја води надлежниот суд за реорганизација или за ликвидација на должникот. Стечајна постапка може да се спроведе над имотот на должник – правно лице, како и над имот на должник – поединец кој имал регистрирана дејност, над имот на стопанска интересна заедница, над имот на умрено лице и над заеднички имот на брачни другари.

Стечајната постапка има за цел колективно намирување на доверителите на стечајниот должник со впаричување на должниковиот имот и распределба на остварените средства (приходи) на доверителите или со склучување на посебен договор за порамнување на побарувањата утврдени со планот за реорганизација што е насочен кон натамошно одржување на должниковиот деловен потфат, односно претпријатието на должникот⁴.

² Wood, P.R. (1995). *Principles of International Insolvency*. London: Sweet & Maxwell.

³ Основниот текст на важечкиот Закон за стечај е донесен на 22.03.2006 година и објавен во Службен весник на РМ бр.34/06. Досега има претрпено вкупно 8 измени и дополнувања, објавени во Службен весник на РМ бр.126/06, 84/07, 47/11, 79/13, 164/13, 29/14, 98/15 и 192/15. (во понатамошниот текст: Закон за стечај).

⁴ Член 3 став 1 од Законот за стечај.

Во фокусот на стечајната постапка е колективното намирување на доверителите. Од овде, јасен е интересот на доверителите стечајната постапка над должникот да се отвори додека тој сè уште има имот кој би можел да се впаричи или кој би послужил како основа за спроведување на реорганизација на деловниот потфат на должникот. Наспроти тоа, постои оправдан интерес на должникот стечајната постапка да не започне сè додека тој има и најмали изгледи за продолжување на деловното работење преку кое би излегол од финансиската криза⁵.

Но, во услови кога должникот се соочува со економски проблеми поради кои настапила неспособност за плаќање или е веројатно дека ќе настапи идна неспособност за плаќање⁶, од особена важност е стечајната постапка да започне што поскоро, бидејќи шансите за впаричување на имотот или за успешно реструктурирање на бизнисот се секогаш поголеми кога мерките ќе се преземат во што порана фаза од финансиската криза.

Според општоприфатените стандарди на инсолвентното право, доверителите во стечајната постапка го имаат последниот збор во поглед на правната судбина на должникот и неговото претпријатие. Интересот на доверителите е од економска природа и секогаш се движи во иста насока –максимизација на можностите за намирување на нивните побарувања од должникот, односно наплата во што поголем обем. Во светло на овој економски интерес, целта на стечајната постапка за колективно намирување на доверителите не треба да се огледа само преку можноста за впаричување на имотот и ликвидација на должникот, туку особено, преку шансите за продолжување на функционирањето на деловниот потфат на должникот со негова санација и репрограмирање на обврските преку склучување на посебен договор за намирување на доверителите, кој ќе биде предвиден во план за реорганизација.

Сите модерни правни системи уредуваат одреден број на постапки кои стојат на располагање на трговските друштва кои се нашле во состојба на финансиски потешкотии. Без оглед на нивната разновидност, два вида се универзално прифатени: постапка на т.н.

⁵ Д-р. Јелена Чувељак (2018) – Коментар Стечајног Закона, Народне Новине, Загреб, стр.1009.

⁶ Неспособноста за плаќање (состојба која настанува ако во период од 45 дена од сметката на должникот не е исплатен износот што требало да биде исплатен врз основа на важечките основи за плаќање) и идната неспособност за плаќање (на која може да се повика само должникот кој треба да стори веројатно дека своите постоечки парични обврски нема да може да ги исполни по нивното пристигнување) претставуваат услови за отворање на стечајна постапка. Повеќе за ова види во член 5 од Законот за стечај.

„банкрот“ и неформални постапки на реструктурирање. Банкротството, односно стечајот е формализирана судска постапка за впаричување на целокупниот имот на должникот заради колективно намирување на сите доверители според однапред утврдени правила. Како антипод на банкротот, постои можноста должникот доброволно и во согласност со мнозинството од неговите доверители да преземе одредени мерки на реструктурирање. Овие неформални постапки на реструктурирање се всушност начини на повторно уредување на односите помеѓу должникот и доверителите кои не се регулирани со посебни правила и за нив важат општите правила на договорното и трговското право. Помеѓу овие два екстрема, правните системи историски развиле и други постапки кои всушност претставуваат врска помеѓу банкротот и неформалното реструктурирање на должникот. Во таа насока настанала и реорганизацијата според формалните правила на стечајното право.

Инкорпорирана во европските континентално-правни системи под влијание на англо-американското стечајно право каде за прв пат била воведена во 1978 година⁷, реорганизацијата претставува релативно млад правен институт кој воведува сосема нов пристап во стечајот, нуди можност за надминување на финансиските потешкотии на друштвата и дава шанса за нов почеток. Стечајната реорганизација е пронижена со елементи на поголем број различни правни дисциплини, а нејзината правна природа зависи од законодавниот пристап на стечајот на трговските друштва, од што зависи и целта на стечајната постапка, улогата на органите на стечајната постапка и положбата на трговското друштво – должник. Како алтернатива на банкротот, во секој современ правен систем реорганизацијата има значајно влијание врз севкупната економска стабилност и правна сигурност.

Општ е впечатокот дека од деловната, но и од пошироката македонска јавност стечајот вообичаено се перцепира како крајно непосакувана присилна мерка која повеќе значи „смрт и закоп“ на стечајниот должник, отколку можност за рехабилитација и надминување на неговите финансиски проблеми. Поаѓајќи од ова, овој труд претендира кон тоа стечајот да го претстави од еден поинаков аспект – како можност за враќање во „живот“ и ревитализација на трговските

⁷Реорганизацијата како стечајно-правен институт за прв пат е воведена во Законот за стечај на САД од 1978 година, а подоцна е преземена и во европското стечајно право. Во поглавјето 11 од овој закон (bankruptcy reorganization) била предвидена можност судијата да допушти рок од 120 дена за поднесување план за реорганизација со цел да се избегне стечајот, под услов планот да биде прифатен (David G. Epstein, Steve H. Nickles at all: “Bankruptcy” Volume 1 Sections 1-1 to 6-45, 1992, стр.111).

друштва преку стечајните правила за реорганизација и реструктурирање. За таа цел, ќе направиме кратка анализа на правната рамка на Законот за стечај од аспект на уредувањето на реорганизацијата *de lege lata*, со осврт на потребата за реформирање и хармонизација на стечајното право со инсолвентското право на ЕУ, *de lege ferenda*.

Б. Реорганизација на должникот според актуелниот Закон за стечај

Реорганизацијата на должникот според важечките правила на македонското стечајно право⁸ може да се анализира од два аспекта. Во материјално-правна смисла, реорганизацијата претставува процес со кој добрата, финансиската состојба и одржливоста на претпријатието на должникот можат да се обноват, а претпријатието на должникот може да продолжи да функционира.

Од процесно-правен аспект, постапката за реорганизација го опфаќа предлогот (иницијативата) за поведување на постапка за реорганизација, расправата и изјаснувањето на доверителите по предлогот, подготвувањето на планот за реорганизација, изјаснувањето на доверителите по планот за реорганизација и сите други активности што со закон ги презема стечајниот судија, должникот и доверителите заради и во врска со реорганизацијата на должникот врз основа на планот за реорганизација.

Б.1. Модели на реорганизација

Планот за реорганизација претставува акт од комерцијална правна природа. Поаѓајќи од тоа, Законот за стечај предвидува голем број на можности и мерки кои можат да бидат преземени во функција на остварување на целта на реорганизацијата.

⁸Во македонскиот правен систем првично беше воведена можност за присилно порамнување, санација и финансиска консолидација на должникот врз основа на Законот за присилно порамнување, стечај и ликвидација од 1989 година. Модерниот концепт на реорганизација за прв пат беше внесен како „стечаен план“ со донесување на Законот за стечај од 1997 година, кој термин набрзо беше напуштен со првата поголема новела со која беше воведен институтот „план за реорганизација“. Реформата на стечајната регулатива во правец на подобрување на можностите за реорганизација продолжи со донесување на денес важечкиот Закон за стечај од 2006 година, каде реорганизацијата на должникот е систематизирана како посебен сегмент на стечајното право преку кој успешно и ефикасно може да се оствари целта на стечајната постапка.

Гледано од перспектива на потенцијалите на должниковиот деловен потфат, во фокусот на реорганизацијата треба да биде делот од претпријатието кој носи приходи и остварува добивка. Од друга страна, намалувањето, односно отпишувањето на долгови треба да се насочи единствено кон создавање на објективни можности за продолжување на стопанската дејност на должникот. Изборот на можните решенија за надминување на кризната состојба на должникот е во целосна диспозиција на учесниците во постапката кои треба спогодбено да дојдат до економски и комерцијално најсоодветниот начин на порамнување кој е во согласност со законот.

Реорганизацијата сама по себе не подразбира опстојување на должникот како правно лице, односно трговец според формата и субјективитетот во кои дотогаш егзистирал. Спроведувањето на реорганизацијата може да биде пренесено на друг правен субјект, со тоа што должникот ќе престане да постои, но не и неговиот деловен потфат (претпријатие) кој ќе премине во бизнис-портфолиото на друг правен субјект. Во тоа се состои и основната поделба на моделите на реорганизација⁹:

1. првиот, со понатамошно одржување на правниот субјективитет и претпријатието на должникот и
2. вториот, со раздвојување на доходовниот дел на претпријатието од сопственичката структура на должникот.

Реорганизацијата со одржување на должниковиот правен субјективитет може да се спроведе на повеќе начини, односно преку повеќе законски утврдени мерки кои соодветно може да се комбинираат¹⁰. Така на пример, на должникот може да му се препушти понатамошното управување или располагање со целиот или со дел од имотот (што би претставувало втора шанса за органите на управување), секако, заедно со определување на начинот на кој ќе се намируваат доверителите и со намирување или изменување на правата на одвоено намирување, или преку намалување или претворање на обврските на должникот во кредит, или преземање гаранција или давање на друго обезбедување за исполнување на обврските. Реорганизацијата може да се спроведе и со промена на сопственичката структура на должникот (што не доведува до промена на неговиот правен субјективитет), преку

⁹ СЦБЛ Проект за зајакнување на административните капацитети за имплементација на правната рамка за стечај и ликвидација на трговски друштва (2017), Прирачник за стечајна постапка, Министерство за економија, Скопје, стр.42.

¹⁰ Начините, односно мерките преку кои може да се спроведе реорганизацијата се таксативно наброени во член 215 став 3 од Законот за стечај.

намирување на доверителите со удел или акции кои ги поседуваат содружниците, односно акционерите, преку претворање на некоја или сите обврски во удел или акции во реогранизираниот должник, или преку зголемување на основната главнина преку издавање на удели и акции за нови инвеститори. Покрај тоа, реорганизација може да се изврши и со измена на основачкиот или друг статусен акт на должникот со кој се определуваат посебни права за подносителот на планот.

Реорганизацијата со раздвојување на доходовниот дел на деловниот потфат од сопственичката структура на должникот, вообичаено доведува до негова елиминација од правниот промет, бидејќи по реорганизацијата тој престанува да постои. Овој модел на реорганизација може да се спроведе со статусни промени на должникот преку пренесување на целиот или дел од имотот на едно или повеќе правни лица кои постојат или кои ќе бидат основани и ќе ги преземат должниковите обврски кон доверителите или преку спојување на должникот со едно или повеќе правни лица. Постои можност и за поделба на имотот на должникот помеѓу доверителите или за продажба на целиот или дел од имотот на должникот, но овие мерки би требало да се преземат во комбинација со некои од другите мерки за да може да стане збор за реорганизација на претпријатието на должникот, а не за негова ликвидација преку план за реорганизација.

Македонскиот Закон за стечај е флексибилен во поглед на мерките за спроведување на реорганизација, бидејќи овозможува реорганизацијата да се спроведе и на секој друг начин или со секоја друга мерка, под услов тоа да е во согласност со закон. Кои од моделите и мерките за спроведување на реорганизација ќе се користат во конкретниот случај зависи од повеќе фактори, како на пример, во што се состои и во каква состојба се наоѓа имотот на должникот, какви се пазарните можности за продолжување на должниковиот деловен потфат и со каква дејност ќе се занимава субјектот по реорганизацијата, дали преку таа дејност може да се создадат објективни можности за намирување на побарувањата и во кој износ, итн.

В. Судска постапка за реорганизација на друштвата

Во одредбите на Законот за стечај се систематизирани две различни правни процедури за спроведување на постапка за реорганизација на должникот. Првата нормира можност за рано реструктурирање на должникот под судски надзор во претходна постапка пред отворање на

стечајна постапка. Втората, можност за стечајна реорганизација која се спроведува врз основа на одлука на доверителите на првото извештајно собрание во рамките на редовна стечајна постапка.

В.1. Реорганизација на должникот пред отворање на стечајна постапка

Можноста за реорганизација пред отворање на стечајна постапка, односно т.н. претстечајна реорганизација за прв пат во Република Северна Македонија е пропишана со четвртата новела на Законот за стечај од мај 2013 година¹¹. Оваа судска постапка може да ја поведе само должникот, а основен услов за нејзино успешно спроведување е тој да располага со активен деловен потфат, да има утврден бизнис план и дефинирана стратегија за излез од кризната економска состојба во која западнал¹².

Карактеристично за овој план за реорганизација е тоа што тој не се изготвува во претходната постапка, туку во рамки на истата се разгледува веќе изготвен план за реорганизација кој должникот мора да го поднесе заедно со предлогот за отворање на стечајна постапка. Обележје на оваа постапка е и брзината на нејзиното завршување, со оглед дека е нормиран краток рок од 60 дена во кој треба да заврши постапката за усвојување на поднесениот план за реорганизација.

Со поведување на оваа постапка должникот не се доведува во состојба на суспензија на неговиот правен субјективитет и неговите органи на управување продолжуваат да го водат деловниот потфат без да бараат да се спроведе посебна постапка за лично управување¹³. Исто така, трошоците на претстечајната реорганизација се сведени на минимум наспроти реорганизацијата која би се спровела по отворање на стечајната постапка, што претставува важна придобивка на оваа постапка.

Заради заштита на должниковиот имот во функција на создавање претпоставки за спроведување на предложениот план за реорганизација,

¹¹ Закон за изменување и дополнување на Законот за стечај објавен во Сл.Весник на РМ бр.73/13 од 31.05.2013 година.

¹² Формалните услови и постапката за спроведување на претстечајната реорганизација се уредени во одредбите од член 215-а, 215-б, 215-в, 215-г, и 215-д од Законот за стечај.

¹³ Доколку над должникот се отвори редовна стечајна постапка, неговите органи на управување можат да продолжат со управување и располагање со имотот на должникот само доколку судот дозволи т.н. лично управување, под надзор на повереник. Повеќе види во одредбите од член 255 до член 268 од Законот за стечај.

постапката за претстечајна реорганизација предвидува механизам на задолжителен мораториум (т.н. *automatic stay*) на сите постапки на присилно извршување кои се водат над имотот на должникот, врз основа на одлука на стечајниот судија. На тој начин се ограничуваат можностите на одделни доверители за блокада на спроведувањето на постапката за претстечајно реорганизирање преку одлагање на нивното целосно намирување пред другите доверители и привремено го оневозможува намирувањето надвор од условите за репрограмирање кои ги нуди должниковиот план за претстечајна реорганизација.

Една од најважните карактеристики на претстечајната реорганизација е и тоа што судот нема да постапува по поднесениот план за реорганизација доколку кон него не се приложени нотарски заверени изјави на мнозинството во секоја класа на доверители, дека се согласни со содржината на планот и се спремни да гласаат за однапред подготвениот план за реорганизација кој го предлага должникот. Вака нормираното правило од една страна ги оневозможува должниците да вршат злоупотреба на инструментите на судска заштита кои се правна последица на отпочнувањето на оваа судска постапка, а од друга страна дава основа за реално очекување дека планот за реорганизација ќе биде прифатен од страна на мнозинството доверители во текот на претходната постапка.

а). Материјално-правни претпоставки за претстечајна реорганизација

Основна материјално-правна претпоставка за спроведување на реорганизација пред отворање на стечајна постапка е должникот во време на поднесување на предлогот да ги исполнува условите за отворање на стечајна постапка¹⁴. Сепак, за овој процес да биде успешен органите на должникот не треба да чекаат да дојде до трајна инсолвентност на должникот, туку процесот на „спасување“ на деловниот потфат да го започнат уште во најрана фаза на економската криза, односно во услови на постоење идна неспособност за плаќање. Изготвувањето на план за реорганизација надвор од стечајната постапка и во рана фаза на финансиските потешкотии му овозможува на должникот поголема слобода во преговарањето со доверителите и нивно проактивно вклучување во целиот процес кој се одвива подалеку од очите на јавноста и шпекулациите и овозможува постигнување

¹⁴ Условите за отворање на стечајна постапка се нормирани во член 5 од Законот за стечај.

на целта со помалку судири помеѓу засегнатите страни и поголема можност за постигнување на пазарна спогодба¹⁵.

Следна материјално-правна претпоставка е постигнување на согласност на мнозинските доверители со содржината на планот за реорганизација кој го предлага должникот. Овој процес се смета за завршен само откако мнозинството доверители во секоја класа ќе дадат писмени изјави заверени пред нотар и истите ќе бидат составен дел од планот. На тој начин се намалува ризикот од неуспех во процесот на прифаќање на планот од страна на доверителите во подоцнежната фаза на постапката пред судот.

б). Содржина на планот за претстечајна реорганизација

Планот за реорганизација подготвен од должникот задолжително треба да содржи подготвителен (декларативен) дел и содржински (спроведбен) дел во кој помеѓу другото, треба да се наведат мерките и средствата за реализација на планот, листа на доверители со поделба во класи, висина на намирување и имот кој ќе служи за намирување на обезбедени и необезбедени доверители и временска динамика за плаќање, список на членови на управување и нивните надоместоци, име на независно стручно лице кое ќе врши надзор и износ на неговата награда, годишни финансиски извештаи од претходните пет години, идни финансиски проекции, датум на почеток и рок на спроведување на планот, како и други задолжителни елементи пропишани со Законот за стечај¹⁶.

Важно е да се напомене дека планот задолжително треба да биде поткрепен со вонреден ревизорски извештај за состојбата на трговските книги на должникот со преглед на сите побарувања и процентуално учество на секој доверител во секоја класа на планот, како и изјава на ревизорот дека планот е спроведлив.

¹⁵ СЦБЛ Проект за зајакнување на административните капацитети за имплементација на правната рамка за стечај и ликвидација на трговски друштва (2017), Прирачник за стечајна постапка, Министерство за економија, Скопје, стр.31.

¹⁶ Елементите на содржинскиот дел од престечајниот план за реорганизација се таксативно наброени во член 215-б од Законот за стечај.

в). Процесно-правни аспекти на постапката за претстечајна реорганизација

За успешно спроведување на претстечајната реорганизација, пропишани се одредени процесно-правни претпоставки. Така, оваа постапка се поведува со предлог за отворање на стечајна постапка кој претставува формален акт кој може да го поднесе само должникот. Карактеристично за овој предлог е тоа што заедно со него мора да биде поднесен и предложениот план за реорганизација. Во предлогот, покрај барањето за отворање на стечајна постапка, мора да биде наведено и дека должникот предлага спроведување на постапка за реорганизација. Кон предлогот се поднесува и доказ дека настапила неспособност за плаќање¹⁷ или дека на должникот му претстои идна инсолвентност.

Испитувањето на формалните аспекти на предлогот за отворање на стечајна постапка, како и на елементите и содржината на поднесениот план за реорганизација од должникот е во фокусот на прелиминарно оценување на предлогот и планот од страна на судот. Оваа фаза од судската постапка е многу значајна, бидејќи за разлика од реорганизацијата во рамки на отворената стечајна постапка, кај претстечајната реорганизација судот се впушта во формално и материјално разгледување на планот за реорганизација уште пред поведување на претходната постапка и пред планот воопшто да биде ставен на гласање пред доверителите. Притоа, стечајниот судија е овластен со решение да му наложи на должникот во рок од 8 дена да го уреди планот за реорганизација доколку утврди дека истиот содржи недостатоци и технички грешки кои можат да се поправат.

Во оваа фаза од постапката, стечајниот судија *ex officio* или на предлог на заинтересирано лице може (и мора) да го отфрли предлогот во случај кога планот не е во согласност со законот или ако со планот не се опфатени доверителите кои доколку биле опфатени можеле со своето гласање да влијаат на одлуката за донесување на планот. Судијата ќе го отфрли планот и ако тој не е потполн или е неуреден, или ако не е составен согласно со одредбите од законот со кој се уредува содржината и рокот за негово поднесување, а недостатоците можеле да се отстранат или не се отстранети во рокот кој го определил стечајниот судија. Предлогот ќе се отфрли и во случај кога кај должникот не се исполнети условите за отворање на стечајната постапка. Против решението на

¹⁷ Неспособноста за плаќање се докажува со потврда издадена од Централниот регистар на РМ. Види член 5 став 4 од Законот за стечај.

стечајниот судија со кое предлогот за отворање на стечајна постапка се отфрла, не е дозволена жалба.

Доколку стечајниот судија не го отфрли предлогот, во рок од 3 дена донесува решение за поведување на претходна постапка за испитување на условите за отворање на стечајна постапка и постапка за реорганизација по изготвен план за реорганизација и закажува рочиште за одлучување по предлогот и гласање за планот, на кое ги повикува сите познати доверители преку јавен оглас. Рочиштето мора да се одржи најдоцна во рок од 60 дена, во кој рок треба да заврши и претходната постапка. Истовремено, со решението стечајниот судија именува привремен стечаен управник и задолжително ги определува сите мерки за обезбедување предвидени со Законот за стечај¹⁸. Против овие решенија не е дозволена жалба.

Трошоците за претходната постапка се намируваат од средства на должникот-предлагач, кој е должен во рок од 3 дена да авансира износ кој не може да биде повисок од 50.000,00 денари и чија висина ја определува стечајниот судија. Доколку авансот не биде уплатен од страна на должникот, стечајниот судија со решение ќе ја запре претходната постапка и предлогот ќе го отфрли.

Доверителите и сите заинтересирани учесници во рок од 15 дена од објавување на јавниот оглас имаат право да извршат увид во планот за реорганизација кој е депониран во стечајното досие и до судот да ги достават своите забелешки на содржината на планот и особено, на основот и висината на опфатените побарувања. На овие забелешки предлагачот на планот (должникот) има обврска писмено да одговори во рок од 8 дена. На овој начин е нормирана можноста за сите инволвирани лица во постапката да ја контролираат содржината на планот за реорганизација. За таа цел, стечајниот судија може да закаже и посебно рочиште на кое ќе се разгледуваат одредени прашања во врска со планот.

На рочиштето за одлучување по предлогот и планот за реорганизација, доверителите гласаат по поднесениот план за реорганизација. Во оваа фаза од постапката постојат две можни правни ситуации – доверителите да го прифатат или да не го прифатат предложениот план за реорганизација. Во првиот случај, доколку планот биде прифатен стечајниот судија донесува решение со кое истовремено ја отвора стечајната постапка, го одобрува прифаќањето

¹⁸ За мерките за обезбедување кои може да се определат, види член 58 и 59 од Законот за стечај.

на планот за реорганизација и веднаш ја запира отворената стечајна постапка. Во случај доверителите да не го прифатат планот, стечајниот судија ќе донесе решение со кое ќе го одбие предлогот за отворање на стечајна постапка со однапред изготвен план за реорганизација. Ако планот не бил прифатен заради фактот што должникот во планот за реорганизација прикажал неточни податоци или пропуштил да наведе податоци што се од значење за одлуката на судот, должникот одговара за штетата што им била нанесена на доверителите со изречените мерки за обезбедување во текот на претходната постапка.

Во постапката за претстечајна реорганизација соодветно се применуваат одредбите од Законот за стечај со кои се уредува реорганизацијата во отворена стечајна постапка, во однос на содржината на планот, правата на доверителите со право на одвоено намирување, прилозите кон планот, начинот на утврдување на потребно мнозинство за прифаќање на планот, забраната на опструкција, намирувањето според планот и други одредби чија примена изречно не е исклучена со одредбите кои ја регулираат претстечајната реорганизација. За сите овие правила ќе стане збор понатаму во трудот.

В.2. Реорганизација на должникот во отворена стечајна постапка

Реорганизација на должникот може да се спроведе и во текот на отворената стечајна постапка¹⁹. За разлика од претстечајната реорганизација која може да се спроведе само по предлог на должникот и само врз основа на план за реорганизација изготвен од негова страна, реорганизацијата во отворена стечајна постапка може да се спроведе врз основа на иницијатива, односно изготвен план за реорганизација од должникот, од стечаен доверител или од стечајниот управник²⁰.

Секој од овие овластени субјекти има право да иницира стечајна реорганизација на должникот во различна фаза од стечајната постапка. Должникот, односно неговите органи на управување можат да предложат реорганизација само заедно со предлогот за отворање на стечајна постапка поднесен од должникот (доколку не го искористат правото да предложат претстечајна реорганизација). Стечаен доверител

¹⁹ За отворањето на стечајната постапка, види во одредбите од член 64 до член 73 од Законот за стечај. Настапувањето на правните последици од отворањето на стечајната постапка се нормирани во член 136 од Законот за стечај.

²⁰ Условите и постапката за спроведување на реорганизација во отворена стечајна постапка се уредени во одредбите од член 215 до член 254 од Законот за стечај.

може да даде иницијатива или да поднесе план за реорганизација заедно со предлогот за отворање на стечајна постапка (поднесен од негова страна) или после отворањето на стечајната постапка, но најдоцна во рок од 8 дена²¹ пред одржување на извештајното собрание. Стечајниот управник, пак, овластен е да предложи постапка за реорганизација во својот извештај за економско-финансиската состојба на должникот²².

Без оглед кој од овластените субјекти ќе предложи спроведување на постапка за реорганизација на стечајниот должник, одлуката дали иницијативата за подготовка на план за реорганизација ќе биде прифатена ја донесуваат доверителите на првото извештајно собрание, во рамки на одлучувањето за натамошното постапување во стечајната постапка²³.

Со прифаќањето на иницијативата за реорганизација, деловниот потфат на должникот привремено продолжува. Но доколку мнозинството доверители не ја прифати иницијативата за реорганизација, стечајниот судија по службена должност ќе донесе решение за затворање (ликвидација) на деловниот потфат на должникот и ќе го задолжи одборот на доверители да одлучи за начинот на впаричување на имотот кој влегува во стечајна маса, доколку за тоа доверителите не донеле одлука на извештајното собрание.

Доверителите на извештајното собрание можат да одлучат да се спроведе постапка за реорганизација на должникот дури и без да постои иницијатива за подготвување на план за реорганизација од овластен предлагач. Во таков случај, тие ќе го задолжат стечајниот управник да изготви план за реорганизација врз основа на насоките и инструкциите кои му ги дало собранието на доверители.

²¹ Во член 215-а став 2 од Законот за стечај е пропишано дека доверител може да поднесе иницијатива за план за реорганизација во рок од 15 дена пред одржување на првото извештајно собрание на доверители, но во член 97 став 3 од истиот закон, за поднесување иницијатива за план за реорганизација за доверителите е нормиран рок од 8 дена пред одржување на собранието. Поради оваа нормативна колизија, судовите во пракса го прифаќаат рокот од 8 дена пред одржување на собранието, како рок кој е поповолен за доверителите.

²² За извештајот за економско-финансиска состојба, повеќе види во член 96 од Законот за стечај.

²³ На извештајното собрание е доверителите се должни да одлучат дали деловниот потфат на должникот ќе биде затворен (ликвидиран) или привремено продолжен преку подготовка на план за реорганизација. Повеќе за ова види во член 97 став 1 и 2 од Законот за стечај.

Поведувањето на постапка за реорганизација во рамки на отворената стечајна постапка вообичаено претставува предизвик за органите на стечајната постапка, особено за стечајниот управник кој е должен да изнајде начин за одржување на деловната активност на должникот. Во отсуство на ликвидни средства во стечајната маса, стечајниот управник со одобрение на одборот на доверители ќе мора да преземе конкретни активности за создавање можност за ефикасна заштита на имотот и одржување на деловниот потфат²⁴. И покрај кратките законски рокови за завршување на постапката за реорганизација, во пракса, оваа специфична состојба во која влегува стечајната постапка со започнување на постапка за реорганизација може да трае неколку месеци.

а). Поднесување на план за реорганизација

Овластениот субјект за поднесување на планот за реорганизација е должен да го изготви и да го поднесе планот најдоцна во рок од 45 дена од добивање на овластувањето од извештајното собрание на доверители. Овој рок е преклузивен. Планот се доставува до стечајниот судија, стечајниот управник (ако тој не е подносител на планот) и до одборот на доверители. По барање на овластениот субјект за поднесување на планот за реорганизација, овој рок може да се продолжи уште за 15 дена со одлука на стечајниот судија и уште за дополнителни 60 дена со одлука на одборот на доверители. Тоа значи дека рокот за поднесување на планот може да трае најмногу 120 дена од денот на започнување на постапката за реорганизација.

Доколку овластениот субјект пропушти да го поднесе планот за реорганизација во законскиот рок, стечајниот судија со решение определува стечајната постапка веднаш да продолжи со впаричување на имотот кој влегува во стечајна маса.

Законот за стечај не ја исклучува можноста доверителите на извештајното собрание да прифатат иницијатива за реорганизација на должникот и од повеќе од еден овластен подносител на план за

²⁴ За таа цел стечајниот управник може да продолжи со вршење на дејноста на должникот и привремено да ангажира работници (со посебно одобрение на стечајниот судија), да врши продажба на движни предмети и опрема која не го нарушува технолошкиот процес, репроматеријали, инвентар, готови производи, отпадни материјали и сл., да издаде под закуп деловен простор на должникот, да склучи договор за кредит под законски определени услови, да врши наплата на побарувања од должниковите должници, и слично.

реорганизација. Во ваков случај, доколку навремено се поднесат повеќе планови за реорганизација судот ќе го разгледува само планот кој ќе биде усвоен од страна на собранието на доверители. Иако во Законот за стечај не е пропишана правна процедура за одлучување на доверителите во ситуација на гласање по повеќе од еден план за реорганизација, во пракса, судот секој од доверителите со право на глас треба да го повика да се изјасни за прифаќање само на еден од понудените планови за реорганизација (освен ако доверителот не гласа против сите поднесени планови).

Депонирањето на планот за реорганизација од овластениот предлагач може да предизвика посебни правни последици врз имотот на должникот кој влегува во стечајната маса. Така, откако планот ќе биде поднесен до судот, стечајниот судија може со решение да нареди да се запре со располагањето или со распределбата на имотот што влегува во стечајна маса до степенот до кој таквото располагање или распределба можат да го загорзат или да му наштетат на спроведувањето на планот, како и да определи да не се покрене постапка за одземање на право на користење на градежно земјиште во сопственост на државата. Овие овластувања на судот се во насока да се оневозможи загрозувањето на условите за непречена реализација на планот за реорганизација.

б). Содржина на планот за реорганизација

Содржината на планот за реорганизација е строго нормирана. Планот мора да се изготви во писмена форма и да се состои од два дела, подготвителен (декларативен) и содржински (спроведбен) дел²⁵.

Подготвителниот дел содржи податоци од информативен карактер поврзани со состојбата во која се наоѓал должникот пред отворање на стечајната постапка, причините кои довеле до стечај, податоци за дејноста на должникот, анализа на бизнисот, очекуваните ефекти од планот и други информации што би можеле да бидат од влијание врз одлуката на доверителите за прифаќање на планот за реорганизација.

Содржинскиот дел ја претставува основата на планот за реорганизација. Овој дел од планот е најважен и треба да содржи детален опис на мерките и средствата за реализација на планот и начинот на кој ќе се спроведе реорганизацијата, висина на средства и имот кој ќе служи за намирување, начин за намирување и временска динамика со

²⁵ За содржината на планот за реорганизација и исправите кои треба да се приложат кон него, види членови 217, 218, 219 и 224 од Законот за стечај.

прецизни рокови, податоци од кои ќе се докаже дека со предложената реорганизација ќе се постигне повисоко намирување на доверителите отколку преку впаричување на имотот, финансиски анализи од претходните пет години и проекции за наредните пет години, список на членови на управување и нивен надоместок, список на стручни лица и нивен надоместок, износ на наградата на стечајниот управник, анализа на можноста за создавање на нов долг, определување на износот до кој должникот ќе се ослободи од постојните обврски, дефинирање на организациските, менаџерските, финансиските, техничките и другите мерки за спроведување на планот, датум на почеток на примена на планот и други податоци предвидени во законот.

Доколку планот го изготвува стечајниот управник, тој е должен да се придржува кон Професионалниот стандард за минимум податоци кои треба да ги содржи планот за реорганизација кој го поднесува стечајниот управник²⁶.

Предложениот план за реорганизација треба да биде спроведлив и да има економски ефект кој е поповолен за доверителите во релација со обемот на нивно намирување што би можел да се постигне со впаричување на имотот на должникот. Истовремено, планот за реорганизација треба да биде и прифатлив за доверителите, односно да биде што поблиску до она што претставува нивни заеднички интерес, имајќи во предвид дека сите доверители немаат иста положба во стечајната постапка по однос на нивниот приоритет во намирувањето. Фактот што на страна на доверителите може да се јават и различни економски интереси во стечајната постапка, може да ја направи постапката за прифаќање за планот на реорганизација прилично комплицирана. Дополнителни потешкотии може да предизвикаат и одделни различни доверители кои имаат право да го прекинат мораториумот за извршување кој *ex lege* настапува со настапувањето на правните последици на отворената стечајна постапка и да ги продолжат прекинатите или да поведат нови постапки за реализација на своето заложно право²⁷. Тоа сериозно може

²⁶ Професионалните стандарди за стечајна постапка се објавени во Сл.Весник на РМ бр.119/06 од 17.11.2006 година.

²⁷ Правните последици на стечајната постапка настапуваат наредниот ден кога огласот за отворање на стечајната постапка ќе биде истакнат на огласната табла (член 136 став 1 од Законот за стечај). По отворањето на стечајната постапка различните доверители, можат заради остварување на своите права да поведат против должникот постапки на извршување и обезбедување според правилата за извршување и обезбедување. Прекинатите постапки на извршување и обезбедување што тие доверители ги повеле пред отворањето на стечајната постапка, ќе продолжат и ќе се спроведат според

да ја доведе во прашање можноста за спроведување на реорганизацијата, особено ако заложното право зафаќа имот на должникот од кој зависи доходовниот дел од претпријатието (машини, фабрички хали и сл.).

Затоа е предвидена можноста во планот да се предвиди групирање на доверителите во различни групи од кои, во една група спаѓаат доверители кои имаат право на одвоено намирување (различни доверители), во друга група доверители кои се необезбедени стечајни доверители од повисок исплатен ред, во трета група останатите стечајни доверители, итн. Целта на ова групирање е во рамки на секоја група на доверителите да им се дадат еднакви права согласно нивните потесни интереси, а секој различен третман на учесниците кои формираат една група да подлежи на согласност на сите заинтересирани учесници во групата.

Планот за реорганизација мора да биде придружен и со изјави на волја на учесниците, особено кога во содржинскиот дел е предвидено дека со реорганизацијата се засега во сопственичките и другите стварни права врз подвижни предмети и врз недвижности. Изјави на волја (согласност) на одделни учесници во реорганизацијата се потребни и доколку планот предвидува стекнување на акции, удели, права и интереси во трговско друштво, доколку трето лице ги презема обврските спрема доверителите и доколку планот предвидува статусни измени на должникот²⁸.

в). Прифаќање на планот за реорганизација од доверителите и негово одобрување од страна на судот

Постапката за прифаќање на планот за реорганизација се одвива во неколку фази.

Најнапред, планот се доставува на разгледување и давање мислење до стечајниот управник (ако тој не е подносител на планот), до одборот на доверители и до претставниците на вработените кај должникот, кои имаат обврска да се изјаснат по планот во рок од 15 дена од доставувањето.

Потоа, планот за реорганизација заедно со сите прилози и сите примени мислења се депонира во судското стечајно досие на увид на

правилата за извршување и обезбедување (член 146 став 4 од Законот за стечај).

²⁸ Повеќе за содржината на планот за реорганизација види – Дејан Костовски (2014) -Закон за стечај со коментари, објаснувања, судска практика и предметен регистар, Академик, Скопје, стр.671-672.

сите учесници во стечајната постапка. Учесниците се повикуваат да извршат увид преку јавен оглас, а рокот за увид изнесува 8 дена од објавувањето на огласот на огласната табла на судот.

Следната фаза се состои од свикување на собрание на доверители за расправа и гласање по предложениот план за реорганизација. Ова собрание го свикува стечајниот судија во рок од 3 дена по истек на рокот за увид во планот, а истото ќе се одржи во рок кој не е пократок од 21 ден, ниту подолг од 30 дена од денот на свикување на собранието. За ова собрание учесниците во постапката се известуваат со објавување на јавен оглас кај должникот, на огласна табла на судот и во еден од трите најтиражни дневни весници во државата.

На собранието најпрвин се утврдуваат гласачките права на доверителите. По правило, право на глас имаат сите стечајни доверители со утврдено побарување. Доколку има доверители со оспорени побарувања, стечајниот судија одлучува на кои од нив ќе им даде право на глас, со решение против кое не е дозволена жалба²⁹. Различните доверители, пак, можат да гласаат по планот за реорганизација само како стечајни доверители ако должникот им е лично одговорен и ако се откажале од правото на одвоено намирување или ако дотогаш не успеале одвоено да се намират, но само за ненамирениот дел. Во секој случај, различните доверители имаат право да гласаат кога со планот се зафаќа во нивното право на одвоено намирување, или кога имотот врз кој имаат воспоставено право на одвоено намирување е внесен во планот за реорганизација.

По утврдувањето на гласачките права, судот отвора расправа во која секој од присутните доверители на собранието може лично да се произнесе по предложениот план за реорганизација. Откако ќе се исцрпи расправата, се преминува кон гласање по планот.

Законот за стечај предвидува два кумулативни услови за прифаќање на планот. Имено, се смета дека планот за реорганизација е усвоен ако: 1) биде прифатен со просто мнозинство од вкупниот износ на побарувањата на доверителите присутни на собранието и 2) добил просто мнозинство во сите групи, освен ако самиот план не предвидува поголемо мнозинство. Гласањето може да се изврши на два начина, лично или по пошта со изјава заверена од нотар.

Важно е да се напомене дека различните доверители (кои по правило сочинуваат посебна гласачка група) не можат преку опструкција да го попречат прифаќањето на планот за реорганизација. За таа цел,

²⁹ Повеќе за ова види во член 48 во врска со членови 230 и 231 од Законот за стечај.

нормирано е дека кога при гласањето не било постигнато потребното мнозинство, ќе се смета дека групата на различни доверители ја дала својата согласност за планот, ако овие доверители не трпат никакви загуби или штети со прифаќањето на планот за реорганизација во споредба со нивната положба без тој план, или ако овие доверители до една разумна мера учествуваат во економската вредност што отпаѓа на учесниците според одредбите на планот за реорганизација. Исполнувањето на овие услови е предмет на оценка на стечајниот судија.

Доколку должникот не е подносител на планот за реорганизација, тој најдоцна до денот на одржување на собранието за гласање има право да се спротивстави на планот со писмена изјава до стечајниот судија. Доколку должникот не го стори тоа, се смета дека дал согласност за планот за реорганизација.

Последната фаза од процесот за усвојување на планот за реорганизација е негово одобрување од стечајниот судија. Стечајниот судија има значајна улога во обезбедување на заштита на интересите на сите учесници во стечајната постапка, но без можност да влијае на изготвувањето на планот или да врши било какви измени во планот. Во оваа фаза од постапката, стечајниот судија има рок од 3 дена да изврши оценка на материјалната и процесна законитост на планот и на постапката за негово прифаќање од собранието на доверители. За таа цел, стечајниот судија треба да испита дали содржината на планот е во согласност со законот, дали планот бил прифатен во законита постапка и без недозволени средства, дали е почитувано правото на приоритет и начелото на еднаков третман на доверителите во иста група, дали планот е поповолен за доверителите наспроти можностите кои ги нуди ликвидацијата на должникот и дали постапката на подготвување на планот била во согласност со законот.

Стечајниот судија може да го одобри или да го одбие планот за реорганизација, со решение против кое е дозволена жалба. Доколку стечајниот судија го одобри планот, решението во изреката го содржи спроведбениот (содржински) дел од планот кој доверителите го прифатиле.

По правосилноста на решението за одобрување на планот за реорганизација, стечајниот судија треба да ја заклучи стечајната постапка со посебно решение, откако претходно стечајниот управник ќе ги намира побарувањата на доверителите на стечајната маса кои не биле оспорени и ќе даде обезбедување на оспорените побарувања. Заклучувањето на стечајната постапка јавно се објавува и задолжително се запишува во трговскиот регистар.

Правосилното решение со кое се одобрува планот за реорганизација претставува извршна исправа. Одредбите во решението кои го претставуваат содржинскиот дел од планот стануваат задолжителни за сите учесници, а изјавите кои се составен дел на планот стануваат извршни. Правното дејство на одобрениот план за реорганизација се протега на сите доверители, без разлика дали гласале за прифаќање на планот, вклучително и на оние лица кои не ги пријавиле своите побарувања во стечајната постапка.

г). Надзор над спроведувањето на планот за реорганизација

Заради заштита на интересите на доверителите кои се опфатени со планот за реорганизација, нормирана е постапка за надзор и контрола на спроведувањето на планот³⁰, но оваа постапка се спроведува само доколку тоа е предвидено во содржинскиот дел од планот.

Овластено лице за вршење на надзорот може да биде стечајниот управник или друго лице – контролор, кој врши надзор и контрола врз динамиката на намирувањето на побарувањата на доверителите според одредбите на содржинскиот дел од планот за реорганизација.

Надзорот може да се укине од страна на стечајниот судија доколку побарувањата според планот за реорганизација се намирени или обезбедени во целост или доколку изминале 3 години од заклучувањето на стечајната постапка, а не било побарано отворање на нова стечајна постапка над субјектот во реорганизација³¹.

Г. За реформите во македонското инсолвенско право

Во функција на хармонизација на домашното право со правото на Европската Унија, Министерството за економија во последните години започна процес на донесување на целосно нов закон кој ќе ја регулира стечајната материја. Неговото „работно“ име во нацрт-верзијата е Закон за инсолвентност, а истиот има за цел да ја подобри законската

³⁰ Надзорот и контролата над спроведувањето на планот за реорганизација се уредени со одредбите од член 245 до член 253 од Законот за стечај.

³¹ Како последица на неспроведувањето на планот за реорганизација, било кој стечаен доверител и стечајниот управник можат да побараат повторно отворање на стечајна постапка. Во ваков случај, стечајниот судија ќе ја отвори стечајната постапка над должникот без спроведување на претходна постапка. Повеќе види во член 254 од Законот за стечај.

рамка преку вградување на најдобрите европски и светски практики за водење на постапките за инсолвентност, да изврши усогласување со другите закони кои во меѓувреме претпреле измени и дополнувања и да ја имплементира Директивата 2019/1023 и Директивата (ЕУ) 2017/1132 (Директива за реструктурирање и инсолвентност) на Европскиот Парламент. Но најважно за она што е предмет на интерес во овој труд - новиот закон има за цел да ја подобри регулативата и да воведо дополнителни правни институти кои ќе значат зголемување на можностите за реорганизација на трговските друштва според правилата на стечајното право.

Вотаасмисла, нацрт-работната верзија на Законот за инсолвентност во однос на можностите за реорганизација, односно ревитализација на должникот предвидува три различни правни инструменти и тоа, целосно нова постапка на превентивно реструктурирање на друштво во финасиски потешкотии, постапка на претстечајна реорганизација врз основ на предложен план за реорганизација и постапка на реорганизација во отворена стечајна постапка.

Г.1. Превентивно реструктурирање

Новата постапка на превентивно реструктурирање која кај нас за прв пат се имплементира во закон кој ја уредува стечајната материја, всушност претставува транспонирање и доработка на правниот институт „вонсудско спогодување“ кој веќе постои и е уреден со Законот за вонсудско спогодување донесен во 2014 година³². Споменатиот закон ја уредува постапката на вонсудско спогодување како управна постапка, но слободно може да се каже дека истиот во пракса воопшто не даде резултати. Од тие причини, за поздравување е иницијативата да се имплементира нов правен институт - превентивно реструктурирање во судска постапка и според униформираните правила на инсолвентското право, со оглед дека правната природа и целта на оваа постапка се насочени кон преземање на мерки заради ефективно надминување на претстојната инсолвентност на трговските друштва.

Така, нацрт-верзијата на Законот за инсолвентност ја нормира постапката за превентивно реструктурирање со цел должникот, за кој е веројатно дека за време од една година ќе биде инсолвентен, да му се овозможи врз основа на договор за финансиско реструктурирање да преземе одредени мерки за реструктурирање на своите обврски и други

³² Законот за вонсудско спогодување е објавен во Сл.Весник на РМ бр.12/2014

мерки кои ќе бидат потребни за ги надмине причините заради кои може да стане неспособен за плаќање (инсолвентен).

Во кратки црти, се работи за преземање на мерки за ревитализација на должникот во т.н. рана фаза на соочување со финансиски потешкотии. Предвидено е овластен предлагач да биде само должникот, кој кон предлогот за превентивно реструктурирање до судот ќе приложи основен преглед на побарувањата на доверителите кои не се наплатени од должникот со состојба на последното тромесечје, ревизорски извештај за основниот преглед на побарувањата на доверителите за кој ревизорот дал ревизорско мислење без забелешки и заверени изјави кај нотар за согласност за почеток на постапката од доверителите кои имаат побарувања спрема должникот кои заедно сочинуваат 30% од вкупниот износ на побарувањата.

Доколку предлогот е уреден и потполн, судот донесува решение за отворање на постапка за превентивно реструктурирање, со укажување дека отворањето на постапката за превентивно реструктурирање има правно дејство само на побарувањата кои се содржани во основниот преглед на побарувања. Со донесувањето на ова решение ќе настапат правни последици по сила на закон, помеѓу кои и т.н. *automatic stay* – забрана за започнување на присилно извршување или обезбедување против должникот за побарувањата кои се содржани во основниот преглед на побарувања, како и прекин на оние кои претходно биле започнати.

Суштината на постапката за превентивно реструктурирање е содржана во Договорот за финансиско реструктурирање кој треба да биде склучен помеѓу должникот и доверителите кои имаат најмалку 75% од побарувањата опфатени во основниот преглед на побарувања. Според тоа, станува збор за договорно уредување на меѓусебните права и обврски помеѓу должникот и најмалку тричетвртинско мнозинство од неговите доверители. Согласноста на доверителите со најмалку 75% побарувања се докажува со нивни нотарски заверени изјави кои мора да бидат доставени во прилог. Меѓутоа, овој договор има специфично правно дејство. Имено, исто како што во постапката за претстечајна или стечајна реорганизација каде одобриениот план за реорганизација има правно дејство *erga omnes*, односно е задолжителен и за малцинството доверители кои се противеле на истиот, треба да се знае дека правното дејство на овој договор за финансиско реструктурирање покрај спрема доверителите кои се согласуваат со него, исто така се протега и спрема доверителите кои не се согласни со неговото склучување.

Нацрт-законот предвидува кратки и преклузивни рокови за завршување на оваа постапка. Така, должникот има обврска до судот да

го достави договорот за финансиско реструктуирање со сите прилози во рок од 90 дена ако се работи за микро или мал трговец, односно 120 дена ако должникот е среден или голем трговец. Доколку е уреден и ги содржи сите елементи и прилози предвидени во законот, судот со решение ќе го одобри договорот за финансиско реструктуирање. По правосилноста на ова решение, договорот влегува во сила, а намалувањето односно одложувањето на доспеаноста на необезбедените побарувања кои се дел на основниот преглед на побарувањата, определени во договорот за финансиско реструктуирање, имаат дејство и спрема доверителите кои не се согласни со склучување на договорот.

Г.2. Реформи на правилата за претстечајната реорганизација

Според содржината на работната верзија објавена на Единствениот национален електронски регистар на прописи на РСМ³³, новиот нацрт – Закон за инсолвентност во суштина ја имплементира сегашната постапка за реорганизација во претходна постапка чии основни обележја ги изнесовме погоре, со тоа што ќе овозможи реформирање односно подобрување на законската рамка на претстечајната реорганизација. Покрај номотехничкото усогласување и конечно воведување на правен институт со назив „претстечајна реорганизација“, предвидени се неколку карактеристични новини во споредба со актуелната правна рамка од сега важечкиот Закон за стечај.

Така, би можело да се акцентира дека во новата постапка на претстечајна реорганизација се предвидува и судот да може да се впушти во утврдување на идна неспособност за плаќање на должникот, а не само должникот кој сега единствено има право да ја докажува својата идна неспособност за плаќање. Понатаму, ќе се овозможи предлог до судот за поведување на постапка за претстечајна реорганизација да поднесе и доверител со нотарски заверена согласност на должник, а не само должник. Ново е и тоа што кон предлогот, покрај однапред изготвениот план за реорганизација и потребните прилози, ќе мора да се приложи и процена на вредноста на друштвото од овластен проценител, според меѓународни стандарди за процена во услови на продолжување на деловниот потфат (претпријатието).

³³ Линкот е достапен на https://ener.gov.mk/default.aspx?item=pub_regulation&subitem=view_reg_detail&itemid=62558

Новиот закон ќе направи разлика и во процесно-правните аспекти споредено со сегашната законска рамка. Така, наместо решение за поведување на претходна постапка, по предлогот за претстечајна реорганизација судот ќе донесува решение со кое се отвора постапка на претстечајна реорганизација. Во таа постапка нема да се именува привремен стечаен управник, како досега, туку ќе се именува повереник од редот на стечајните управници. Како позитивен реформски чекор може да се нагласи и фактот што законот за прв пат ќе регулира кои плаќања може да ги врши должникот во периодот од поднесување на предлогот за отворање на постапка за претстечајна реорганизација до денот на донесување на решението на судот за нејзино отворање, воведувајќи категорија на „нужни плаќања“ таксативно наброени во законот. По отворањето на постапката, пак, овие нужни плаќања подлежат на задолжителна писмена согласност на повереникот.

Треба да се нагласи и воведувањето на уште еден дополнителен услов за поведување на постапка за претстечајна реорганизација. Имено, покрај обврската кон предлогот до судот да се приложат изјави од мнозинските доверители заверени кај нотар на секоја предвидена група, со планот, дека се согласни со содржината на планот и се спремни да гласаат за негово прифаќање, овластениот предлагач ќе мора до судот да достави и доказ дека доверителите кои имаат 75% побарувања од вкупниот износ на побарувањата спрема должникот се согласуваат да се отвори постапка за претстечајна реорганизација. Без оглед што планот за реорганизација понатаму ќе се усвојува со обично мнозинство со секоја група на доверители, оваа обврска дополнително дава гаранција дека почетокот на постапката е поддржана од квалифицирано - тричетвртинско мнозинство од сите доверители на должникот, изразено во апсолутен процент и без нивно групирање.

Новина се предвидува и во делот на испитување на побарувањата на доверителите опфатени со планот, која можност во моментот целосно недостига. Имено, во отворената постапка на претстечајна реорганизација повереникот ќе биде должен да ги испита побарувањата на доверителите опфатени со прегледот на побарувања изготвен од должникот и да достави посебен извештај против кој имаат доверителите право на приговор. Во случај ако должникот и повереникот не го прифатат приговорот, доверителот има право да поведе парница пред надлежен суд.

Секако, новата законска рамка ќе содржи и други измени во насока на подобрување на постапката на претстечајна реорганизација и зголемување на нејзината ефикасност во правната практика.

Г.3. Новини во постапката за реорганизација во отворена стечајна постапка

Се разбира дека нацрт – Законот за инсолвентност има за цел да ја подобри целокупната стечајно-правна регулатива, а вклучително и да ги допрецизира и надгради постоечките правила кои ја уредуваат реорганизацијата во отворена стечајна постапка.

Во тој контекст, би можело да се нагласи дека нацрт – законот во голема мера ги допрецизира формалните аспекти на судската постапка по планот за реорганизација и роковите за преземање на одделни процесни дејствија. Се воведуваат посебни одредби кои многу попрецизно ги уредуваат прашањата поврзани со стварно-правните односи врз движен и недвижен имот кои се засегаат со планот за реорганизација, а важна новина ќе биде и овластувањето на судот да наложи да не се покренува постапка на одземање на правото на користење на градежно неизградено земјиште од должникот ако градежното земјиште е дел од планот за реорганизација, слично како што досега тоа беше случај само со земјоделското земјиште врз кое должникот поседува трајни насади.

Меѓутоа, може да се забележи дека во нацрт – законот недостасуваат одредби врз основа на кои судот ќе има можност да наложи да не се покренат постапки за одземање на правата од концесии кои ги поседувал должникот чиј деловен потфат се реорганизира, што во пракса може да доведе до неуспех на било каков обид за реорганизација на должник чиј бизнис е поврзан со правото од концесија, како на пример, должник кој поседувал концесија за вода за производство на електрична енергија или концесија за ископ на природни богатства, со оглед дека планот нема да може да предвиди и гарантира дека реорганизираниот субјект би ги добил истите концесиски права од државата кои престанале како последица на отворањето на стечајна постапка.

Д. Предлог за подобрување на нацрт - текстот на Законот за инсолвентност

Во функција на подобрување на нацрт – законскиот текст на новиот Закон за инсолвентност кој сè уште не е влезен во собраниска процедура, во оваа прилика упатно е да се укаже и на потребата од дополнителна ревизија на одредбите кои го регулираат повторното отворање на стечајна постапка поради неуспешен план за реорганизација.

Имено, според актуелната правна рамка, барање за повторно отворање на стечајна постапка поради неспроведување на одобрениот план за реорганизација до судот може да се поднесе само доколку во текот на надзорот се утврди дека планот за реорганизација не се спроведува³⁴. Меѓутоа, судот е должен по службена должност да го укине надзорот ако изминале три години од заклучувањето на стечајната постапка, а не било побарано отворање на нова стечајна постапка³⁵. Во ситуација кога законот дозволува содржинскиот дел од планот за реорганизација да предвиди спроведување на планот во период подолг од три години, како, на пример, исплата на побарувања на доверители на пет еднакви годишни рати, произлегува дека во случај кога првите три годишни рати се исплатени според планот и во првите три години не е побарано отворање на нова стечајна постапка, судот треба да го укине надзорот. Но, во таков случај, неспроведувањето на планот за реорганизација во четвртата или петтата година, кога повеќе нема надзор, ја ограничува можноста за повторно отворање на истата стечајна постапка, иако постои основниот услов, а тоа е фактот дека планот не се спроведува. Со други зборови, одредбата која предвидува дека судот мора да го укине надзорот во рок кој е пократок од рокот во кој планот се спроведува всушност ја исклучува можноста за преотворање на стечајната постапка поради неспроведување на планот, само заради фактот што преотворањето е врзано со периодот додека трае надзорот. За оваа состојба веќе постои и релевантна судска практика која укажува на ваквата недоследност на актуелниот Закон за стечај³⁶.

Поаѓајќи од ова, во услови кога и новиот нацрт – Закон за инсолвентност содржи идентична обврска за укинување на надзорот по истек на само три години по заклучување на стечајната постапка во која бил одобрен план за реорганизација и идентични услови за повторно отворање на стечајна постапка поради неспроведување на планот само додека трае надзорот, упатно е работната група при Министерството за економија да ја преиспита ваквата нормативна уреденост со цел да се избегне ограничувањето на повторното отворање на стечајната постапка поради неспроведување на планот за реорганизација, за целиот период додека трае спроведувањето на планот, односно додека должникот има статус на „трговско друштво во реорганизација“.

³⁴ Види член 254 од Законот за стечај

³⁵ Види член 252 став 1 точка 2 од Законот за стечај

³⁶ Решение ТСЖ.бр.800/20 од 18.08.2020 година на Апелациониот суд Скопје

Г. Заклучок

Од изнесеното може да видиме дека актуелниот Закон за стечај содржи широк спектар на правни можности кои ја промовираат реорганизацијата како ефикасен инструмент за договорна консолидација на должничко-доверителските односи помеѓу учесниците на пазарот. Сепак, за разлика од реорганизацијата во отворена стечајна постапка, кај нас досега може да се забележат релативно скромни резултати во примената на правилата за претстечајна реорганизација, што остава впечаток дека постои потреба од зголемување на свеста кај правните субјекти преку акцентирањето на квалитетот на овој вид реорганизација и поттикнување на должниците и доверителите првенствено да се определат за претстечајна реорганизација како начин на намирување на меѓусебните побарувања и надминување на инсолвентноста.

Во тој контекст, може да заклучиме дека навремената реакција на должникот, поддршката од доверителите и ефикасноста на органите на стечајната постапка во спроведувањето на судската постапка за реорганизација, претставуваат основни претпоставки за успех на процесот на ревитализација и излегување на должникот од финансиската криза преку продолжување на неговата стопанска дејност и репрограмирање на неговите обврски врз основа на план за реорганизација, без оглед дали станува збор за претстечајна или реорганизација во отворена стечајна постапка.

Со остварувањето на своите цели, реорганизацијата на трговските друштва според правилата на инсолвентското право несомнено влијае кон зголемување на сигурноста на пазарот, зајакнување на неговата економска стабилност и заштита на социјалните права на вработените.

Тековната реформа на стечајното законодавство дава реална основа да очекуваме значително подобрување можностите за ревитализација на должникот преку допрецизирањето и подбрувањето на законската регулатива и правните институти кои ги предвидува новиот Закон за инсолвентност, кој е во нацрт-фаза и кој ќе нормира уште една дополнителна можност во насока на ревитализација на должникот, преку спроведување на превентивно реструктуирање во судска постапка.

АСПЕКТИ НА МЕЃУНАРОДНИТЕ РЕГУЛАТИВИ ЗА ЗАШТИТА НА ГЕНЕТСКИТЕ ПОДАТОЦИ ВО УСЛОВИ НА СОВРЕМЕНИ ПРЕДИЗВИЦИ

UDK 342.738:341.24
Original research paper

Апстракт: Најредокоит во технолојата во толема мера ја подобри точноста на генетско тестирање и анализа како и значајно ги намали трошоците, што резултираше со драматично зголемување на количината на генетски информации генерирани, анализирани, споделени и складирани од различни поединци и институции.

Со оглед на разликоста на активитетите и нивните интереси, заедно со широка разновидност на начини на кои се чуваат генетските податоци, станува се појасно да се развијат широко применливи регулативи за генетска приватност. Авторот во овој труд ќе се обиде да го претстави моменталниот пејзаж на генетската приватност за да ги идентификува улогите што најголемиот дел од актуелната регулатива која ги проиштурува или треба да ги проиштурува во условите кои ги диктира новото време кое со себе носи современи безбедносни предизвици.

Клучни зборови: генетски податоци, регулативи, безбедност, современи предизвици

1. Вовед

Современите глобални трендови на дигитализацијата влијаат врз механизмот за заштита на личните податоци. Глобализацијата и дигитализацијата резултираат со сè поголемо вмрежено општество, брзо ширење на информациите преку интернет, обемна анализа на

* Министерство за внатрешни работи на РСМ

податоци, дигитална економија, паметно живеење, бази на податоци кои се поврзани меѓу себе итн. Сето тоа резултира со зголемување на меѓународниот проток на податоци, дури и од лична природа, па така се создава потреба за современ и софистициран начин на заштита на личните податоци.

Генетските податоци се лични податоци кои се однесуваат на наследни или стекнати генетски карактеристики на физичко лице стекнати преку ДНК или РНК анализа.

Генетските податоци содржат чувствителни здравствени и нездравствени информации за поединците и членовите на нивните семејства.

Луѓето често ги гледаат генетските информации за себе како приватни. Геномот на секој човек, или целосниот комплемент на ДНК, е единствен, но специфичните варијанти во геномот на поединецот може да бидат широко споделени со биолошките роднини или дури и со целата човечка популација. Овој мешан карактер на геномот, како уникатно индивидуален збир на широко споделени заеднички елементи, го надополнува со двојно приватно и јавно значење што ја збунува секоја дискусија за политиката што се однесува на генетската приватност.

Со текот на годините научниците учеле за генетиката и генската функција со проучување на ефектите од промените во ДНК. Ако може да се создаде промена во генот, било во клеточната линија или на цел организам, можно е потоа да се проучи ефектот на таа промена за да се разбере каква е функцијата на тој ген. „CRISPR“ технологијата се користи за таргетирање и програмирање на одредени делови од генетскиот код и за уредување на ДНК на прецизни локации, како и за други цели, како на пример за нови дијагностички алатки.

Неизбежно се поставува прашањето, дали современите предизвици представуваат закана или можност, односно дали регулативата пропишна за заштита на генетските податоци може да го фати чекорот со молскавичниот развој на технологијата во таа област.

2.Меѓународни регулативи за заштитата на личните податоци

2.1.Во рамки на Организацијата на Обединетите Нации

2.1.1.Универзална декларација за човековите права за правото на приватност

Универзалната декларација за човековите права¹, во рамки на системот на Организацијата на Обединетите Нации, во членот 12 пропишува дека „никој нема да биде изложен на произволно вмешување во неговиот приватен и семеен живот, домот или преписката, ниту пак на напади врз неговата чест и углед, секој има право на правна заштита од таквото вмешување или напади“. Правото на приватност не е апсолутно право и дозволени се негови ограничувања. Понатаму, во членот 19 се предвидува дека „секој има право на слобода на мислење и изразување“. Ова право ја вклучува и слободата да се застапува одредено мислење без никакво вмешување и да се бараат, да се примаат и да се даваат информации и идеи преку медиумите и без оглед на границите.

2.1.2.Меѓународен пакт за граѓанските и политичките права за законската заштита на приватниот живот и слободата на изразување

Во меѓународниот пакт за граѓанските и политичките права *de jure* и *de facto*, според одредбата од членот 17, а истите треба да бидат овозможени без пресретнување, надгледување, вклучувајќи го тука и електронското следење на комуникациите,² предвидено е дека „никој не може да биде предмет на самоволни или незаконити мешања во неговиот приватен живот, во неговото семејство, во неговиот стан или неговата преписка, ниту на незаконити повреди нанесени на неговата чест или на неговиот углед, секое лице има право на законска заштита против ваквите мешања или повреди“. Во контекст на појавата и развојот на новите медиуми, овој член се толкува во насока на гарантирање на интегритетот и тајноста на кореспонденцијата.

Што се однесува до слободата на изразување, во членот 19 се предвидува дека „никој не може да биде вознемируван поради своите

¹ <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

² <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

мислења, секое лице има право на слобода на изразувањето“. Ова право, без оглед на границите, ја подразбира слободата на изноаѓање, примање и ширење на информации и идеи од сите видови во усмена, писмена, печатена или уметничка форма, или на кој и да е начин по слободен избор. Остварувањето на слободите опфаќа посебни должности и одговорности. Следствено на тоа, тоа може да биде подложено на извесни ограничувања што мораат, меѓутоа, да бидат одредени со закон, а се потребни од причините на почитување на правата или угледот на други лица и на заштита на државната безбедност, на јавниот ред, на јавното здравје и на моралот.

2.1.3. Резолуција 68/167 на Генералното собрание на Обединетите Нации за правото на приватност

Резолуцијата 68/167 на Генералното собрание на Обединетите Нации³ потврдува дека правото на приватност е значајно за реализацијата на правото на слобода на изразување, соопштување на сопственото мислење без мешање, што претставува едно од начелата на кои се темели демократското општество.

2.2. Во рамки на системот на Советот на Европа

2.2.1. Европска конвенција за човекови права за приватениот и семејниот живот, домот и преписката

Согласно членот 8 од Европската конвенција за човекови права⁴ „секој има право на почитување на неговиот приватен и семеен живот, домот и преписката, нема да постои никаво мешање од страна на јавната власт при остварувањето на ова право, освен во согласност со законот и доколку е тоа неопходно во едно демократско општество за заштита на националната безбедност, јавната сигурност или економската благосостојба во земјата, за спречување на немири или извршување на кривично дело, за заштита на здравјето и моралот, или за заштита на правата и слободите на другите“.

³ <http://undocs.org/A/RES/68/167>

⁴ http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

2.2.2. Декларација за слободата на комуникациите на интернет на Советот на Европа

Декларацијата за слободата на комуникациите на интернет⁵ на Советот на Европа од 2003 година предвидува дека слободната комуникација претпоставува право на достоинство или други фундаментални човекови права. Со оваа декларација се прави обид да се објасни потребата од изнаоѓање на рамнотежа помеѓу правото да се биде анонимен на интернет и обврската за гонење на вршителите на кривични дела. На едноставен и јасен начин се поставени начелата за регулирање на содржините кои се објавуваат на интернет.

2.3. Во рамки на системот на Европската Унија

2.3.1. Повелба за фундаментални права на Европската Унија

Членот 8 од Повелбата за фундаменталните права на Европската Унија (ЕУ)⁶ се однесува на заштитата на личните податоци и претставува еден вид на дополнување на Европската конвенција за човекови права со тоа што пошироко го опфаќа правото на приватност.

Согласно Повелбата за фундаменталните права на ЕУ: „секој има право на заштита на личните податоци кои се однесуваат на него / неа. Ваквите податоци мора да се обработуваат само за конкретни цели и со согласност на засегнатото лице или некоја друга легитимна основа утврдена со закон. Секој има право на пристап до податоците собрани за него или неа и право за исправка на истите. Почитувањето на овие правила ќе подлежи на контрола од страна на независен авторитет“.

2.3.2. Општа регулатива за заштита на податоците

Еден од главните правни инструменти за заштита на личните податоци во ЕУ е новата Општа регулатива за заштита на податоците (GDPR). Регулацијата која стапи на сила во мај 2016 година и ја укина Директивата 95/46/EЗ има за цел подобрување на ефективностa и усогласување на заштитата на личните податоци во ЕУ.

Новата регулатива се обидува да го разјасни опсегот на лични податоци, со препознавање на псевдонимизирани податоци како лични

⁵ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5

⁶ http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

(да се идентификуваат) податоци и вклучување на генетски податоци во каталогот на посебни категории на податоци (чувствителни податоци). Покрај тоа, сет на нови правила се утврдени во Правилникот за обработка на лични податоци под научно-истражувачко ослободување. Понатамошна употреба на генетски податоци за научно-истражувачки цели, без да биде дозволено добивање дополнителна согласност, доколку се исполнети конкретните услови. Новата регулатива веќе поттикна загриженоста меѓу различните засегнати страни, поради предизвиците што може да се појават при спроведувањето на Регулацијата. Имено, дадената дефиниција за псевдонимизирани податоци е критикувана бидејќи остава премногу простор за толкувања, а може да ја поткопа хармонизацијата на заштитата на податоците низ земјите. Обработката на чувствителни податоци под специфични услови е опфатена во член 8 од Директивата.

2.4. Спецификација за безбедност на лични информации во Кина

Спецификацијата за безбедност на личните информации во Кина стапи на сила во мај 2018 година. Таа поставува грануларни упатства за согласност и како личните податоци (наречени „лични информации“) кои треба да се собираат, користат и споделуваат. Додека Законот за сајбер-безбедност од 2017 година во моментот е најавторитетниот закон за заштита на личните информации, меѓу другите функции, Спецификацијата е ефективен централен дел на системот што се појавува околу личните податоци. Само шест месеци по стапувањето на сила на Спецификацијата, изготвувачите на стандардот веќе почнаа да го ревидираат за да ги затворат правните дупки за кои веруваат дека дозволуваат прекумерно собирање лични податоци од компаниите.⁷

2.5. Општиот закон за заштита на податоците во Бразил од 2018 година

Инспириран од европската регулатива, бразилскиот Закон за општата заштита на податоците (LGPD, Lei Geral de Proteção de Dados) воспоставува правила за собирање, ракување, складирање и споделување на лични податоци управувани од организации.

Законодавството е дел од бразилскиот контекст на прогресивно

⁷<https://www.newamerica.org/cybersecurity-initiative/digichina/blog/translation-chinas-personal-information-security-specification/>.

прилагодување кон најдобрите глобални практики за управување со податоци и ги опфаќа сите компании кои нудат услуги или имаат операции кои вклучуваат ракување со податоци во Бразил. И бразилскиот закон и GDPR бараат стратешки пристап кон ракувањето со личните податоци, што, од друга страна, претставува одлична можност за компаниите. Организациите можат да ги користат регулативите за стекнување конкурентска предност при користењето на таквите податоци, со правилно планирање и примена на добри практики за приватност.⁸

2.6. Законот за преносливост и отчетност на здравственото осигурување на САД од 1996 година

Законот за преносливост и одговорност на здравственото осигурување на САД од 1996 година (HIPAA) е федерален закон кој бара создавање на национални стандарди за заштита на чувствителните здравствени информации на пациентот од откривање без согласност или знаење на пациентот. Американското Министерство за здравство и човечки услуги (HHS) го издаде Правилото за приватност на HIPAA за да ги спроведе барањата на HIPAA. Правилото за безбедност на HIPAA заштитува подгрупа на информации опфатени со Правилото за приватност.

Стандардите за Правило за приватност се однесуваат на употребата и откривањето на здравствените информации на поединци (познати како „заштитени здравствени информации“) од страна на ентитети кои подлежат на Правилото за приватност.⁹

3. Регулативите за генетски податоци во време на современи безбедносни предизвици

3.1. Регулативите за генетски податоци може да ги загрозат иновациите во геномијата

Со оглед на тоа што генетското истражување се повеќе се потпира на дигиталната технологија, меѓународните регулативи се трудат да го достигнат чекорот, а некои стравуваат дека се закануваат да ги задушат иновациите. Дали е можно да се развие регулаторна рамка за генетски

⁸ <https://www2.deloitte.com/br/en/pages/risk/articles/lgpd.html>

⁹ <https://www.cdc.gov/phlp/publications/topic/hipaa.html#:~:text=The%20Health%20Insurance%20Portability%20and,the%20patient's%20consent%20or%20knowledge.>

податоци што е фер за секого? За само неколку децении, дигиталната револуција ги зафати сите видови индустрии. Кога станува збор за генетиката, молскавичното темпо на напредок во научното истражување ги остава регулативите далеку зад себе. Во моментот, регулирањето на генетските ресурси ширум светот е со меѓународен обврзувачки договор познат како Конвенција за биолошка разновидност.¹⁰

3.1.1. Конвенција за биолошка разновидност

Конвенција за биолошка разновидност е сеопфатна во своите цели и се занимава со

прашање толку витално за иднината на човештвото, што претставува обележје во меѓународното право. Тој поставува принципи за правично споделување на придобивките што произлегуваат од користењето на генетските ресурси, особено оние наменети за комерцијална употреба. Конвенцијата, исто така го покрива брзото проширување на полето на биотехнологијата, адресирајќи го развојот и трансферот на технологијата, споделувањето на придобивките и биобезбедноста и истата е правно обврзувачка.

3.1.2. Протоколот од Нагоја

Протоколот од Нагоја за пристап до генетски ресурси и правично споделување на придобивките кои произлегуваат од нивното користење кон Конвенцијата за биолошка разновидност е меѓународен договор кој има за цел споделување на придобивките кои произлегуваат од користењето на генетските ресурси на правичен начин. Тој стапи во сила на 12 октомври 2014 година, 90 дена по датумот на депонирање на педесеттиот инструмент за ратификација. Протоколот од Нагоја ги утврдува основните обврски за неговите договорни страни да преземат мерки во врска со пристапот до генетските ресурси, споделувањето на придобивките и усогласеноста.

¹⁰Потпишана од 150 владини лидери на Самитот на Земјата во Рио во 1992 година, Конвенцијата за биолошка разновидност е посветена на промовирање на одржливиот развој. Замислена како практична алатка за преведување на принципите на Агендата 21 во реалност, Конвенцијата признава дека биолошката разновидност е повеќе од растенија, животни и микроорганизми и нивните екосистеми - тоа е за луѓето и нашата потреба за безбедност на храна, лекови, свеж воздух и вода, засолниште и чиста и здрава средина во која може да се живее.

4. Генетските податоци и современите предизвици како можност или закана

Генетските примероци се едни од најчувствителните форми на лични податоци и содржат огромни количини на уникатни информации и здравствени и нездравствени информации.

Секвенционирањето на ДНК еволуираше од скапа до многу попристапна техника во биомедицинското истражување.¹¹

Современите методи за собирање на геномски податоци сугерираат можност за нивно складирање долго време. Примероците треба внимателно да се заштитат: пристапот до лабораторијата треба да биде заштитен со сигурен пропустен систем, а епруветите не треба да носат лични податоци, така што никој, вклучително и лабораторискиот персонал, не може да идентификува кому му припаѓаат.

Понатаму, примарните предизвици во идентификувањето, оценувањето и ублажувањето на безбедносните ранливости на биотехнолошките податоци се како податоците може да се искористат од страна на противниците и какви последици произлегуваат од оваа експлоатација, односно какви потенцијални негативни ефекти може да произлезат од дигитализацијата на биотехнологијата и напредното пресметување на биолошките податоци.¹²

Истотака, модерната сајбер и информациска безбедност ги одразува ризиците кои се доживуваат како што расте и диверзифицира интернетот, како и со експоненцијално зголемување на можностите и брзината на складирање, обработка и транспорт на информации.¹³

Како предизвик се јавува и CRISPR-Cas9 технологијата со која генетичарите и медицинските истражувачи уредуваат делови од геномот со отстранување, додавање или менување на делови од ДНК низа.

¹¹ Намалувањето на трошоците за секвенционирање на ДНК дури го надмина законот на Мур (набљудувањето дека цената на пресметковната моќ приближно се преполовува на секои две години) бидејќи цената на секвенционирањето на човечкиот геном падна од 15 милиони американски долари во 2005 година на помалку од 700 американски долари до 2020 година.

¹² Според Вајета et al., 2018.

¹³ Според Денинг и Луис, 2017.

4.1. Генетското тестирање нуди можности за предвидување на ризиците и подобрување на здравјето на луѓето

Генетското тестирање стана достапно за истражувачите и достапно за граѓаните преку различни компании, поттикнувајќи го биомедицинскиот напредок во идентификувањето на факторите на ризик за здравјето и дијагностицирањето на болестите.

Покрај етничкото потекло на личност до 7-та генерација, ДНК тест овозможува да се одреди генетската подложност на одредени болести, како што се Алцхајмерова болест, дијабетес или рак. Може исто така да се дознае веројатноста за зависност од одредени супстанции

4.2. Ризик за приватност и безбедност на информациите

Анонимизираните или деидентификуваните генетски секвенци и споделените геномски информации имаат многу придобивки, но тие исто така претставуваат некои сериозни безбедносни ризици или, барем, потенцијални идни безбедносни ризици.¹⁴

Детектирани¹⁵ се следниве ризици: поради природата на ДНК, дури и деидентификуваните генетски секвенци може повторно да се идентификуваат во иднина, некој може да најде начин да користи неидентификувана ДНК секвенца за да го произведе името на личноста на која таа ДНК припаѓа, генетските информации потенцијално може да се користат за кражба на идентитет, а оваа можност многу веројатно ќе се зголеми како што ќе се подобрува технологијата, луѓето кои се идентификувани како склони кон одредени болести или состојби може да бидат цел на маркетинг фирми или да се издвојат како ризик од осигурениците и потенцијалните работодавци.¹⁶

4.3. Групирани редовно меѓупросторни кратки палиндромски повторувања (CRISPR)

„CRISPR“/Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats (Групирани редовно меѓупросторни кратки палиндромски

¹⁴ Според авторитетот за генетско тестирање Адам Танер во неговата статија од 2016 година, „Ветувањето & Perils Of Sharing DNA“ на Undark.org.

¹⁵ Според Адам Танер

¹⁶ Популарниот шпекулативен фантастичен филм Gattaca од 1997 година ја истражува токму таквата можност.

повторувања), кои се белег на бактериски одбранбен систем што ја формира основата за технологијата за уредување на геномот CRISPR-Cas9. Терминот „CRISPR“ или „CRISPR-Cas9“, во областа на инженерството на геномот, често се користи лабаво за да се однесува на различните CRISPR-Cas9 и -CPF1, (и други) системи кои можат да се програмираат да таргетираат одредени делови од генетскиот код и за уредување на ДНК на прецизни локации, како и за други цели, како на пример за нови дијагностички алатки. Истражувачите, со овие системи, можат трајно да ги модифицираат гените во живите клетки и организми и, во иднина, може да овозможат корекција на мутациите на прецизни локации во човечкиот геном со цел да се третираат генетските причини за болеста. Сега се достапни и други системи, како што се CRISPR-Cas13, кадешто целната РНК обезбедува алтернативни начини за употреба и со уникатни карактеристики кои се искористени за чувствителни дијагностички алатки, како што е SHERLOCK¹⁷.

4.4.Линијата меѓу современите предизвици поттикнати од примената на CRISPR и етиката

Иако се смета за многу возбудлив потенцијалот на CRISPR, многу се дискутабилни темите за неговите етички импликации за прашања кои моментално повеќе личат на научна фантастика отколку на реалност. Многу е важно колку брзо или брзоплето човештвото ќе се пресели во оваа технологија и колкав е потенцијалот на истата драстично да ги промени нашите животи.

4.5.Случај на развивање на засилувач на ДНК-вакцина базиран на CRISPR за СОВИД-19

Развивањето на засилувач на ДНК-вакцина базиран на CRISPR за СОВИД-19 радикално го намалува временскиот рок за развој на вакцини против сегашните и идните вирусни закани.

ДНК вакцините се исклучително привлечна технологија во подем бидејќи имаат потенцијал да го забрзаат производството на вакцини против нови вирусни закани до временска рамка од неколку недели,

¹⁷ Високо чувствителна дијагностичка алатка базирана на CRISPR наречена SHERLOCK, значително ја зголеми моќта на алатката и разви минијатурен тест за хартија што овозможува да се видат резултатите со голо око - без потреба од скапа опрема.

овозможувајќи брзо распоредување како одговор на новите патогени како што е САРС-КоВ-2, вирусот што предизвикува COVID-19.

5.Заклучок

Со оглед на вредноста што им се придава на генетските податоци, базите на податоци што содржат генетски информации најверојатно ќе бидат цел на злонамерни актери. Мора да се применат соодветни регулаторни и технолошки заштитни мерки за да се осигура дека генетските бази на податоци се безбедни од надворешен упад.

Ако навистина полето на геномијата е на критична точка на пресврт, како што многумина веруваат, тогаш ова е клучна точка за нас да се бориме со тензиите својствени за промовирање на идните истражувања, а во исто време да ја зачуваме индивидуалната приватност.

Значи, владите мора да обработуваат генетски податоци само со согласност на поединецот, откривајќи ги сите релевантни договори за споделување податоци и периоди на задржување, да го ограничат задолжителното собирање генетски податоци на низа ограничени цели со цел да се минимизираат негативните влијанија врз приватноста и владите мора на сличен начин да обезбедат дека задржувањето на ДНК и генетските податоци е соодветно оправдано, имено дека е неопходно и пропорционално на целта што се обидува да ја постигне. За да се направи тоа, треба да се воспостави систем на независен преглед на основите за задржување на генетските податоци.

Иако политиките за заштита на биолошките податоци од сајбер напади се ограничени, политиките што го регулираат пристапот и споделувањето на податоците се распространети. Овие политики за пристап до податоци одозгора надолу имаат намера да ги заштитат индивидуалните права и/или да спречат споделување или дистрибуција на податоци, вклучително и биолошки податоци.

Потребно е ажурирање на:

-Општата регулатива за заштита на податоците на Европската унија од 2018 година, која ги зајакна правилата на Европската унија за заштита на личните податоци на поединци, делумно давајќи им на своите граѓани поголема контрола над нивните лични податоци;

-Кинеската Спецификација за безбедност на лични информации од 2018 година, која како систем според кинескиот закон за сајбер-безбедност, вклучува „собирање, складирање, користење, споделување, пренос и откривање на лични информации“ и им овозможува на

компаниите кои работат во Кина да пристапат до податоците „да не го попречуваат развојот на полиња како вештачката интелигенција“;

-Општиот закон за заштита на податоците во Бразил од 2018 година, кој обезбедува рамка за користење на лични податоци во Бразил и

-Законот за преносливост и отчетност на здравственото осигурување на САД од 1996 година (HIPAA) кој ја промовира заштитата на приватноста и безбедноста на информациите за здравјето на пациентите во Соединетите Држави.

На меѓународно ниво, Протоколот од Нагоја од Конвенцијата за биолошка разновидност промовира управување со пристапот и споделувањето на придобивките од употребата на нечовечки биолошки податоци. Сепак, постојат прашања за тоа дали Протоколот од Нагоја се фокусира повеќе на биолошки примероци кои обезбедуваат генетски информации или на самите генетски информации, што на крајот влијае на напорите на национално ниво за кодификација на меѓународниот договор.

Технологијата CRISPR се прослави низ научната заедница како значаен напредок што го менува начинот на кој се врши истражување низ областите. CRISPR се користи за експериментирање со генски уредени комарци за да се намали ширењето на маларијата, за инженерско земјоделство за да се спротивстави на климатските промени и во клинички испитувања на луѓе за лекување на низа болести, од рак до транстиретинска амилоидоза, ретко протеинско нарушување кое уништува нерви и органи. Сепак, технологијата доаѓа со значителни етички импликации, вклучително и обезбедување дека нема несакани негативни последици, дека се користи правично и дека е постигнат консензус за тоа каде да се повлече линијата во употребата на технологијата.

Иако некои од овие технологии сè уште не се доволно достапни, важно да се создадат јасни структури на управување и етички упатства пред да се развие следната генерација на технологии за уредување гени. Потребен е меѓународен консензус за тоа што е прифатливо кога станува збор за експериментално уредување на гени кај луѓето. Во меѓувреме, одговорноста почива на истражувачите и институциите кои ги поддржуваат да ја испитаат етиката на сопствената работа. Оваа технологија е многу моќна. Тоа може да обезбеди толку многу придобивки што е лесно да ги оставиме настрана можните грижи и да кажеме дека ќе ги решиме тие проблеми кога ќе се појават. Загриженоста е дека можностите, ветувањата на овие интервенции се толку значајни

што може да не спречат да сфатиме дека треба да бидеме внимателни и да внимаваме какви би можеле да бидат последиците.

Заедниците за сајбер безбедност и биотехнологија мора да се ангажираат за да создадат најдобри практики и процеси за заштита на податоците и ублажување на ризикот, притоа искористувајќи ги придобивките од компјутерските технолошки апликации за биотехнологијата.

Технологиите се лесно достапни за заштита на податоците, но нивната употреба мора да биде усогласена во целиот свет, бидејќи заштитата на податоците во една база на податоци е неефикасна ако друга база на податоци остане ранлива на надворешни закани.

Заштитата на некои податоци, како што се личните здравствени податоци, не може да се прошири надвор од границите на една земја и може да се однесува само на податоците собрани од одредени субјекти. Понатаму, политиките за заштита на податоците не се прошируваат на информации кои веќе се украдени. Земени заедно, овие политики на национално, регионално и меѓународно ниво за заштита на податоците не може да го спречат несоодветното или неовластеното стекнување податоци за различни актери, чии последици се нејасни за биотехнолошките податоци.

Усвојувањето на соодветни заштитни мерки за приватност е најважно при обработката на генетските податоци за истражување.

Ризиците поврзани со новите технологии и заштитните мерки во заштита на приватноста на субјектите на податоците треба да се третираат како подвижни цели. Во спротивно, заштитните мерки ќе станат застарени и не може да ги заштитат субјектите на податоци на соодветен начин.

ASPECTS OF INTERNATIONAL REGULATIONS ON GENETIC DATA PROTECTION IN CONDITIONS OF MODERN CHALLENGES

Summary

Abstract: Advances in technology have greatly improved the accuracy of genetic testing and analysis as well as significantly reduced costs, resulting in a dramatic increase in the amount of genetic information generated, analyzed, shared and stored by different individuals and entities.

Given the diversity of actors and their interests, along with the wide variety of ways in which genetic data is stored, it is becoming increasingly difficult to develop widely applicable genetic privacy regulations.

The author of this paper will try to present the current landscape of genetic privacy in order to identify the roles that most of the current regulations that prescribe or should prescribe in the conditions dictated by the new time that brings with it modern security challenges.

Keywords: genetic data, regulations, security, modern challenges

*Prof. Tamara Đurđić-Milošević, PhD**
*Prof. Aleksandra Pavićević PhD***

SOME DISPUTABLE QUESTIONS RELATING TO ALEATORY NATURE OF THE LIFETIME MAINTENANCE AGREEMENT

UDK 347.68(497.11)
Original research paper

Abstract: *The contract on lifetime maintenance agreement has a long legal tradition, and the issue of its legal nature and legal effects has occupied the attention of the legal doctrine since the moment of its creation until today. Its complexity arises from its specific legal nature being more contract of the law of obligation, but of the specific importance for inheritance law, due to its indirect hereditary legal effects. Its specificity to be of aleatory nature leaves the space for immoral and illegal conduct, and therefore possible abuse of the purpose of the contract in order to reach disproportionate material gain. In order to protect the interests of the recipients, the legislator proscribes the possibility of annulling this contract in case of lack of randomness. While the conditions for annulment in this case are not precisely defined by law, a huge problem of different interpretations of these rules arises in practice, which makes more opportunities for its abuses, leading simultaneously to the legal uncertainty.*

Key words: *lifelong maintenance contract; legal nature; randomness, voidness.*

INTRODUCTION

The lifetime maintenance contract has a long legal tradition, and the question of its legal nature and legal effects has occupied the attention of the legal public from the moment of its creation until today. It is a contract

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

** Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

that is usually concluded by elderly and single persons who, due to old age and/or illness, are unable to take care of themselves, and by concluding this contract, they ensure support and care that will be provided by the provider of maintenance. At the same time, the provider of maintenance acquires a certain material benefit in this way, which is also his motive for concluding the contract.

This contract is a complex legal institute which, according to its basic legal features, can be qualified as a contract of the law of obligation nature, of particular importance for inheritance law. Its complexity derives from the law of obligation nature of lifelong maintenance, which is personal, of a more permanent nature (extends during the life of the recipient) and includes various acts of giving and acting, which extent is determined by the moment of the death of the recipient of lifelong maintenance.

The fact of death is of great importance in the lifetime support contract, and it is precisely to this that the specifics of this contract are linked in relation to other, classic, obligation contracts. Although it does not represent the cause of this legal transaction, the fact of the death of the maintenance recipient as a delay period is linked to the actual legal effect of this contract. This leads to a number of other properties and consequences which, among other things, are reflected in the aleatory nature of the contract itself, because the economic effect of the contract is linked to the fact of the death of the maintenance recipient.

The aleatory nature of the lifetime support contract can leave room for immoral and unconscionable behavior, and abuse of the purpose of the contract in order to obtain disproportionate property benefits. In order to protect the interests of the maintenance recipient, the legislator provided for the possibility of annulment of this contract in the event of a lack of aleatory nature, whereby the conditions for annulment in this case are not precisely legally defined, and leave room for different interpretations and abuse of rights, which leads to legal uncertainty.

1. Randomness as a legal feature of a lifetime maintenance agreement

A lifetime maintenance contract is a contract by which the provider of maintenance undertakes the support to the recipient of maintenance until his death, and the latter is obliged, in return for this, to transfer to him ownership of a certain things or some other property right, with the fact that the acquisition of ownership (i.e. other right) postponed until the death

of the maintenance recipient.¹ By its legal nature, a lifetime maintenance contract is a recognized by the law, formal, causal, bilaterally binding, onerous legal transaction, with permanent execution of benefits, which is concluded with regard to the personal characteristics of the contracting parties (*intuitu perosnae*). Its important feature is randomness, given that the mutual economic effect is not known, i.e. what will be the relation of mutual benefits, because it depends on future uncertain circumstances, i.e. death of the recipient of maintenance. In this sense, according to the the Law on Obligations, the annulment of the contract cannot be requested due to the obvious disproportion of mutual benefits according to the rules on excessive damage, because the rule on the equivalence of mutual benefits that applies to bilateral onerous contracts does not apply here.²

At the time of the conclusion of the contract, economic value of the obligation of maintenance recipient's is known, which consists in the transfer of exactly certain things and rights to the maintenance provider, but the value of the provider's benefit is not known, since it is conditioned by the length of life of the maintenance recipient. In legal theory, conflicting understandings about the scope of randomness are represented, i.e. whether it is bilateral (exists for both contracting parties) or unilateral (exists only for the provider of maintenance).³

According to one point of view, mutual uncertainty regarding possible gain and loss is at the basis of randomness, so randomness is also bilateral in life support contracts, which means that uncertainty is necessary for both parties to the contract.⁴ According to others, randomness is one-sided, that is, uncertainty exists only in relation to the provider of maintenance, whose obligation extends over time, so that the amount of the provider's obligation depends on the length of life of the recipient of maintenance.⁵ In this sense, if one starts from the legal purpose of the lifetime maintenance contract, i.e., that the *causa* of the obligation of one party is the *causa* of

¹ Art. 194 (1) of the Law on Inheritance (Official Gazette of the RS", no. 46/95, 101/2003 - decision of the USSR and 6/2015) / ZON; D. Đurđević, Institutions of Inheritance Law, Belgrade, 2017, p. 250.

² Supreme Court of Republic of Serba, Rev. 638/86.

³ See J. Radišić, Law of Obligations, Belgrade, 2000. p. 128.

⁴ S. Svorcan, Commentary on the Serbian Inheritance Law, Kragujevac, 2004, p. 431.

⁵ Aleatoryity could be ruled out only if it could determine with certainty the day of death of the recipient of maintenance, and that is impossible, except if it committed the criminal act of murder or inducing suicide, M. Stevanov, "Further development of the maintenance agreement", Anals PFB 3-4/1966, 378; Antić, Z. Balinovac, Commentary on the Law on Inheritance, Belgrade, 1996, p. 501.

the obligation of the other party, it follows that the risk of concluding the contract in the sense that he will receive less than the investing in particular case, exists only on the side of the provider of maintenance (because his motive for concluding a contract of an economic nature), while the recipient of support is definitely supported for the rest of his life (which is the cause of his obligation), regardless of the value of the mutual benefits. Finally, if one starts from the legal formulation of the basis for annulment of a lifetime maintenance contract due to the lack of randomness (that is, the contract does not represent uncertainty for the provider of maintenance due to illness and old age), the interpretation leads to the conclusion that the randomness of the lifetime maintenance contract, as the assumption of its validity, is unilateral.

The aleatory nature of the contract to lifelong support as its important legal characteristic can be further specified with regard to the criterion on the basis of which it is determined: if it is determined in relation to the length of life of the recipient of support, then it is a so-called “subjective randomness”; if it is decided according to the scope of the subject of the contract, then it is about “objective randomness”.⁶ It could be concluded that the unilateral, subjective aleatory nature of the lifetime maintenance contract is primary (therefore, it must exist on the side of the maintenance give, and with regard to the length of life of the maintenance recipient). In this sense, the objective randomness as such would have a secondary importance for the survival of the lifetime maintenance contract, viewed in relation to the subjective randomness with which it is conditioned.

The aleatory nature of the life support contract should not be seen as its formal characteristic, but as a characteristic conditioned by specific circumstances. From the legal definition itself according to which the contract can be annulled “if due to illness or age the contract did not present any uncertainty for the provider of maintenance”, no objective criteria for determining the lack of randomness on the part of the provider of maintenance is settled, i.e. no criteria on the basis of which can be determined when age or illness of the recipient of maintenance represents uncertainty for the provider of maintenance (what are the age of the recipient of maintenance, as well as the types of diseases that indicate the absence of uncertainty regarding the length of life of the recipient of maintenance). Therefore, it is a legal standard that is assessed according to the relevant circumstances of each specific case.⁷

⁶ S. Panov, On Joint Property in Marriage, Annals of the Faculty of Law, no. 1-3/1998, p. 67, fn. 45.

⁷ Decision of the Supreme Court of Cassation, Rev 884/2015, 17.03.2016. год., <https://>

Also, in terms of determining the existence of randomness as a prerequisite for the validity of a contract of lifelong maintenance, in legal theory, the alternative determination of becoming ill or the age of the recipient of maintenance is critically observed as circumstances on the basis of which it can be concluded that there is no randomness. Since the length of a person's life cannot be determined with certainty due to the nature of the matter, it is considered that the age of the recipient of maintenance alone cannot be a reason for the annulment of this contract, and that the cumulative determination of these circumstances as relevant for determining the lack of randomness would make this base for annulment more grounded.⁸ It is certain that age as a criterion for determining the lack of randomness is quite uncertain, given that there are no precise criteria for its determination. However, although the age and illness of the maintenance recipient are in most cases conditional, because old people are often the recipients of maintenance and have health problems, this does not necessarily have to be the case (e.g. a younger person can also be the recipient)⁹ which speaks in favor of the justification of alternative determination of these randomness conditions.

Finally, the question of whether, due to illness and old age, the death of the recipient of maintenance was certain for the provider of maintenance is a factual question that must be answered in each specific case, based on the opinion of medical experts, taking into account all the circumstances of the specific case. In this sense, significant guidelines in the concretization of this standard have been provided by judicial practice. Finally, it should be borne in mind that the aleatory nature of the lifetime maintenance contract cannot be completely excluded, because it is related to the fact of death, which is itself uncertain, and the moment of its occurrence cannot be determined exactly, even when makes it close.¹⁰ Therefore, the lack of randomness should be relativized, and viewed as a well-founded expectation of the death of the maintenance recipient in a relatively short time from the moment of concluding the contract.

www.vk.sud.rs/sr, march,, 2022.

⁸ M. Albijanić, Maintenance Agreement, Legal life 10/1996, p. 504.

⁹ „The concluded lifetime maintenance contract does not lose its aleatory character due to the fact that the recipient of maintenance is significantly younger than the provider of maintenance Verdict of the Municipal Court in Kraljevo No. 13/2006 од 05.05.2006, „Verdict of the Municipal Court in Kraljevo 1237/2006 од 28.07.2006; Judgment of the Supreme Court of Serbia Rev 2598/2006 од 17. 01. 2007-Bilten of Supreme Court in Kraljevo no. 1/2007;

¹⁰ See M. Stevanov, *op.cit.*, стр. 378.

If, in a specific case, a lack of randomness regarding the length of life of the recipient of maintenance is established on the part of the provider of maintenance, the contract can be canceled at the request of the legal heirs of the recipient of maintenance within one year from the knowledge of the contract, i.e. three years from the date of the recipient's death, whereby the deadline for annulment cannot run before the death of the recipient.¹¹ Therefore, the lack of randomness on the part of the maintenance provider is sanctioned by the sanction of annulment according to the current regulation, with the aim of preserving the randomness of the contract as its important legal characteristic, as well as to protect the interests of the legal heirs of the maintenance recipient and prevent abuses when concluding the contract. In the previous Inheritance Law from 1974, this reason for the voidability of the contract on lifelong maintenance was not regulated, so the general rules of the law of obligations on the invalidity of the contract were applied. Namely, if the maintenance provider concluded the contract in order to obtain a disproportionate financial benefit in anticipation of the imminent death of the maintenance recipient, such a contract would be immoral and contrary to good customs, and void according to Article 103 of the Law on Obligations.¹²

The legal and political justification for voiding a life support contract is based on the theory of equitable risk. Namely, in this contract, the element of fairness does not result from an equivalent exchange between the contracting parties, because there is no such equivalence, given the aleatory nature of this contract, but the element of fairness results from the existence of a fair risk. Namely, by concluding the contract, each contracting party agrees to the risk of receiving less than invested, and vice versa, to realize a certain financial benefit.¹³

2. Criteria for determining the lack of randomness - contribution of judicial practice

When it comes to determining the lack of randomness as a reason for annulment of a lifetime maintenance contract, two types of decisions

¹¹ Art. 203(2) (3). Law of Inheritance;

¹² Law on Obligations ("Official Gazette of the SFRJ", no. 29/78, 39/85, 45/89 - decision of the Supreme Court of Justice and 57/89, "Official Gazette of the SFRJ", no. 31/93 and "Official Gazette SCG", No. 1/2003 – Constitutional Charter).

¹³ D. Đurđević, *op.cit.*, p. 268.

are encountered in judicial practice. The first type of decisions is based on the objective criterion of randomness, i.e. the certainty of the death of the maintenance recipient for the maintenance provider is taken into account, but not other circumstances that could be of importance in determining the conscientiousness of the maintenance provider. If, due to the death of the recipient of maintenance close in time, there was no uncertainty for the provider regarding the assumed obligations and the relationship of mutual actions, the contract was annulled on the basis of Art. 203 Law on Inheritance.¹⁴

In certain decisions, especially those made before the adoption of the valid Law on Inheritance from 1995, the courts took the position that if the provider of maintenance at the time of concluding the contract, considering the state of health of the recipient, knew about his imminent death, in that case the contract is against morality and absolutely void within the respect of Art. 103 of Law of Obligation¹⁵. The very provision of the Law on Inheritance that refers to the possibility of annulment of the contract due to lack of randomness (Art. 203 Law on Inheritance) contains the presumption of negligent behavior of the provider of support, because the certain death of the recipient of support within a short time after the conclusion of the contract was the motive for its conclusion. In this sense, the contract is against morality due to the use of its purpose, the acquisition of disproportionate property benefits and the circumvention of the inheritance rights of the legal heirs. If the contract did not represent uncertainty for the provider of maintenance, and he concluded it in bad faith, then such a contract would be immoral and green-handed, so one could rather talk about the reason for the nullity, and not the voidability, of the lifetime maintenance contract.¹⁶

From the analysis of some other court decisions, it can be concluded that the courts were often not only bound by the objective understanding of randomness, which implies a short time period from the moment of the conclusion of the contract to the moment of the death of the recipient of maintenance, but rather appreciated the fulfillment of the conditions for annulment of the contract due to the lack of randomness compared to other circumstances in each individual case.

Thus, in one case, a contract for lifelong maintenance was concluded on

¹⁴ Verdict Judgement of the Supreme Court of Serbia Rev. 1449/2005 from 09.06. 2005. god, Verdict of the Supreme Court of Serbia Rev.762/2002 from 16.05.2002; The verdict of the District Court in Čačak, Gž. 1359/2006 from 01.11.2006.

¹⁵ Verdict Judgement of the Supreme Court of Serbia Rev. 286/04 from 1.9.2005..

¹⁶ Z. Ćirić, N. Stojanović, Some Dilemmas of the Annulment of Maintenance Agreement, Legal life no. 10/2002, p. 609, 610.

11/16/2011. between the son, as the recipient of maintenance, and the mother, as the provider of maintenance. On the part of the mother, as the provider of maintenance, the obligation of lifelong maintenance was constituted in favor of the son, which included the provision of care, providing medical assistance, maintenance of hygiene, obtaining medicines, while the son, as the recipient of maintenance, undertook to transfer to the mother the immovable property he owned at the time of the conclusion of the contract. At the end of August of the same year, the maintenance recipient went to the doctor because of stomach pains, when he was diagnosed with a tumor in the region of the right kidney. Then on October 30, 2011, based on the doctor's instructions, he was admitted to the Urology Clinic for surgery, where on November 30, 2011. and passed away.

The court, starting from the established factual situation, the short time gap between the conclusion of the contract and the moment of the recipient's death, as well as the circumstance that the contract had not even begun to be executed by the donor, concluded that the contested contract was concluded in order to circumvent the legal inheritance rights of the plaintiff (daughter of the testator), and that as such it is void due to an inadmissible basis, and in accordance with Art. 52. Law of Obligation.

The appellate court found that the evidence presented did not indicate that the maintenance recipient would not survive the operation, but that a positive outcome was expected. It is also stated in the explanation of the decision that the defendant took care of the maintenance recipient even before the contract was concluded, so the conclusion of the contract only harmonized the factual and legal situation, so that the conclusion of the contract was not influenced by an impermissible motive to undermine the interests of the plaintiff, as a necessary heir. Concluding that the defendant, as the provider of maintenance, was not aware of the imminent death of her son, as the recipient of maintenance, the second-instance court changed the verdict and rejected the plaintiff's request, with the explanation that the conditions for annulment of the contract based on Art. 203 of the Law on Inheritance, which as a special regulation excludes the application of the general rules of contract law, which refer to the nullity of contracts.

Finally, the review of the plaintiff concluded that due to the incorrect application of substantive law, the factual situation remained incompletely determined. Namely, when deciding on the appeal of the plaintiff, the court did not evaluate what was the *causa* of the contract on lifelong maintenance: was the contract really concluded with the aim of providing lifelong support to the recipient of maintenance, or with the aim of circumventing the rights of the legal heirs?

In the explanation, it is stated that the court of second instance did not take into account all relevant circumstances when determining the inadmissibility of the case, as well as the absence of randomness as a basis for annulment of the contract according to Article 203 Law on Inheritance. Those circumstances are: severe illness on the part of the recipient, the time gap between the diagnosis, the creation of the contract and the death of the maintenance recipient

From the extensive case law relating to the annulment of the contract due to lack of randomness, it also follows that the knowledge of the maintenance provider about the imminent death of the maintenance recipient does not always lead to the invalidity of the lifetime maintenance contract. Namely, in certain court decisions, the position is taken that the contract of lifelong maintenance will not be considered null and void if, at the time of the conclusion of the contract, there is knowledge that the recipient of the maintenance suffers from an incurable disease, and that, in addition, he is an old man, if for a long period of time before the conclusion of the contract the provider took care of the maintenance recipient¹⁷. Also, if the conclusion of the contract on lifelong maintenance was necessary for the recipient of maintenance and the maintenance was actually realized due to the circumstances, the circumstance that due to the illness of the recipient of maintenance his death was certain for the recipient of maintenance, does not cause the nullity of the contract.¹⁸

In addition, if at the time of the conclusion of the contract on lifelong support there was uncertainty on the part of the contracting parties regarding the length of life of the recipient of maintenance, and immediately after the conclusion of the contract it is determined that the recipient of maintenance suffers from a serious and incurable disease, the contract will retain its character of aleatory nature, which is determined by the moment of its conclusion. It is also considered that for the validity of the lifetime maintenance contract, it is also relevant who initiated its conclusion. In this sense, if the recipient of maintenance, who at the time of the conclusion of the contract was in the initial stage of an illness, of which the donor knew, and at the same time the recipient himself initiated the conclusion of the contract on lifelong maintenance (while the subject of the contract is only care and treatment, without the involvement of material funds), then there is no place to cancel the contract due to the lack of randomness.

Based on the analysis of judicial practice, it follows that the uncertainty

¹⁷ Decision of the District Court in Valjevo , Gž. 579/2005 from 07. 04. 2005.

¹⁸ Decision on Court of Appeal, Belgrade. 14786/2010 from 24.11 2011.

of the future event - the death of the recipient of maintenance, must be appreciated not only in an objective, but also in a subjective sense.¹⁹ This means that when evaluating the fulfillment of the conditions for annulment of the contract on lifelong support based on lack of randomness, it must be judged against the specific circumstances, according to the following criteria: illness and age of the recipient of support as parameters of the certainty of his death; the existence of a real need of the maintenance recipient for maintenance and the necessity of that need, was the maintenance obligation performed for a long period before signing the contract? (was it properly executed after the conclusion of the contract?); who initiated the conclusion of the contract etc.

CONCLUSION

From a medical point of view, determining the lack of randomness in the life maintenance contract, and according to the legal wording and judicial practice, does not contain enough objective elements when considering these facts.

In order to prevent abuse of this contract and immoral procedure, the legislator, respecting the Law on Inheritance, sanctioned the lack of randomness by sanctioning destructibility. This type of contract, which lacks randomness, is in its essence both dishonest and immoral, and according to the general rules of the law of obligations, it would be void as such. In order to find some specific direction when deciding upon randomness as the basis for annulment of the contract, some subjective parameters were introduced through judicial practice, such as: the existence of a real need of the recipient of maintenance for maintenance, provision of maintenance by the provider of the recipient, before signing the contract; initiating the conclusion of the contract by the maintenance recipient, etc. As the aleatory nature of the life support contract cannot be completely excluded, because it is linked to the fact of death which is itself uncertain, even when it seems close, the lack of aleatory nature should, in a legal sense, be relativized and viewed as well-founded the expectation of the death of the maintenance recipient in a relatively short time from the moment of concluding the contract.

¹⁹ Verdict of the Supreme Court of Serbia, 2437/2006 од 07.03.2007 - Judicial Practice Bulletin of the District Court in Niš, no. 26/2008;

IS THERE A PLACE FOR CODIFICATION OF MONETARY LAW: DILEMMAS AND OBSTACLES¹

UDK 336.7:340.134
Original research paper

Abstract: *The subject of analysis in this paper is to point out the need for (potential) codification of contemporary monetary law, which is a very challenging and complex task. In that sense, the paper points out the specificity of monetary law norms, and their hybrid legal nature, taking into account the fact that it has elements inherent in both branches of private and public law. The process of eventual codification of monetary law hinders the dynamism and flexibility of monetary legislation, which, although grateful for solving the problem of legal gaps in extraordinary circumstances when monetary law appears as an outstanding example of the right to necessity, on the other hand, make it sublimation difficult. Also, possible work on codification must take into account the tendency of disintegration of monetary law that is current at the national and international level, so from the corpus of general monetary law stands out Central Bank Law, IMF Law, and European Central Bank Law as independent legal discipline, and the question of skillful action of the monetary legislator and fine adjustment of material and procedural sources of this branch of law in a legally and economically effective and efficient way, which is both purposeful and purposeful and as such immanent to the institute of codification of law.*

Keywords: *monetary law, codification of law, monetary order, lex monetae.*

* Associate Professor, Jean Monnet Module for European Monetary Law (MONELA) Academic Coordinator, Faculty of Law University of Niš Republic of Serbia

¹ The paper is the result of research on the project “Responsibility in the legal and social context”, funded by the Faculty of Law University of Niš in the period 2021-2025.

I Introduction

When analyzing the issue of codification of monetary legislation, it should first be kept in mind that monetary law is the response of legal science to the changes that follow the law of value when the range of legal rules in the monetary sphere is tangible. Monetary law, without question, in circumstances where the law of value proves to be rather unstable in all economies of the world, must be treated as a branch of modern jurisprudence. According to *Hirschberg*, monetary law is woven into the very foundations of the overall legal architecture.² Even in circumstances where the law of value would remain unchanged in space and time, this would not at the same time mean the need to abolish monetary law, but would only indicate its indisputable theoretical importance, but reduced practical importance. Nevertheless, this author states that the law of value will probably never be stable, although there were periods in history when the law was characterized by a relative degree of stability (inter alia from the second half of the 19th century in Europe with the introduction of the gold standard, its instability almost acquired the characteristics of a rule and not an exception). Certainly, the monetary problems of pre-war and post-war countries differ greatly in their causes and consequences, but what appears to be a universal problem in all monetary jurisdictions of the world is inflation. Nevertheless, some monetary jurisdictions were not so affected by the consequences of inflation, (such as for example, Australia) but observed in longer time horizons, reduced productivity increases proportionally, technical-technological development accelerates, and new production resources are discovered, due to which some degree of intensity inflation cannot be avoided. Also, in his works, this author especially emphasizes that international monetary problems, which have their reflections on national monetary law, are different only in the degree of manifestation, and not in their type, which we must keep in mind when analyzing the institutions of international monetary law.

As it became clear in the period of the early development of monetary law that its extraterritoriality cannot be ignored, over time came the development of international monetary law, in which the conflict of public versus private interest is emphasized even more. All branches of law simultaneously protect private and public interests, but it is necessary to establish an *appropriate balance* in the protection of those interests. Historically speaking, monetary law was created to protect state interests,

² Eilyahu Hirschberg, "Monetary Law and Monetary Crises", *Comparative & International Law Journal of Social Affairs* 9, 1976, 226-230.

but over time the share of protecting private interests also increased, as a result of which some authors believe that monetary law cannot be unilaterally placed in the group of public or private law. That is why the legislator must transform the existing matter of monetary law, because monetary problems can no longer be treated as temporary, and the law of value is an expected regularity that always occurs after the passing of the transitional period. At this point, we must point out the fact that the law of value is economic legality, not legal legality (social relationship regulated by a legal norm), which, *in our opinion*, was the main problem of unsatisfactory results in the application of the rules of early monetary law.

II On difficulties in (potential) codifying monetary legislation

The lack of understanding of the legislator in connection with the previously explained, i.e. the identification of economic regularities with legal regularities made it difficult for the development and application of monetary legal thought even at the initial stage of its recognition and the birth of awareness of the necessity of legal regulation of monetary problems in an optimal way, and thus the eventual issue of the systematization of monetary norms in a single act. In the circumstances when the legislator showed passivity in adequately regulating the monetary legal matter, the only possible form of reform was the one carried out “from below”, i.e. which originates from the citizens themselves who live under a particular monetary jurisdiction.³ Such examples were particularly characteristic of Great Britain, where the “stop and go policy” initiative gave good results in the fight against inflation. The purpose of this initiative is to acquaint citizens with the state’s responsibility in solving monetary problems and to appreciate their reasoning about the phenomenon of inflation and all the consequences it brings with it for their daily lives. Therefore, today, more than ever before in monetary history, there is a need to increase the number of institutes and specialized associations dealing with the issue of monetary law, a greater degree of involvement of the academic community, which must show a much higher level of interest, because national and international monetary law in the era of inflation represents an effective legal barrier against the harmful consequences of economic crises.

Moreover, it sometimes seems that positive monetary law is placed in a strategic position between the causes of inflation and providing resistance

³ Eilyahu Hirschberg, “Contemporary Monetary Problems and Their Legal Effects“, *Acta Juridica*, 1983, 280.

to inflation, but in its current form does not provide a sufficient contribution to society in solving and controlling current economic problems. Therefore, it must be borne in mind that work on the development of monetary law must be carried out continuously because it is a reflection of the additional dimension of the problem of financing economic development and reaching full employment, i.e. financing social and economic progress, which is why it must not be treated as an autochthonous area of law. A major contribution to the development of modern international monetary law on the determination of codification guidelines for this matter is provided by the Committee for International Monetary Law, which operates under the Association for International Law (founded in 1957). The work of this most influential Committee of the Association includes a comprehensive, reasoned, and critical study of the legal aspects of money, payment systems, currency relations, and the concept of financial stability.

The subject matter of the Committee's study in particular includes the study of the following areas:⁴

- defining international financial standards;
- procedural aspects of their development and implementation;
- applications to different sectors and corporate structures within the broader financial industry;
- adaptation of basic principles from industrialized economies to developing markets and other legal traditions (eg Islamic banking);
- legal issues related to the European Economic and Monetary Union, events in other (non-legal) areas according to areas in the area of currency and the use of foreign exchange (observed from an international perspective);
- cross-border cooperation and challenges in the financial industry's efforts to combat money laundering and terrorist financing, as well as cross-border cooperation to promote resilience in the financial sector;
- issues related to capital control in agreements on free trade and investments (especially in the segment of cooperation with the Committee of the Association for International Law on Foreign Investments);
- restructuring of the state debt (public debt management policy and primarily public loans) and;
- issues of international financial law arising from the insolvency of international financial institutions.

⁴ *Current Work Program of International Monetary Law Committee of International Law Association – MOCOMILA*. Available at: <https://www.mocomila.org>.

The Committee is composed of leading theoreticians of international monetary law, top officials from international monetary institutions, central banks, and distinguished lawyers with many years of experience in the field of monetary disputes, which represent a special category of administrative disputes. Today, the Committee acts as the main initiator of new trends in this branch of law, organizes conferences dedicated to the issue of international monetary relations, and holds regular meetings whose reports are an indispensable source of the correct application of international monetary law at the global level.

In this way, a great contribution is made to shaping the discipline of international monetary law in the way it deserves and demystifies the content of international currency relations, which often seem very abstract to citizens and under the “veil” of financial interests of global actors, incomprehensible to ordinary citizens, who have the right to live in economic systems that are monetarily stable.

III Heterogeneous classification and sources of (international) monetary law as a factor of difficult codification

Our opinion is that international monetary law means the entirety of legal norms that regulate the manner of implementation and ensure judicial protection of state monetary prerogatives in the international environment understood in the broadest sense of the word. More concise definitions can be derived from this approach, which would conditionally speak, lead to making distinctions between the subjects of study of procedural and substantive international monetary law. Procedural international monetary law would imply the entirety of legal norms that determine the establishment, work, and jurisdiction of international monetary institutions (such as the IMF and the ECB), while substantive international monetary law would regulate the content of public monetary law relations with an element of extraterritoriality (the area of public debt management and providing financial aid). In the circumstances of monetary integration, such classifications remain of relative scope, because the creators of monetary unions must simultaneously pay attention to both norms, which must be mutually harmonized to the greatest extent possible. That consistency becomes inevitable because the material dimension always cuts through the formal dimension when constituting the pillars of future monetary unions and strengthening the existing ones.

Also, the subject of international monetary law can be approached according to the criterion of territorial validity of monetary legal norms.

Thus, conditionally speaking, we could make differences between international monetary law with the narrower (regional) application, such as European monetary law, or better said monetary law of the European Union, and global (such as the law of the IMF and the World Bank). International monetary organizations such as the IMF, the World Bank, and the ECB represent much more than ordinary international organizations because their actions significantly influence the pillars and physiognomy of the entire international order, which means that they not only apply the law but also create their own the law whose addressees are states and other international monetary entities that emulate them in their work and are at a lower level of the hierarchical ladder (national central banks, public debt management agencies, pension funds, and other institutional investors).

Based on the mentioned classifications, we can determine the primary and secondary sources of international monetary law. Primary sources are embodied in the provisions of the so-called founding acts of the EU (Treaties of Maastricht, Amsterdam, Nice, and Lisbon), the Agreement on the establishment of the IMF and the World Bank, as well as in the provisions of the national monetary legislation that regulates the work and establishment of central banks and the area of public debt management. Secondary sources are embodied in the provisions of the so-called soft law, which is elaborated by the norms of secondary legislation, namely: the statute on the work of central banks, the strategy of public debt administrations, and the protocols attached to the IMF Agreement. A special place among secondary sources is occupied by *sui generis* interstate agreements from the domain of new models of macroeconomic management in the Eurozone (Treaty Establishing European Stabilization Mechanism and the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, i.e. the Fiscal Agreement), the legal nature of which was the subject consideration before the constitutional courts of the member states, and later by the European Court of Justice precisely because of its non-compliance with the provisions of the primary legislation in the sphere of centralized monetary policy. It is characteristic of the mentioned secondary sources of international monetary law that they were created as an institutional response of the EU to the consequences of the global financial crisis, so their ratio is the protection of economic stability, not so much legal certainty, which is an atypical situation, but the development of events required it, in order not to avoid the fiscal moratorium.

We must not forget that the importance of secondary sources in monetary law is extremely great because they fill legal gaps in the existing provisions of primary law and more concisely regulate the conditions for the

implementation of the monetary norm. The rigidity of hard law cannot follow the dynamics of monetary relations, because the procedure for amending laws (and especially international agreements) is quite complicated and burdened with technocratic requirements, so the flexibility of soft law is its advantage in newly emerging economic circumstances that the legislator could not foresee when shaping the primary legislation. Precisely for the mentioned reason, we can see the practical importance of the economic education of lawyers, who must know the basic principles of macroeconomic models that economists use and, if it is possible by the nature of things (and we think that it is in the case of monetary legal regulations), determine the economic effects of the application of specific legal regulations. norms, because a good lawyer is a law that, in addition to normative efficiency, must also meet the condition of economic efficiency, which is of essential importance for the optimal regulation of the economic system of a country.

The principles of international monetary law are determined by the rules of national monetary law that have their extraterritorial dimension, but also by newly emerging circumstances in cases of global economic and financial crises when states conclude special international agreements with new monetary institutes when they form monetary unions or join international monetary and financial organizations. This means that in international monetary law we can distinguish borrowed principles (from the sphere of national monetary law and international economic and financial law) and original principles, which its subjects independently develop. The theoretical understanding of these principles as primary (in the context of borrowed) and secondary (in the context of original) would be only relative and as such superfluous, because both must be respected by monetary subjects of all levels of government. Only through their synchronized action is it possible to contribute to the achievement of international monetary stability.

Today, the most important original principles have found their place and confirmation in the new legal mechanisms of economic policy coordination within the Eurozone and are prescribed by the provisions of the EU founding treaty and the Washington Agreement on the Establishment of the Bretton Woods System. Of course, these principles cannot be viewed in isolation from the principles of national monetary law, which are determined by national monetary legislation (laws, monetary strategies, and especially strategies for public debt management). The complex and flexible nature of the principles largely makes the problem of codification a difficult and long-lasting procedure in practice that may require a large amount of time. According to the aforementioned, the basic principle of monetary law is the principle of *lex monetae*, which implies that subjects who conclude

a contract on public credit are in principle free to choose the currency in which it will be denominated (expressed), but once they make that choice, no subsequent decisions of the state that issues that currency cannot affect its validity. This means that the replacement of the existing currency with a new one (which could be observed in some countries during the period of hyperinflation to avoid the complete collapse of the monetary system), does not affect the very nature and duration of the contractual monetary obligation.⁵ In the monetary literature, it is stated that this principle does not only determine the currency unit but also determines its sub-units as well as concrete objects that have the status of legal tender. The validity of the principle in the event of a change of currency unit is particularly important due to the protection of the interests of the creditor of the public loan, as well as the debtor, considering that such conversions in his absence can have serious legal and economic consequences.

From a broader point of view, it is clear that the principle of *lex monetae* is in the function of protecting legal certainty and the interests of contracting parties acting *bona fides*. The principle itself finds its foundation and recognition in the Charter of the United Nations in Art. 2 st. 7 albeit in the form of state nominalism, i.e. state theories on the legal definition of money. The *lex monetae* principle can also be defined negatively, i.e. as the inability of states to influence the determination of monetary units in other states. In the literature on monetary law, one can find different theoretical approaches to the content of the principle. Thus, the famous French theoretician of European monetary law, *Louis*, makes a distinction between the principles of *lex monetae* in the narrower and broader sense.⁶ The narrower definition includes the right to define the currency (especially the segment of replacing the old currency with a new one), while the broader definition includes all legal and bylaws that protect the domestic currency.⁷ The narrower definition received its interpretation at the Taipei Conference of the MOCOMILA, understood as “the right of a state or a group of states that have a common currency to define or redefine a currency unit and to determine the exchange rate between the new and the old currency unit (that is, the unit that they

⁵ Bertold Wahlig, “European Monetary Law: The Transition to the Euro and the Scope of *Lex Monetae*“, in *International Monetary Law: Issues for the New Millenium* (ed. by Mario Giovanoli), Oxford University Press, 2000, 122-123.

⁶ Jean-Victor Louis, “The New Monetary Law of European Union“, in *International Monetary Law: Issues for the New Millenium* (ed. by Mario Giovanoli), Oxford University Press, 2000, 153-154.

⁷ Rosa Maria Lastra, *International Monetary and Financial Law*, Oxford University Press, 2015, 16-17.

want to replacements) which includes defining the so-called The mentioned principle of *lex monetae*, under which the right of currency is understood, should not be confused with the principle of legal continuity (*lex contractus* or *lex cause*), which implies the freedom of will of the contracting parties to conclude a certain contract.⁸ Its content includes the issue of legal protection of the interests of the contracting parties in the event of a change in certain circumstances under which the contract was concluded, i.e. the issue of its validity, which in the field of monetary obligations has special consequences in the case of the conversion of the currency in which the public loan contract was concluded. In the conditions of monetary integration, this principle was particularly relevant during the formation of the EMU, through the phases of liberalization of economic and financial flows, the creation of the European Monetary System, and the introduction of a single European currency. Precisely for this reason, Regulation 1103/97 confirmed the continuity of previously concluded contracts on monetary flows and transfers to protect the interests of the legal order, and especially the principle of already acquired rights (principle of retention).⁹

Although the aforementioned principle, according to its nature, primarily has a territorial application, *Mann* notes that in certain situations it can also enjoy extraterritorial application (validity).¹⁰ These are cases of depreciation, devaluation, non-revaluation of the currency, and the imposition of foreign exchange controls. We believe that it is very important to point out this fact because some authors in Serbian jurisprudence think that national monetary law cannot be subject to control before international courts, which is also established in Art. 36 of the Statute of the International Court of Justice. Similarly, the right to determine the value of the currency on a special basis is obtained when using a foreign public loan during the capitalization of the budget deficit. A change in the value of the domestic currency does not constitute a violation of the norms of international monetary law and the state will not be responsible for the consequences towards the loan creditors, with the permissibility of such changes gaining special importance in cases of devaluation and revaluation of the domestic currency. Of course, if the motive for the realization of this right is connected with the intentional causing of damage to the creditors of the loan or is fundamentally discriminatory, it will

⁸ International Law Association, *Taipei Conference*, Committee on International Monetary Law, 1998.

⁹ J. V. Louis, 150-151.

¹⁰ Charles Proctor, *Mann on the Legal Aspects of Money*, Oxford University Press, 2005, 505-509.

be narrowed in legal transactions.¹¹ It is for this reason that Articles IV and VIII of the Agreement on the IMF establish limitations to this authority, in terms of the prohibition of the application of the gold standard, manipulation of the change in value that threatens effective payments, or the acquisition of benefits and unfair competitive advantages over other members, as well as involvement in the practice of multiple exchange rates (which is strictly prohibited). When it comes to the extraterritorial effects of this authority, the principle of monetary nominalism leads to the recognition of devaluation and revaluation carried out by the debtor state when it affects the value of bonds denominated in that currency. The basic reason for studying the science of international monetary law is reflected in the need for the legal regulation of international monetary relations that changes the scope of the components of monetary sovereignty.¹² In this sense, *Cohen* states that in modern circumstances states must establish, regulate and manage international monetary relations in a way that is at the same time compatible with the hegemony of national monetary goals, on the one hand, and the preservation of international monetary stability, on the other.¹³ This does not mean that the international monetary order is “benevolent” to all national monetary interests. It is clear that due to the conceptual disagreement between the programs of national and international monetary policy, the legislator must often carry out a certain trade-off.

Of course, we must point out that the forms, structure, and contracting techniques of international monetary returns that are formalized by concluding international agreements (bilateral, multilateral, or in the form of conventions) have changed significantly in the period since the classical gold standard ceased to be valid. The dynamics in the regulation of specific legal-economic relations are accompanied by a change in the consciousness of legal entities, which is why the process of finding a compromise solution can be quite complicated and thwarted by the inexorable legal argumentation of monetary entities, which appears in all “issues of state money” as an issue of special importance for life and the survival of a nation. Namely, the interests of states in establishing legal regulation over international monetary relations cannot be unilaterally reduced to economic or political, because there is a whole series of other (non-economic) factors such as geographic, cultural,

¹¹ Marko Dimitrijević, *Institucije međunarodnog monetarnog prava*, Niš, 2018, 20-39 & Srđan Golubović, Marko Dimitrijević, *Vodič kroz monetarno pravo EU*, Niš, 2020, 19-20.

¹² Francois Gianviti, “Current Legal Aspects of Monetary Sovereignty“, *IMF Current Developments in Monetary and Financial Law No. 4*, 2008, 3-16.

¹³ Benjamin Cohen, *Organising the World's Money*, Harpers Collins Publishers & Macmilian Ltd, 1977, 1-19.

ideological, and even affective that determine their appearance in practice.

At this point, the question must be raised whether principles and customary rules can have primacy over legal rules in the regulation of international monetary relations, i.e. a common practice that was created by the international monetary order. Of course, it is obvious that in the absence of a legal rule that would be applied to a specific national problem (issue) from international monetary relations, a specific principle or a customary rule will be subsidiarily applied, although in most cases the absence of a specific legal rule also means the absence of a principle (even when it's about the principle of freedom of contract).¹⁴

The very concept of the international monetary system today is primarily defined in a legal sense. For the first time, the term is used as part of the General Arrangements to Borrow, which is an integral part of the IMF Founding Agreement. As such, the term has been used in legal traffic since January 5, 1962 (more precisely, it became effective after the entry into force of the deferral clause implemented on October 24), when a loan agreement was concluded between the IMF and ten borrowers, eight of which were leading member countries, and the remaining two central banks of member countries. The term itself gained far greater legal significance when it was incorporated into the Second Mandate. Agreement on the IMF, although it is not mentioned as such anywhere in the basic text of the Agreement. In the usual sense, this term includes relations between countries that are members of the IMF, which oversees the management of the entire international monetary system. The fact is that the international monetary system, which is subject to the regulation of norms of international monetary law, cannot be reduced to a simple sum of national monetary systems (i.e. their national monetary regulations), participating states in international monetary relations, because it is a kind of legal institute characterized by supranational rules, supranational entities and global legal-economic consequences.

Consequently, we believe that there is a relationship of complementarity between the international and national monetary systems because a well-ordered and established national system also implies a functional supranational system. This means that the legislator must make greater efforts in creating and searching for optimal monetary rules, the effects of which will spill over to the international monetary environment, and when this is not possible, the international environment must impose its own rules on “weak” national monetary authorities and thus establish a balance. The conclusion is that the logic of both systems is the same, but the independent

¹⁴ Joseph Gold, “Public International Law in the International Monetary System“, *SouthWestern Law Journal* 799, 1984, 36-37

ways of its manifestation are different, which is very useful because the shortcomings of a weak national monetary system can be replaced by the authoritative and credible action of the international monetary system.

IV Instead of a conclusion

Legal regulation of international monetary relations is a necessary condition for maintaining monetary stability, both at the national and international levels. In the conditions of globalized capital flows, the effects of monetary instability embodied in the undermining of the authority of monetary jurisdiction, the collapse of the monetary system, and the relativization of the functions of monetary (state) management, are not territorially limited only to the area within the scope of the specific monetary legislation but spill over to other states that are not affected. They must be geographically close but can represent their foreign trade partners. The reason for the spillover of monetary instability lies in the fact that all monetary jurisdictions inevitably participate (either directly or indirectly with varying degrees of intensity) in the creation of the international monetary order, the fundamental principle of which is the preservation of monetary balance as a basic component and prerequisite for general economic stability.

The contribution of states in the implementation of the aforementioned principle can differ from one another depending on the level of development of monetary awareness, as well as solutions in positive monetary legislation, which must be regulated by special monetary legal regulations outside the branch of private (civil law), which normally happened in the period when monetary integration they were not so pronounced. Monetary legal regulations represent *sui generis* legal sources, whose object of social protection as a specific legal subject is determined by the need for optimal regulation, management, and protection of relations in which monetary agents (public legal entities) participate. The specificity of monetary legal norms is conditioned, among other things, by the sophisticated authority of monetary institutions that participate in their creation and implementation. At the national level of monetary management, these are central banks, audit institutions (organized as judicial or administrative), and public debt management agencies, as well as other subjects of monetary policy that participate as participants in monetary procedures. At the international level, the primary subjects are the International Monetary Fund and the European Central Bank, which with their jurisdiction *ratione materiae* not only apply existing monetary norms but also create their law that exists within the

international monetary legal corpus relatively independently of Community law. This confirms the fact about the process of disintegration of international monetary law, which has reached a high level of development sufficient to enable the start of the process of disintegration, and thus we can talk about the Law of the IMF and the Law of the ECB. Certainly, the World Bank and the Bank for International Settlements have an indisputable influence on the development of monetary flows, but *their ratio* of action is not limited only to the monetary operations of public law collectives (states or monetary unions), but is much broader, which is why they have secondary importance in the field of legal regulation. external effects of intervalular relations.

The International Monetary Fund is the actor primus in preserving the assets and improving the international monetary order. This task is fulfilled by promoting international monetary cooperation, which from an abstract category becomes very concrete, which is made possible by the derogation and abrogation of existing monetary legal solutions. Although the International Monetary Fund occupies a central place in the global financial architecture, its main task is to achieve monetary stability, because it is primarily a monetary (not financial) institution, which in practice is lost from sight. The process of creating a global economic system has fundamentally changed the way monetary sovereignty is realized in practice, which is a prerequisite for the full realization of fiscal and financial sovereignty, given that it first developed in Roman law (and before the actual formulation of the concept of state sovereignty, of which it is a constitutive element). Although critics point out that the creation of modern monetary unions led to the narrowing of significant components of monetary sovereignty, especially in the part of the *lex monetae*, we believe that it is only a matter of adapting the monetary rights of the state to complex economic circumstances and business environment in which it is better for monetary sovereignty to become supranational rather than national (i.e. cooperative) for the sake of protecting the principles of *lex contractus* and *lex monetae*. The process of evolution of monetary law, and especially of its key institutions such as monetary sovereignty, is best illustrated by the current structure of monetary law of the European Union. Namely, in the conditions of the debt crisis, member states have become particularly aware of the importance that the legal concept of economic policy coordination has on the normative and economic efficiency of monetary solutions. Also, the primary sources of monetary legislation, due to their rigidity and difficult amendment procedure, in a certain sense became a relic of the traditional settings of economic integration and therefore had to be supplemented by the provisions of secondary legislation embodied in new institutional

models of economic management, which also initiated monetary disputes before the European Court of Justice.

The actions of the supreme court in fiscal disputes (related to the application of fiscal rules) and monetary disputes (in which there was a full realization of the active and passive procedural legitimation of the European Central Bank) indicated the necessary need for the education of judges and the acquisition of specialized knowledge in the field of monetary law. The role of soft law in the optimal regulation of monetary relations is crucial because it balances between extremely dynamic monetary events that require the intervention of public authorities, on the one hand, and insufficiently adaptable primary monetary legal sources, whose slow and complicated change potentially threatens to deepen the external time-lag into the part concerning the desired result, on the other hand. This does not mean that secondary legal sources are in a conflicting relationship with primary ones, because we must not forget that primary legal sources are the *conditio sine qua non* of determining the monetary order and its legality and legitimacy, but the hybrid character of monetary law in certain circumstances may also give priority to the precedents presented in secondary legislation (remember the case of the clause prohibiting joint and several liabilities for public debt, which was relativized in practice). The aforementioned does not speak of the imperfection of monetary norms, but, in our opinion, only confirms the “viability” of this branch of law, which does not pretend to be perfect in its nomotechnics, but is far from real events in the economic sphere of social life. As monetary law stands in a close synthetic-dialectical relationship with monetary finance as an economic discipline, the fact that in certain cases secondary legal sources protect economic stability against legal ones is not so surprising. Moreover, the question arises whether the implementation of monetary norms in moments of crisis relativizes the distinction between legal and economic security so that instead of separate (opposing) levels, it is viewed as the same social value, which again speaks of its sophisticated nature that overcomes all the limitations of the others types of legal norms that cannot withstand the “test” of global earthquakes.

All of the above confirms the thesis that the eventual codification of monetary law is a very ambitious project due to the difficult-to-separate influence of the European and international monetary body and conceptual solutions and values from national monetary legislation, the logical and prior connection of monetary norms to the economic sphere of monetary policy as a constituent segment of the general economic policies that require familiarization with macroeconomic categories and easy access to smartly implemented specifications. Nevertheless, the advantages of the existence

of unique monetary solutions in one legal layer would contribute to a more consistent application of monetary norms, which meant that the procedure, even though it is present only in the conceptual phase, is not unfathomable if there is synergy between the main actors who must participate in it.

Др Урош Здравковић, доцент^{*}
Мајдалена Крњић, адвокат^{**}

ПРАВО КУПЦА ДА ТРАЖИ ИЗВРШЕЊЕ ОБАВЕЗЕ ОД ПРОДАВЦА УСЛЕД ПОВРЕДЕ УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ

UDK 347.751:339.5(094.2)
Original research paper

Апстракт: Рад се бави анализом чланова 46-48 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (даље и: Конвенција, Бечка Конвенција, БК). Ове одредбе уређују правна средства купца у случају повреде обавезе од стране продавца и њихов примарни циљ је очување уговора. За коришћење правних средстава из наведених одредаби није од значаја о каквој се повреди ради, тј. да ли је у питању обична или битна повреда. Купац, најпре, може од продавца тражити извршење обавезе. Купац има право и да тражи замену робе која је испоручена, у случају да је роба несаобразна и да је од стране продавца учињена битна повреда уговора. Затим, купац може тражити и исправку испоручене робе, а може и доделити продавцу додатни рок за испуњење обавезе. На крају, Конвенција предвиђа, под одређеним условима, могућност да продавац и после истека рока за испоруку, на свој прошак отклони свако неизвршење својих обавеза.

Кључне речи: повреда уговора о међународној продаји робе, правна средства купца.

1. Уводне напомене

Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (у даљем тексту: Бечка конвенција;

^{*} Правни факултет Универзитета у Нишу

^{**} студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Нишу

¹ Рад је настао на основу Уговора о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2021. години, евиденциони број 451-03-9/2021-14/200120.

Конвенција; БК) уређује исцрпно правна средства којима располажу обе уговорне стране (купац и продавац) услед повреде уговора коју чини друга уговорна страна. Начелно, правна средства услед повреде уговора се, према одредбама Конвенције, могу разврстати у две категорије: а) средства која су намењена очувању уговора (у складу са општим начелом Конвенције *in favorem contractus*) и б) средства којима се уговор раскида. Раскид уговора Конвенција третира као *ultima ratio*,² онда када ни једно друго средство не представља довољно задовољење.³ Будући да је Конвенција наклоњена очувању уговора, у њеном тексту се наглашавају средства која служе опстанку уговора на снази. Она су, у односу на купца, обухваћена и уређена члановима 46-48 Конвенције. Другим речима, полази се од претпоставке да уговорне стране имају интерес и вољу да се уговор одржи, чак и уколико је дошло до одређених проблема у извршавању обавеза.⁴ Због тога, код одређивања ранга између понуђених средстава, Конвенција на прво место (како код купца, тако и код продавца) ставља право да се захтева испуњење уговора. Право да се тражи испуњење уговора, заправо, не представља ново право, већ иницијално право из закљученог уговора.⁵ Скупу одредби које садрже средства која служе очувању уговора треба придодати и члан 50 Конвенције који уређује право купца на снижење цене. Ова тема, ће, међутим, бити изостављена из предмета рада, будући да се функција члана 50 БК не тиче извршења уговора од стране продавца, већ се њоме уређује могућност за купца да једнострано коригује цену и тиме постигне једнакост престација.

У ширем смислу, правна средства која купцу стоје на располагању у случају повреде уговора од стране продавца уређена сучланом 45 Бечке конвенције. Члан 45 БК је одредба која има уводни и прегледни карактер. Пружа општи каталог правних средстава која стоје на располагању купцу у случају да продавац учини повреду уговора и њен текст гласи:

² Пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Gravestones*, бр. 8 Ob 22/00v, од 07. септембра 2000. године (CLOUT case No. 428).

³ Јелена Вилус, Славко Царић, Стеван Шогоров, Душанка Ђурђевић, Драго Дивљак, *Међународно привредно право*, Нови Сад, 2008, с. 242.

⁴ Peter A. Piliounis, *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) Under the CISG: Are These Worthwhile Changes or Additions to English Sales Law?*, *Pace International Law Review*, бр.12(1), 2000, стр. 1-46, с. 5.

⁵ Радован Вукадиновић, *Међународно пословно право*, Крагујевац: Центар за право ЕУ, 2012, с. 547.

„(1) Ако продавац не изврши било коју своју обавезу коју има на основу уговора или ове Конвенције, купац може:

(а) користити се правима предвиђеним у члановима 46 до 52;

(б) захтевати накнаду штете предвиђену у члану 74 до 77.

(2) Купцу није ускраћено право да захтева накнаду штете иако се послужио другим средством.

(3) Ако се купац користи средством које је предвиђено за повреду уговора, суд или арбитража не могу одобрити продавцу пројужење рока.“

За коришћење правних средстава из члана 45 Конвенције није од значаја о каквој се повреди ради. Битно је да се ради о повреди обавезе која произлази из уговора, из Конвенције или из обичаја и праксе којима су стране везане. Ова одредба БК је од значаја и због тога што успоставља основ за купчево право на надокнаду штете, које је потом разрађено посредством других одредби Конвенције. Без обзира о каквој се повреди ради (у погледу врсте и интензитета), купац ће увек имати право на надокнаду штете, уколико се она утврди (осим уколико не постоје услови за ослобођење од уговорне одговорности на основу члана 79 БК). Такође, право на надокнаду штете егзистира независно од других правних средстава која предвиђа члан 45 БК, што значи да купац увек може захтевати надокнаду штете паралелно са неким другим захтевом.⁶

Средства којим располаже купац у случају продавчеве повреде обавезе нису исцрпно дефинисана у члану 45 Конвенције. Њихова разрада је обезбеђена у одредбама које следе након овог члана. Значај ове кровне одредбе се огледа, између осталог, у предупредивању купца да се користи правним средствима која у њеном тексту нису наведена. Купац, наиме, то може покушати путем позивања на одређено национално право, које дозвољава коришћење правних средстава која нису препозната у БК. Општа енумерација правних средстава у члану 45 унапред искључује такву могућност, због тога што Конвенција не дозвољава примену националног права за она питања која су уређена њеним одредбама.⁷

⁶ Видети, на пример, пресуду Окружног суда у Хајлбруну (Немачка) у предмету *Film coating machine*, бр. 3 KfH O 653/93, од 15. септембра 1997. године (CLOUT case No. 345).

⁷ Пресуда Окружног суда Јужног дистрикта Њујорк у предмету *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.* од 10. маја 2002 године; пресуда Окружног суда Источног дистрикта Кентаки у предмету *Sky Cast, Inc. v. Global Direct Distribution, LLC* од 18. марта 2008. године.

Право купца да се користи било којим правним средством условљено је повредом уговора од стране продавца. Повреда уговора се састоји од неизвршења, или неуредног извршења, било које обавезе која је предвиђена уговором, Конвенцијом, праксом уговорних страна или трговачким обичајима.⁸ Притом, интензитет повреде није релевантан, осим у случају када купац жели да раскине уговор. Тада повреда уговора мора да буде битна. Такође, разлози за повреду уговора од стране продавца нису важни. Није од значаја ни чињеница да ли је продавац поступао са намером или непажњом.⁹

Позадина било које одлуке купца у погледу избора правног средства због повреде уговора од стране продавца, лежи увек у економским разлозима. Купац, као трговац, ће проценити да ли му се више исплати да тражи извршење уговора, да захтева смањење цене, или да раскине уговор.¹⁰ Наравно, све ово под условом да постоје одговарајући услови за коришћење тих правних средстава.

Члан 45 БК изричито искључује могућност за судове или арбитраже да одобре продавцу продужење рока за извршење обавезе, ако се купац користи средством које је предвиђено за повреду уговора. Према ставовима у литератури, два су разлога овог искључења. Први је што би таква дискреција суда или арбитраже могла имати за последицу неодговарајуће продужење рока извршења обавеза продавца, што није у складу са потребама међународне трговине. Други разлог је што би дискреционо право суда или арбитраже на продужење рока извршења обавезе продавца, могло фаворизовати продавца у спору који се решава пред судом или арбитражом уземљи његовог седишта.¹¹

⁸ Пресуда Привредног суда Кантона Цирих у предмету *Art books*, бр. HG970238, од 10. фебруара 1999. године (CLOUT case No. 331); пресуда Вишег регионалног суда у Кобленцу у предмету *Wine bottles*, бр. 2 U 923/06, од 14. децембра 2006. године (CLOUT case No. 724); пресуда Провинцијског суда у Мадриду у предмету *Doña Amparo Camazón Linacero v. xxx* од 20. фебруара 2007. године (CLOUT case No. 850).

⁹ Пресуда Привредног суда Кантона Цирих у предмету *Art books*, бр. HG970238, од 10. фебруара 1999. године (CLOUT case No. 331).

¹⁰ Arsi Pavelts, Karin Sein, The Buyer's Right to Require Reimbursement for Repair Costs of Defective Goods under the CISG, the CESL, and Estonian Law, *Juridica International*, бр. 21/2014, 2014, стр. 147-158, с. 149.

¹¹ Александар Ђирић, *Међународно трговинско право – Посебни део*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2018, с. 164.

2. Право купца да од продавца захтева извршење обавезе

Право купца да од продавца захтева извршење обавезе уређено јечланом 46 БК: „*Купац може захтевати од продавца извршење његових обавеза ако се не користи неким средством које би било сујројно таквом захтеву*“ (члан 46(1) БК).

Предуслов за утемељеност оваквог захтева купца је да продавац није извршио, или није ваљано извршио, неку од својих обавеза која произлази из уговора, Конвенције или обичаја или праксе којом су уговорне стране везане. Међутим, то се не односи на ситуацију када је продавац извршио испоруку несаобразне робе, будући да је то уређено ставовима 2 и 3 члана 46 Конвенције. Ово правно средство купац може користити у околностима повреде других обавеза од стране продавца, попут доцње са испоруком, неиспуњења обавезе предаје робних докумената, преноса права својине и др.¹² Притом, није неопходно да повреда уговорне обавезе буде битна.

Купац не може увек судским путем тражитипринудно извршење обавезе од стране продавца. Наиме, сходно члану 28 БК, суд није дужан да донесе пресудуо извршењу у натури. Другим речима, купац може увек од продавца тражити извршење обавезе, али у односу који егзистира изван формалног судског или арбитражног поступка. Пред судом или арбитражом купац може истицати право на надокнаду штете, која се исказује у монетарној форми. Са друге стране, члан 28 Конвенције ипак дозвољава могућност да купац и пред судомзахтева принудно извршење обавезе. Суд није дужан да уважи такав захтев, али може у пресуди наложити продавцу извршење обавезе, ако би то учинио према правилима сопственог права за сличне уговоре о продаји на које БК не односи.¹³Због тога, стране које закључују уговоре на које се примењује Бечка конвенција морају узети у обзир*plex fori*будући да од тога зависи да ли ће им ово правно средство бити допуштено или не.¹⁴Уважавање таквог захтева од стране суда било би целисходно

¹²Сандра Фишер Шобот, *Право међународне продаје*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2014, с. 167.

¹³UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York: United Nations, 2016, с. 221. Континентални правни системи дозвољавају могућност принудног извршења уговорне обавезе, за разлику од правних система англосаксонског правног подручја. Члан 28 БК, стога, представља одраз компромиса између два правна система. Видети: Jack Graves, Penalty Clauses and the CISG, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 30, 2012, стр. 153-172, с. 171.

¹⁴Katarina Jovičić, *Zahtev za izvršenje ugovora prema Bečkoj konvenciji o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, *Pravni život*, бр.11, Том III, 2011, стр. 389-406, с. 395.

једино уколико је предмет уговора врло специфична или уникатна роба.¹⁵ Уколико је предмет уговора роба која се лако може набавити (нпр. берзанска или друга генерична или распрострањена роба), купац може без неразумних напора извршити супститутивну трансакцију. Тада би било нецелисходно и неразумно тражити од суда да принуди продавца да изврши своју обавезу. У том случају, купац би од продавца би евентуално потраживао надокнаду штете, која се увек исказује у монетарној форми. Ваља, на крају, напоменути да су случајеви где купац захтева принудно извршење обавезе ретки у пракси и да члан 28 БК до сада није имао нарочиту примену.¹⁶

Да би се купац ефикасно користио овим правом, потребно је да извршење обавезе буде могуће и изводљиво. С тим и вези, право купца да захтева од продавца извршење обавезе може бити ограничено услед одређених специфичних околности. Уколико је на пример, продавац требало да испоручи уникатну робу, која је пре испоруке уништена или пропала, испуњење захтева купца за извршење обавезе би постало немогуће.¹⁷

Купац не може тражити извршење обавезе уколико се истовремено служи неким другим правним средством које предвиђају одредбе члана 45 Конвенције. Купац не може тражити извршење обавезе уколико је изјавио да раскида уговор. Такође, уколико се купац користио правом на смањење цене, у складу са чланом 50 БК, онда не може захтевати од продавца извршење уговорне обавезе.¹⁸ Поред тога, када је купац својом радњом или пропустом узроковао неизвршење уговора, онда губи право да захтева од продавца да изврши обавезу.¹⁹

Захтев купца да се уговорна обавеза изврши мора бити јасан и недвосмислен.²⁰ Бечка конвенција у члану 46(1) не предвиђа рок

¹⁵ Видети: Anthony T. Kronman, Specific Performance, *The University of Chicago Law Review*, Бр.45, 1978, стр. 351-382, с. 355 и даље; Avery W. Katz, Remedies for breach of contract under the CISG, *International Review of Law and Economics*, Бр. 25, 2006, стр. 378-396, с. 385.

¹⁶ Harry Flechtner, Buyers' Remedies in General and Buyers' Performance-Oriented Remedies (25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods), *Journal of Law and Commerce*, Бр. 25, 2005, стр. 339-347, с. 345.

¹⁷ Пресуда Окружног суда Јужног дистрикта Њујорк у предмету *Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq*, 573 F.Supp.2d 781 од 20. августа 2008. године.

¹⁸ UNCITRAL Digest... (2016), *op.cit.*, с. 221.

¹⁹ Katarina Jovičić, *op.cit.*, 2011, с. 397.

²⁰ Пресуда Вишег регионалног суда у Карлсруеу, бр. 19 U 8/02, од 19. децембра 2002.

до ког купац има право да од продавца захтева извршење обавезе. У арбитражној пракси се наилази на став да се ова празнина у наведеној одредби БК може попунити применом UNIDROIT Принципа за међународне трговачке уговоре, у којима се наводи да такав захтев мора бити учињен у разумном року.²¹ Нема разлога да се не сложимо са оваквим мишљењем, с обзиром на могућности злоупотребе од стране купца, уколико не би постојао рок за истицање таквог захтева.

3. Право купца да захтева замену испоручене робе

Право купца да од продавца захтева замену испоручене робе уређено је чланом 46(2) Конвенције који гласи: „Ако роба није саобразна уговору, купац има право да захтева испоруку друге робе као замену само ако недостатак саобразности представља битну повреду уговора, а захтев за замену је учињен било истовремено са обавештењем датим на основу члана 39 или у разумном року после тој обавештења.“

Из цитиране одредбе БК могу се уочити три кумулативна услова за оправданост захтева купца за замену испоручене робе.

Први услов је да је продавац **испоручионесаобразну робу**, у складу са одредбама члана 35 БК. То претпоставља да испоручена роба не одговара по количини, квалитету или врсти, као и паковању, ономе што је уговором предвиђено. Основаност захтева за испоруку друге робе није само условљена тиме да је продавац извршио испоруку, већ и тиме да је купац робу преузео. Уколико купац тврди да је роба несаобразна и притом одбије испоруку, или одбије да преузме робу када му је продавац ставио на располагање, онда купац не може да захтева испоруку друге робе, већ може да тражи извршење продавчевих обавеза.²²

Конвенција не предвиђа изричито право купца да захтева замену испоручене робе у случају постојања **правних мана** на роби. Према Конвенцији, несаобразност и правни недостаци на роби представљају засебне установе. У литератури, међутим, преовлађује мишљење да купац може тражити замену робе и када је продавац испоручио робу са недостацима у пренетом праву. Овај закључак, како се наводи,

године (CLOUT case No. 594).

²¹ Такав став је заузео Међународни арбитражни суд при Трговачкој и индустријској комори Руске федерације у својој одлуци од 30. јануара 2007. године. Извор: UNCITRAL Digest... (2016), *op.cit.*, с.222.

²² Сандра Фишер Шобот, *Право међународне трговачке*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2014, с. 169.

произлази на основу правила става 1 члана 46 које предвиђа да купац може захтевати од продавца „извршење његових обавеза”, а то укључује и обавезу да на купца пренесе ствар слободну од права или потраживања трећег лица.²³ Суштински, према овом ставу, испорука робе оптерећене евикцијом се тумачи као неиспорука, услед које купац може тражити извршење испоруке робе која нема правних мана. Формално, то није захтев за замену испоручене робе услед несаобразности, али се суштински и по свом реалном дејству поклапа са таквим захтевом. Свакако, уколико продавац може отклонити правне мане на испорученој роби, а притом је роба саобразна уговору, онда купац не би могао да захтева „замену“ робе, тј. извршење испоруке. У том случају, купац може захтевати од продавца другу врсту извршења, односно отклањање евикције. Уколико, пак, отклањање правних мана на испорученој роби није могуће, купац би могао да тражи „замену“ испоручене робе, посредством захтева за извршење обавезе на основу става 1 члана 46 Конвенције.

Други услов је да несаобразност робе представља **битну повреду уговора**, у складу са чланом 25 БК. Ако несаобразност није таквог интензитета да би представљала битну повреду уговора, онда купац не може тражити замену испоручене робе. У том случају, он се може користити другим правним средствима као што су захтев за оправку ствари или смањење цене, док би у сваком случају имао право и на надокнаду евентуалне штете.

Трећи услов је да је захтев купца за замену испоручене робе учињен **благовремено**, односно истовремено са обавештењем о несаобразности, или у разумном року након тог обавештења. Рок у коме купац може упутити свој захтев, везује се, дакле, за рок који је предвиђен чланом 39 БК, а односи се на приговор купца у погледу саобразности робе. Ова одредба предвиђа да је купац дужан да обавештење о несаобразности пошаље у разумном року након што је открио или је морао открити несаобразност.²⁴ Да би произвео дејство, захтев за замену робе се мора одаслати благовремено; није неопходно да благовремено и стигне продавцу. У погледу овог питања, БК усваја теорију одашиљања.²⁵

²³ Ова област је уређена члановима 41-44 Конвенције. Видети: Katarina Jovičić, *op.cit.*, 2011, с. 398 и фуснота 35.

²⁴ Купац у сваком случају губи право да се позове на недостатак саобразности робе, ако о њему није обавестио продавца најкасније у року од две године рачунајући од дана стварне предаје робе купцу, изузев кад је тај рок несагласан са роком о уговорној гаранцији (члан 39(2) Конвенције).

²⁵ Katarina Jovičić, *op.cit.*, 2011, с. 400.

У литератури се наводи и да је купац дужан да **врати продавцу робу у суштински истом стању** у којем је примио, уколико од продавца захтева замену испоручене робе. Штавише, према истим мишљењима, та обавеза купца доспева одмах након изјаве захтева за замену робе.²⁶ Иако ова обавеза купца није изричито предвиђена у одредбама БК које уређују правна средства купца услед продавчеве повреде уговора, наводи се да она произлази из њених одредби које уређују услове за раскид уговора и дејства раскида (члан 82). Наиме, према ставу 1 члана 82 Конвенције, купац губи право да изјави да раскида уговор или да захтева од продавца да изврши замену робе ако му је немогуће да врати робу у суштински истом стању у коме је примио (уколико не постоје услови за примену изузетака од овог правила, а који су предвиђени ставом 2 истог члана²⁷). Како се наводи у литератури, захтев за замену испоручене робе може се уподобити захтеву за раскид уговора, јер се за оба захтева везује услов да повреда обавезе мора бити битна.²⁸ На основу тога, у погледу захтева за замену робе требало би да важе исти услови који се примењују за раскид уговора.

4. Право купца да тражи оправку робе

Члан 46(3) уређује право купца да од продавца захтева оправку несаобразне испоручене робе. Ако роба није саобразна уговору, купац може захтевати од продавца да отклони недостатак поправком, изузев ако би то било неразумно узимајући у обзир све околности. Захтев за поправком мора да се учини било истовремено са обавештењем о несаобразности робе или у разумном року после тог обавештења. Право купца да захтева оправку стварије по условима слично

²⁶ Markus Müller-Chen, Art. 46, У Schlechtriem & Schwenger (Уред.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2010, с. 717–718. Наведено у: Katarina Jovičić, *op.cit*, 2011, с. 399 и фуснота 38.

²⁷ (2) Претходни став се неће применити:

(а) ако немогућност враћања робе или њеног враћања у суштински истом стању у коме је примљена није последица радње или пропуста од стране купца;

(б) ако је роба у целини или делимично пропала или се погоршала услед прегледа прописаног у члану 38; или

(в) ако је роба, у целини или делимично, продата у редовном току пословања или је купац потрошио или прерадио у току њене нормалне употребе пре него што је открио или морао открити недостатак саобразности.

²⁸ Katarina Jovičić, *op.cit*, 2011, с. 399.

праву да тражи замену робе, с том разликом што за коришћење овог права није неопходно да постоји битна повреда уговора услед несаобразности.²⁹ Купац се може користити правом из члана 46(3) једино уколико се несаобразност робе може отклонити оправком. Такође, захтев купца мора бити разуман. Уколико је несаобразност такве природе да је сам купац може лако отклонити, његов захтев за оправку би био неразуман. Купац, свакако, има право да од продавца потражује трошкове и штету која је настала услед оправке коју је сам учинио.³⁰

Када је захтев за оправку разуман процењује се на основу конкретних околности случаја. Ипак, у литератури се може наћи на став да приликом оцене разумности треба поћи од одмеравања користи и трошкова обеју уговорних страна. Наиме, прво треба одмерити корист коју би купац остварио услед поправке ствари. Након тога, одмеравају се трошкови које би продавац имао у вези са таквим захтевом купца и који не би требало да буду несразмерно виши. Ако продавац има на располагању повољнији начин да отклони несаобразност (на пример путем замене испоручене робе), него што би био случај са оправком ствари, онда се продавцу то треба омогућити.³¹

Конвенција ћути о року у којем је продавац дужан да изврши оправку ствари. У литератури постоји став да је продавац дужан то да учини у року који му је оставио купац, односно без неразумног одлагања.³² Према академским ставовима, у тумачењу дужине овог рока треба аналогно применити правила из члана 33(1)(с) Конвенције, где се наводи да је продавац дужан да изврши испоруку робе у разумном року, ако у самом уговору није нешто друго предвиђено.³³ Из овог проистиче да и купац не може продавцу одредити рок за оправку који је неразумно кратак.

Ако продавац по истеку рока не отклони несаобразност оправком, онда купац може сам, или уз ангажовање трећег лица, отклонити несаобразност. Притом, он је дужан да то учини на разуман начин и без нецелисходних трошкова. Уколико купац изврши оправку уз трошкове који превазилазе разумни ниво, неће имати право да од продавца

²⁹ *Ibid.* с. 401.

³⁰ Пресуда Вишег регионалног суда у Хаму (Немачка), бр. 11 U 1991/94, од 09. јуна 1995. године (CLOUT case No. 125).

³¹ Katarina Jovičić, *op.cit.*, 2011, с. 401.

³² *Ibid.* с. 402.

³³ Markus Müller-Chen, *op. cit.*, с. 722.

потражује надокнаду штете у целокупној висини насталих трошкова, већ само до оног износа који је био неопходан и разуман.³⁴

5. Додељивање продавцу додатног рока за извршење обавезе

Одредбе члана 47 Бечке конвенције омогућавају купцу да одреди продавцу додатни рок разумне дужине за извршење његових обавеза. Купац не може у том року да се користи било којим средством предвиђеним за повреду уговора, изузев ако не прими обавештење од продавца да он неће извршити своје обавезе до истека тог рока. Купац, међутим, не губи због тога право да услед доцње продавца захтева накнаду штете.

Ово правно средство познају национална права континенталног правног подручја, док у англосаксонском правном систему није изричито уређено. Његово порекло се везује за немачко право и установу познату под називом *Nachfrist*.³⁵

Купац може, али није дужан, да додели додатни рок продавцу за извршење обавезе. Ова могућност, уколико је купац оштрира, постоји за продавца, који добија више времена за извршење своје обавезе него што је то уговором предвиђено. Уколико продавац у оквиру додатног рока изврши своју обавезу, купац је дужан да такво извршење прихвати, наравно, уколико је оно у складу са уговором и Конвенцијом. Додељивањем додатног рока продавцу за извршење његових обавеза купац се везује обавезом да током тог периода не користи друга средства која предвиђа члан 45 БК. Смисао оваквог решења у БК се огледа у заштити интереса продавца који може, уздајући се у додељени додатни рок, предузети радње у вези са извршењем обавезе, а самим тим и имати значајне трошкове.³⁶ Уколико, пак, продавац не изврши своју обавезу до истека додатног рока, или пре истека изјави да неће извршити своју обавезу, купац се може користити и другим правним средствима из члана 45 БК, укључујући и право да раскине уговор.

Поставља се питање због чега БК, попут и већине националних правних система, изричито предвиђа право купаца да додели додатни рок продавцу за извршење обавезе. На први поглед, ово право купаца

³⁴ Katarina Jovičić, *op.cit.*, 2011, c 402.

³⁵ Katarina Jovičić, *Zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, *Strani pravni život*, br. 2/2012, 2012, стр. 176-194, c. 178.

³⁶ UNCITRAL Digest... (2016), *op.cit.*, c. 225.

би требало логично да постоји у свакој ситуацији, па и онда када ипакво право није експлицитно предвиђено у одговарајућем правном извору. Када је продавац у доцњи, купац је пошодар својих овлашћења и природно је да може доделити додатни рок. Из овакве поставке ствари, уишина је, на први поглед, сврха изричитој уређивања овој права купаца. Међутим, разлој за уношење оваквој решењау тексти Конвенције, посредством члана 47, не лежи у потреби да се купцу призна неко посебно право, већ у правном дејству употребе тој овлашћења.³⁷ У ситуацији када није јасно да ли се ради о битној повреди уговора, а рок за извршење обавезе није фиксно одређен, купац може оклонити смећу за раскид уговора оствлањем додатној рока продавцу. Све док је извршење уговора могуће (а није јасно да ли постоје критеријуми за битну повреду уговора), купац је дужан да омоћући продавцу додатни рок за извршење обавезе. Купац, наравно, задржава право на надокнаду штете услед доцње. Уколико продавац и у додатном року не изврши обавезу, купац стиче право да раскине уговор, без обзира што није установљено да ли је продавац доцњом проузроковао битну повреду уговора.

За додељивање додатној рока продавцу за извршење обавезе везане су и друге правне последице, а не само право купаца да по истеку додатној рока раскине уговор. Наиме, као што је већ најред поменуто, купац се, док траје додатни рок, или док продавац сам не изјави да неће извршити своје обавезе ни у додатном року, не може служити другим правним средствима која су предвиђена одредбама члана 45 Конвенције. Могућност за купца да одреди додатни рок разумне дужине продавцу може се односити на све продавчеве обавезе које произлазе из уговора, Конвенције, обичаја или праксе коју су уговорне стране успоставиле.

Додатни рок који купац додељује мора бити разумне дужине. Приликом оцене шта представља разумни рок морају се узети у обзир све околности случаја, укључујући и преговоре, праксу коју су стране успоставиле, као и релевантне обичаје.³⁸ Судови и арбитраже су се у више наврата изјашњавали у погледу питања који рок се сматра разумним. На пример, у једном случају је суд заузео став да је додатни рок од две недеље за испоруку штампарских машина из Немачке у Египат прекратак, док би разумни рок у околностима конкретног случаја

³⁷ Видети: Katarina Jovičić, *op.cit.* 2012, с. 178; Peter A. Piliounis, *op.cit.*, с. 21.

³⁸ UNCITRAL Digest... (2016), *op.cit.*, с.225.

износио седам недеља.³⁹ У једном другом предмету, додатни рок од три до четири недеље за испоруку аутомобила из Немачке у Данску, суд је протумачио као рок разумне дужине.⁴⁰ У једном случају, арбитража је заузела став да додатни рок од 10 дана није разуман, када је предмет уговора роба чија је производња требало да траје осам месеци.⁴¹

Обавештење купца којим продавцу додељује додатни рок за извршење обавезе мора бити јасно и недвосмислено. Купац мора експлицитно одредити рок (на пример, путем одређивања тачног датума до чијег наступања продавац мора извршити обавезу).⁴² Ако купац само упозори продавца да касни са извршењем и захтева од њега да одмах изврши обавезу, такав поступак се не може сматрати додељивањем додатног рока у смислу члана 47 Конвенције.⁴³ Уколико, пак, продавац сам предложи купцу додатни рок за извршење обавезе, а купац то прихвати, сматраће се да је купац доделио тај рок продавцу у складу са чланом 47 Конвенције.⁴⁴

Обавештење којим купац додељује продавцу додатни рок за извршење обавезе може бити учињено у било којој форми (писаној, усменој, телефонским разговором, мејлом и сваким другим средством комуникације). На ово обавештење се примењује члан 11 Конвенције, који уређује форму уговора.⁴⁵ Свакако је препорука, зарад правне сигурности, да купац обавештење сачини у форми која оставља одговарајући траг и доказ да је радња учињена. Уколико се, међутим, на уговор примењује члан 96 Конвенције (када држава потписница Конвенције уложи резерву на примену члана 11), онда се такво обавештење мора учинити у писаној форми.

³⁹Пресуда Вишег регионалног суда у Целеу (Немачка), у предмету *Used printing machines*, бр. 20 U 76/94, од 24. маја 1995. године (CLOUT case No. 136).

⁴⁰Пресуда Вишег регионалног суда у Наумбургу (Немачка) у предмету бр. 9 U 146/98 од 27. априла 1999. године (CLOUT case No. 362).

⁴¹Одлука Међународног арбитражног суда при Трговачкој и индустријској комори Руске федерације бр. 14/2014 од 3. децембра 2014. године.

⁴²UNCITRAL Digest... (2016), *op.cit.*, с.225.

⁴³Пресуда Вишег регионалног суда у Дизелдорфу у предмету *Italian shoes*, бр. 6 U 87/96 од 24. априла 1997. године (CLOUT case No. 275).

⁴⁴Пресуда Вишег регионалног суда у Хамбургу у предмету *Iron-molybdenum*, бр. 1 U 167/95 од 28. фебруара 1997. године (CLOUT case No. 277),

⁴⁵UNCITRAL Digest... (2016), *op.cit.*, с.226.

6. Могућност да продавац сам отклони неизвршење својих обавеза

Члан 48 Конвенције омогућава продавцу да чак и после истека рока за испоруку, на свој трошак отклони свако неизвршење својих обавеза ако је у стању да то учини без неразумног одлагања и без наношења купцу неразумних непогодности или неизвесности да ће му продавац накнадити трошкове које је с тим у вези имао. У сваком случају купац задржава право да захтева накнаду штете (члан 48(1) БК). Ова одредба омогућава продавцу да сам „излечи“ сопствену повреду уговора. Право продавца из члана 48(1) није безусловно, оно постоји у само у посебним ситуацијама, када се последице неизвршења лако могу отклонити, без неразумног одлагања и без наношења купцу неразумних непогодности или неизвесности да ће му трошкови због кашњења бити надокнађени.

Члан 48(1) нам говори и да уколико купац одлучи да раскине уговор у складу са одредбама члана 49 БК, онда продавац нема могућност да отклони неизвршење својих обавеза.⁴⁶ На овакав закључак наводи формулација на почетку ове одредбе која гласи „Ако то није у супротности са чланом 49...“. Из овога произлази да купац може елиминисати могућност да продавац понуди извршење, тако што ће купац изјавити да раскида уговор (што је уређено чланом 49 БК). Услов је, наравно, да се ради о неизвршењу које се може окарактерисати као битна повреда уговора.⁴⁷ Постоје, међутим ставови у судској пракси да купац, пре него што одлучи да раскине уговор, мора дати прилику продавцу да отклони неизвршење својих обавеза, чак и уколико се ради о битној повреди уговора. Услов је да је отклањање последица неизвршења могуће и да су испуњени остали услови из члана 48(1) БК.⁴⁸ Штавише, исти ставови тумаче да купац чини битну повреду уговора уколико не пружи продавцу прилику да отклони неизвршење

⁴⁶ Текст члана 48(1) гласи: „Ако то није у супротности са чланом 49, продавац може, чак и после истека рока за испоруку, на свој трошак отклонити свако неизвршење својих обавеза ако је у стању да то учини без неразумног одлагања и без наношења купцу неразумних непогодности или неизвесности да ће му продавац накнадити трошкове које је с тим у вези имао. У сваком, пак, случају купац задржава право да захтева накнаду штете у сагласности са овом конвенцијом.“

⁴⁷ Peter Schlechtriem, Subsequent Performance and Delivery Deadlines - Avoidance of CISG Sales Contracts due to Non-Conformity of the Goods, *Pace International Law Review*, Бр. 18, 2006, стр. 83-98, с. 88.

⁴⁸ Пресуда Привредног суда Кантона Аргау (Швајцарска) у предмету *Triumphal arches*, бр. OR.2001.00029 од 05. новембра 2002. године (CLOUT case No. 882).

обавезе у складу са чланом 48 БК.⁴⁹ Мишљења у литератури се у погледу овог питања подударају са ставовима судске праксе. Разумна и реална понуда продавца да отклони неизвршење својих обавеза превенира купца да раскине уговор. Све док је продавац у могућности да отклони неизвршење обавезе, без одлагања и без наношења неразумних трошкова купцу, продавчев интерес да изврши уговорну обавезу мора имати приоритет над интересом купца да уговор раскине.⁵⁰ Потпора за овакав став налази се и у начелу *in favorem contractus* које провејава дуж целокупног текста Бечке конвенције: свака одредба Конвенције се треба тумачити у правцу очувања уговора, док је право на раскид подложно ужем и рестриктивном тумачењу.

Ставови 2, 3 и 4 члана 48 Конвенције предвиђају да је потребно да продавац обавести купца о својој намери да жели да отклони неизвршење обавезе. У обавештењу мора стајати тачан рок за отклањање неизвршења.⁵¹ Уколико продавац не пошаље такво обавештење, онда купац није ограничен у коришћењу осталих правних средстава због повреде уговора. Продавац може захтевати од купца да се изјасни да ли прихвата извршење уговора у складу са обавештењем. Сматра се, међутим, да само обавештење продавца о томе да ће извршити уговор у одређеном року садржи и захтев да му купац саопшти своју одлуку.⁵² Ако му купац не одговори у разумном року, продавац може да изврши уговор у року који је наведен у његовом обавештењу. Купац нема право, до истека тог рока, да се користи било којим средством које не би било у складу са извршењем од стране продавца.

Захтев или обавештење продавца производи дејство само ако га је купац примио. Са друге стране, обавештење купца о прихватању или неприхватању захтева продавца производи дејство од момента одашиљања таквог обавештења и није од значаја када и да ли га је продавац примио.⁵³

⁴⁹ Видети, на пример, пресуду Окружног суда у Регенсбургу (Немачка) у предмету *Fabrics for skirts and dresses* од 24. септембра 1998. године (CLOUT case No. 339).

⁵⁰ Peter Schlechtriem, *op.cit.*, с. 90.

⁵¹ UNCITRAL Digest... (2016), *op.cit.*, с.229.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

РЕЗИМЕ

Рад се бави анализом чланова 46-48 Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (даље и: Конвенција, Бечка Конвенција, БК). Ове одредбе уређују правна средства купца у случају повреде обавезе од стране продавца и њихов примарни циљ је очување уговора. За коришћење правних средстава из наведених одредби није од значаја о каквој се повреди ради, тј. да ли је у питању обична или битна повреда.

Купац, најпре, може, од продавца тражити извршење обавезе (члан 46 ст.1 БК). Предуслов за утемељеност оваквог захтева купца је да продавац није извршио, или није ваљано извршио, неку од својих обавеза која произлази из уговора, Конвенције или обичаја или праксе којом су уговорне стране везане.

Купац има право и да тражи замену робе која је испоручена, у случају да јероба несаобразна и да је од стране продавца учињена битна повреда уговора (члан 46 ст.2 БК).

Ако роба није саобразна уговору, купац може захтевати од продавца да отклони недостатак поправком, изузев ако би то било неразумно узимајући у обзир све околности. Захтев за поправком мора да се учини било истовремено са обавештењем о несаобразности робе или у разумном року после тог обавештења (члан 46 ст. 3 БК).

Одредбе члана 47 Бечке конвенције омогућавају купцу да одреди продавцу додатни рок разумне дужине за извршење његових обавеза. Купац не може у том року да се користи било којим средством предвиђеним за повреду уговора, изузев ако не прими обавештење од продавца да он неће извршити своје обавезе до истека тог рока.

Члан 48 Конвенције омогућава продавцу да чак и после истека рока за испоруку, на свој трошак отклони свако неизвршење својих обавеза ако је у стању да то учини без неразумног одлагања и без наносења купцу неразумних непогодности или неизвесности да ће му продавац накнадити трошкове које је с тим у вези имао.

ЗАЩИТАВА ЛИ НА ПРАКТИКА РАЗПОРЕДБАТА НА ЧЛ. 26 ОТ СЕМЕЙНИЯ КОДЕКС ИНТЕРЕСИТЕ НА СЕМЕЙСТВОТО?

UDK 347.234:347.626.6(497.2)
Original research paper

***Айстипракти:** Разпоредбата на чл. 26 от Семейния кодекс на Република България въвежда ограничение на собствеността върху семейното жилище, когато то принадлежи само на единия от съпрузите. По време на брака съпругът - собственик не може свободно да се разпорежда със семейното жилище, а трябва да спазва определени законови изисквания. Прегледът на съдебната практика по приложението на чл. 26 от Семейния кодекс може да отговори на въпроса дали правната уредба защитава по най-добрия начин интересите на семейството.*

***Ключови думи:** разпореждане със семейно жилище, ограничения, съдебна практика, предложения de lege ferenda.*

I. Исторически преглед и правна същност.

Разпоредбата на чл. 26 от Българския Семейен кодекс (СК) въвежда ограничение на собствеността върху семейното жилище, когато то принадлежи само на единия от съпрузите. По време на брака съпругът - собственик не може свободно да се разпорежда със семейното жилище, а трябва да спазва определени законови изисквания. Следва да се уточни, че това ограничение намира приложение и при режим на общност, и при режим на разделност

* Правен факултет при Универзитетът Анел Канчев во Русе, Суоја во Софиски градски суд Република Бујарија

на имуществените отношения между съпрузите, както е възможна и приложимостта му при наличие на брачен договор.¹

Преди всичко може да се изтъкне, че ограничението важи само по време на брака. Собственикът може да се разпорежда със семейното жилище след развода без никакви ограничения. В този случай защитата на децата от брака (ако има такива) се постига чрез противопоставимостта спрямо третите лица на възникналото наемно отношение съгласно чл. 57 СК².

Разглежданото ограничение е уредено за първи път с разпоредбата на чл. 13, ал. 5 от отменения СК от 1968 г. Тази разпоредба гласи: „Когато семейното жилище е индивидуална собственост на единия съпруг, той може да се разпорежда с него само със съгласието на другия съпруг. При липса на такова съгласие разпореждането може да се извърши с разрешение на народния съд, ако се установи, че е в интерес на децата и семейството.“. Аналогична по съдържание на цитираната е разпоредбата на чл. 23 от отменения СК от 1985 г., която е озаглавена – „Разпореждане със семейното жилище - лична собственост“. Последната посочена разпоредба предвижда, че „Когато семейното жилище е лична собственост на единия съпруг, той може да се разпорежда с него само със съгласието на другия съпруг. Ако липсва съгласие, разпореждането може да се извърши с разрешение от районния съд само ако се установи, че не е във вреда на децата и семейството.“.

При съпоставката между съдържанието от една страна на чл. 13, ал. 5 от отменения СК от 1968 г. и чл. 23 от отменения СК от 1985 г. със чл. 26 от действащия СК от друга се констатира, че предметния обхват на ограничението е стеснен в действащата разпоредба. В тази насока съгласно чл. 26 СК вече не е необходимо изричното съгласие на другия съпруг, ако двамата съпрузи имат друго жилище - обща собственост или лична собственост на всеки един от тях. Такива условия за приложението на разглежданото ограничение в чл. 13, ал. 5 от отменения СК от 1968 г. и чл. 23 от отменения СК от 1985 г. не са били предвидени. Ето защо

¹ Вж. повече за това ограничение на чл. 26 СК при Марков, М. Разпореждане със семейното жилище - собственост на единия от съпрузите. сп. Собственост и право, 2010, бр. 2, с. 44 и сл., както и при Маринова, Б. Практически въпроси относно семейното жилище през време на брака. сп. Собственост и право, 2012, бр. 3, с. 38 и сл.

² Според чл. 57, ал. 1 СК по силата на съдебното решение, с което се предоставя ползването на семейното жилище, възниква наемно правоотношение между съпруга-собственик и съпруга-несобственик. В случай, че решението по е вписано в имотния регистър, това вписване има действието по чл. 237, ал. 1 от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Т.е. според второто изречение на чл. 57 СК, прехвърляне на семейното жилище в хода на възникналото *ex lege* наемно правоотношение, е допустимо.

понастоящем липсата на разбирателство между съпрузите, дали да се извърши разпоредителна сделка със семейното жилище, когато то е лична собственост на един от съпрузите и те *дваметта нямат друго жилище - обща собственост или лична собственост на всеки един от тях*, се преодолява чрез разрешение на районния съдия, ако се установи, че не е във вреда на ненавършилите пълнолетие деца и на семейството. Тук е мястото да се посочи, че при сделките на разпореждане със семейно жилище - съпругеска имуществена общност, защитата на другия съпруг и съответно - на ненавършилите пълнолетие деца, се осигурява чрез задължението разпоредителните сделки да се извършват съвместно от двамата съпрузи съгласно чл. 24, ал. 3 СК. Последниците от липсата на такова съвместно разпореждане с вещно право върху обща недвижима вещ, извършено от единия съпруг, е оспоримо, като съгласно чл. 24, ал. 4 СК другият съпруг може да оспори по исков ред разпореждането в 6-месечен срок от узнаването, но не по-късно от три години от извършването му.

Нововъведените в чл. 26 СК допълнителни предпоставки - ако двамата съпрузи нямат друго жилище - обща собственост или лична собственост на всеки един от тях, могат да породят някои неясноти. Действително прилагането на ограничението има смисъл, когато има опасност за интересите на децата и семейството. В разглежданата хипотеза, когато семейното жилище не е единственото жилище на съпрузите, такава опасност е изключена и въвеждането на тази предпоставка в разпоредбата на чл. 26 СК не следва да бъде критикувано. Необходими са обаче някои уточнения.

В закона се говори за "собственост" - обща или лична на някой от съпрузите върху другото жилище. Към тази хипотеза следва ли да бъде приравнен и случаят, когато съпруг има безсрочно право на ползване? Поставя се и въпросът, дали притежанието на идеална част от жилище е достатъчно основание, за да бъде изключено приложението на ограничителното правило? На последния въпрос би следвало да се отговори отрицателно. Колкото и голям да е дялът на съпруга, той не би могъл да попречи на другия съсобственик да упражнява правото да ползва лично общата вещ. Ако жилището обаче може да бъде ползвано поотделно от съсобствениците, интересите на семейството не биха били засегнати, още повече ако бъде сключен договор за разпределение на ползването, който би гарантирал дълготрайно това състояние. В чл. 26 СК не са уточнени и редица други въпроси от фактическо естество. На първо място - дали другото жилище трябва да е годно за обитаване. Притежанието на вила, която е годна за целогодишно обитаване, не

изключва приложението на правилото. Не се отдава значение и на обстоятелството, трябва ли другото жилище да се намира в същото населено място. Но ако по тази причина то не би могло да послужи пряко за задоволяване жилищните нужди на семейството, наличието му предполага по-голяма свобода при решаването на жилищния въпрос - чрез използване на средствата от отдаването му под наем или от продажбата му за набавяне на друго семейно жилище. Възможно е по-нататък в жилището да са настанени наематели с дългосрочен договор, който не може да бъде прекратен. Това обстоятелство също би следвало да е ирелевантно за приложението на разпоредбата.³

В практиката съществуваша различни становища за правните последици от извършване на разпореждане със семейното жилище - лична собственост на единия съпруг, без съгласие на другия съпруг и без разрешение на районния съд, когато двамата нямат друго жилище - обща собственост или лична собственост на всеки един от тях. В част от съдебните решения се приемаше, че разпореждането със семейното жилище - лична собственост на единия съпруг, извършено без съгласието на другия съпруг и без разрешение на районния съд, е нищожно поради противоречие със закона. Нормата на чл. 26 СК /чл. 23 СК отм./ е императивна - установена в публичен интерес, а нарушаването ѝ води до нищожност на разпоредителната сделка - тя не поражда правни последици. С чл. 26 СК е въведено ограничение на личната собственост на съпруга върху семейното жилище, като за валидността на разпоредителната сделка с жилището се изисква съгласието и на съпруга - несобственик. Законът не предвижда възможност за отстраняване на порока и заздравяване на сделката с даване на съгласие от съпруга - несобственик след сключването ѝ. В други съдебни решения се застъпваше разбирането, че съгласието по чл. 26 СК /чл. 23 СК отм./ не е елемент от фактическия състав на разпоредителната сделка със семейното жилище - лична собственост на единия съпруг, но обуславя правното ѝ действие. Със съгласието се взема положително отношение към извършеното от съпруга - собственик на жилището разпореждане и се допуска неговото правно действие, затова съгласие може да бъде дадено и след сключването на сделката. Сделката на разпореждане със семейното жилище - лична собственост на единия съпруг, извършена без съгласието на другия и без разрешение на районния съд е относително недействителна за съпруга - несобственик и се превръща в действителна /заздравява се/ с даване на

³ Анализ на спорните въпроси във връзка с приложението на ограничението на чл. 26 СК вж. при Марков, М. Цит съч., с. 45 - 46.

съгласие от него. Противоречията бяха преодолені с постановяването на т. 2 от Тълкувателно решение № 5 от 29.12.2014 г. на ВКС по т. д. № 5/2013 г., ОСГТК. Съгласно т. 2 от цитираното тълкувателно решение сделката на разпореждане със семейното жилище - лична собственост на единия съпруг, извършена от него без съгласието на другия и без разрешение на районния съд е относително недействителна спрямо съпруга - несобственик. Сделката може да бъде заздравена с даване на съгласие от съпруга - несобственик след сключването ѝ.

Относителната недействителност, според дадената ѝ в Тълкувателно решение № 1/19.04.2004 г. на ОСГК на ВКС характеристика, предполага действителна правна сделка, която поражда желаните и целени правни последици, но по силата на закона тази сделка няма действие спрямо едно или няколко лица. Правото да се иска прогласяване на недействителността на конкретен акт на разпореждане е дадено именно на лицата, които са защитени от нормата на закона, т. е. лицата с конкретен материален интерес. За тези лица недействителността на сделката е една възможност, едно потестативно право, упражняването на което зависи само от тях. Последиците на относителната недействителност са ограничени спрямо определени лица и по отношение на определени имуществва, тя няма действие по отношение на всички и може да бъде заздравена с даване на съгласие от съпруга - несобственик след сключването ѝ във формата по чл. 42, ал. 2 ЗЗД или ако не я оспори по исков ред. Това разрешение отчита както защитените с изискването за съгласие по чл. 26 СК права на съпруга - несобственик и семейния интерес, така и интереса на третото лице - приобретател по сделката и сигурността на гражданския оборот. Съпругът-несобственик е легитимиран да предяви иск за обявяване недействителността на разпоредителната сделка с недвижим имот на основание чл. 26 СК, а легитимирани като ответници са страните по оспорената разпоредителна сделка: съпругът-собственик, съответно неговите наследници и приобретателят.

II. Характер на производството и подсъдност.

В теорията и практиката⁴ не съществува спор, че производството по даване на разрешение за разпореждане със семейното жилище по

⁴ В тази насока вж. например решение № 1083/24.10.1991 г. по гр. д. №866/1991 г., I г.о. на ВС, решение № 157/08.06.2012 г. по гр. д. № 42/2011 г., VI г. о. на ВКС, както и определение № 106 от 13.02.2012 г. на ВКС по ч. гр. д. № 670/2011 г., III г. о.

чл. 26 СК е охранително и следва да се разглежда по реда на чл. 530 и сл. от Гражданско процесуалния кодекс (ГПК).

Съществува и съдебна практика, която намирам за изолирана и съгласно която това производство е на спорна съдебна администрация на граждански правоотношения. В тази насока са: решение № 908418 от 28.10.2020 г., постановено по гр. д. № 984/2020 г. на РС – Благоевград, потвърдено с решение № 112 от 30.03.2021 г. по в. гр. д. № 20211200500066 по описа на ОС – Благоевград за 2021 г.; решение № 9204 от 21.11.2012 г. на РС - Благоевград по гр. д. № 1838/2012 г.; определение № 133 от 05.01.2017 г. на РС - Пловдив по гр. д. № 15679/2016 г. и определение от 06.12.2018 г. на РС - Сливен по гр. д. № 6752/2018 г. А в решение от 24.02.2011 г. по гр. д. № 6963/2010 г. на Софийски районен съд е застъпено разбирането, че производството по чл. 26 СК за даване на разрешение е исково.⁵

Както вече беше посочено, в разпоредбата на чл. 26, изр. второ СК изрично е предвидено, че компетентен да се произнесе по молбата е районният съд. Ето защо родовата подсъдност на обсъжданото производство е регламентирана изрично.

Местната подсъдност, тъй като в чл. 26 СК не е посочен признак за нейното определяне, би следвало да се регламентира от общото правило за всички охранителни производства – чл. 531, ал. 2 ГПК. В тази насока компетентен да разгледа молбата ще бъде районният съд, в чийто район е постоянния адрес на молителя. В анализирания съдебна практика по приложението на разпоредбата не се констатира препирни за местна подсъдност между различни районния съдилища. С оглед естеството на искането по чл. 26 СК може да се помисли за въвеждане на подсъдност на районния съд по местонахождението на семейното жилище, за чието разпореждане ще желае разрешение от съда.

Относно спорния въпрос - следи ли районният съд служебно за местната подсъдност в охранителното производство, препращам към частите от анализа, посветени на производствата по разрешаване за сключване на брак и за развода по взаимно съгласие. Там този въпрос е детайлно обсъден, така че е излишно тук да му бъде

⁵ Видно е от мотивите на това съдебно решение, че доказателствената тежест в това исково според този съд производство се разпределя по следния начин: В тежест на ищеца е да докаже по делото следните обстоятелства: 1) че семейното жилище, описано в молбата е негова лична собственост и 2) че ответната страна не дава съгласие за разпореждане със семейното жилище, а в тежест на ответницата е да докаже по делото, че разпореждането със семейното жилище би било във вреда на семейството.

отделяно специално внимание. Споделям напълно становището, че противоречиво разрешаваният въпрос дали съдът следи служебно за местната подсъдност в охранителното производство следва да намери разрешение по тълкувателен път.

III. Допустимост и редовност на молбата.

Процесуална легитимация

В чл. 26 СК ясно е посочено, че легитимиран да образува разглежданото производство е съпругът – собственик на семейното жилище, което е негова лична собственост. Ето защо няма как по този въпрос да възникнат спорове. Констатираха се и специфични хипотези, в които:

2. Съдържание на молбата и приложения.

В молбата следва да бъдат посочени обстоятелства, които обуславят издаването от районния съд на поисканото разрешение за разпореждане на семейното жилище. На първо място следва да се посочи, че молителят е в действащ граждански брак, както и че жилището, с което желае да се разпорежи е семейно по смисъла на §1 от ДР на СК и е негова собственост. За действащия граждански брак и собствеността следва да се представят и съответни доказателства към молбата. На следващо място е необходимо да бъде заявено, че другият съпруг не дава своето съгласие за желаното разпореждане, като в тази връзка е коректно да се изложат и причините за отказа му. Освен това следва да се заяви, че двамата съпрузи нямат друго жилище - обща собственост или лична собственост на всеки един от тях. Доколкото част от релевантните обстоятелства касаят отрицателни факти, намирам че за тяхното доказване трудно могат да се представят писмени доказателства като приложение към молбата. В тази насока самият молител може да представи декларация по реда на чл. 534 ГПК за обстоятелствата, че:

жилището е семейно по смисъла на §1 от ДР на СК; неговият съпруг отказва да му даде съгласие за разпореждането с него; двамата съпрузи нямат друго жилище - обща собственост или лична собственост на всеки един от тях. Ако такава декларация не е представена към

молбата, районният съд също може да я изиска по реда на чл. 533 ГПК вр. с чл. 534 ГПК.

Във връзка с редовността на молбата може да бъде поставен за обсъждане въпросът следва ли в нея да се посочва точния вид на разпоредителното действие със семейното жилище, което се желае да бъде разрешено или е достатъчно да се заяви намерение за разпореждане с него без да се уточнява чрез каква правна сделка. В съдебната практика са налице случаи, при които в се дава разрешение за разпореждане със съответното семейно жилище – например решение от 24.02.2011 г. по гр. д. № 6963/2010 г. на Софийски районен съд, както и такива, при които в диспозитива се посочва конкретното разпоредително действие, за което се дава разрешение - например решение от 26.11.2015 г. на РС - Плевен по гр. д. № 5394/2015 г. и решение от 12.02.2015 г. на РС - Варна по гр. д. № 916/2015 г., където е разрешено да се учреди в полза на съответната кредитна институция ипотеката. Смятам, че с оглед конкретната преценка дали с разпореждането няма да е във вреда на ненавършилите пълнолетие деца и на семейството е коректно съдът да разрешава извършването на конкретно действие на разпореждане, а не принципно такова без да го уточнява.

Във връзка с допустимостта на молба може пък да бъде поставен въпросът - възможно ли е по реда на чл. 26 СК да се разреши разпореждане със семейно жилище, което представлява идеални или реални части от друг по – голям по размери жилищен обект, без да има самостоятелна обособеност като отделен недвижим обект на право на собственост. Също специфичен случай, ще е налице, когато семейното жилище е съсобствено между съпруга – молител и трето за семейството лице. В тази хипотеза искането по реда на чл. 26 СК следва да се отнася за идеалната част от жилището, върху която молителя притежава право на собственост. Такъв казус е разгледан в решение № 159619 от 29.06.2018 г. на Софийски районен съд по гр. д. № 30500/2017 г., с което съдът е разрешил разпореждане с 1/2 ид. ч. от семейното жилище, която е лична собственост на съпругата.

С оглед характера на производство и липсата на специално предвидена държавна такса за него, районният съд следва да събира държавна такса в размер на 25,00 лв. съгласно чл. 16 от Тарифата за държавните такси, които се събират от съдилищата по ГПК.

Когато съдът установи нередовност на молбата, следва да процедира по реда на чл. 129, ал. 2 ГПК вр. с чл. 540 ГПК, като укаже на молителя да отстрани допуснатите нередовности в едноседмичен срок от уведомяването му. Ако нередовностите не бъде отстранени или ако

молителят не бъде намерен на посочения от него адрес на основание чл. 539, ал. 1, т. 2 ГПК охранителното производство следва да бъде прекратено.

IV. Развитие на производството пред съда.

След първоначалната преценка за редовност и допустимост на молбата за издаване на разрешението по чл. 26 СК, съдът следва да извърши преценка по реда на чл. 532 ГПК дали да я разгледа в закрито заседание, или ако за правилното решаване на делото е необходимо то да бъде разгледано в открито заседание. Последната хипотеза ще се осъществи ако съдът прецени, че следва да бъде извършен разпит на свидетели, изслушване на молителя, засегнатото от разпореждането непълнолетно дете по реда на чл. 15 ЗЗДет, да бъде назначена, изслушана и приета съдебна експертиза.

Привсички положения, когато част от семейството са непълнолетни деца, съдът следва да възложи социално проучване по реда на чл. 15, ал. 6 ЗЗДет на съответната дирекция „Социално подпомагане“ по настоящия адрес на децата. Това проучване е необходимо не само поради повелята на посочената законова разпоредба, според която при всяко дело, в което се засягат права или интереси на дете, съдът е длъжен да уведоми Дирекция „Социално подпомагане“ по настоящия адрес на детето, която да предостави социален доклад или да изпрати представител, който да изрази становище. Необходимостта от него е и поради изискването на закона съдът да прецени дали желаното разпореждане няма да навреди на интересите на децата на семейството. Предвид по-честото в съдебната практика разглеждане на молбата по чл. 26 СК в закрито заседание, ще бъде възлагано изготвянето на социален доклад от районния съд, който да отразява резултатите от извършено от социалните служители проучване. По този начин е процедирано например по гр. д. № 27295/2016 г. по описа на Софийски районен съд, с което е приключило с решение № 15076 от 30.09.2016 г. С последното е отхвърлено искането с правно основание чл. 26 СК, поради извода, че евентуално разпореждане със семейното жилище би било в ущърб на непълнолетните деца от брака.

Практическо значение относно провеждането на производството за разрешение по чл. 26 СК може да има наличието на висящо бракоразводно съдебно производство между съпрузите. При такава хипотеза може да се постави въпросът - какво е съотношението между

двете производства, например налице ли е преюдициалност на едното спрямо другото и ако в хода на висящото охранително производство бракоразводното решение влезне в сила, ще отпадне ли правния интерес на молителя, доколкото вече няма да е налице семейно жилище. Различния предметен обхват, същност и правни последици на двете производства изключват връзка на преюдициалност между тях, поради което и липсва основание смисъла на чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК за спиране на едното производство до приключването на другото.

Безспорно е, че с прекратяването на брака дотогавашните съпрузи вече не са такива, а жилището, което е собственост на единия от съпрузите и което до момента на прекратяването на брака е било „семеино“, вече не е такова. В тази насока правата на дотогавашния съпруг-несобственик по отношение на това жилище се погасяват и вече бившият съпруг – собственик след развода няма правен интерес от искане на разрешение по чл. 26 СК. Това разрешение е приложимо със сигурност в хипотезата, при която бракът е прекратен, без съдът да се е произнесъл по въпроса за ползването на семейното жилище. В случаите, когато бракът между съпруга-собственик и другия съпруг е прекратен и съдът се е произнесъл относно ползването на семейното жилище, предоставяйки го на последния, стои въпросът за евентуален правен интерес от отправяне на искане за разрешаване на разпореждане по чл. 26 СК. Според мен предвиденото в чл. 26 СК изискване за наличие на съгласие е гаранция срещу накърняване интересите на семейството и на родените от брака деца и ако се приеме изцяло неприложимостта на цитираната разпоредба би се загубил целият смисъл на предоставянето на семейното жилище след развода в хипотезата на чл. 56, ал. 2 СК. Именно за това в изречение второ на чл. 26 СК е записано, че ако липсва съгласие, разпореждането може да се извърши с разрешение от районния съд, но ако се установи, че същото не е във вреда на децата и семейството. Именно и с оглед особения характер на възникналото наемно правоотношение в чл. 57, ал. 2, изр. 2 СК е посочено, че не се дължи наем за ползването от ненавършилите пълнолетие деца жилищна площ, т.е. търси се баланс между интереса на съпруга-собственик и този на родените от брака деца. Предвид на горното, намирам, че правният интерес от провеждане на охранително производство по чл. 26 СК ще е налице до момента, до който решението, в частта предоставяща ползването на семейното жилище, не е влязло в сила.

Повечето от съдилищата се произнасят по молбата по чл. 26 СК с решение, което се постановява след разглеждането ѝ в закрито съдебно заседание – например решение №653 от 03.07.2019 г. на РС

- Шумен по гр. д. № 1735/2019 г., решение от 12.02.2015 г. на РС - Варна по гр. д. № 916/2015 г., решение от 13.06.2013 г. на Софийски районен съд по гр. д. № 9629/2013 г. и др. По – рядко районният съд се произнася в закрито заседание по същество на искането по чл. 26 СК с определение – например определение №546270 от 26.11.2018 г. на Софийски районен съд по ч. гр. д. № 73927/2018 г. Наблюдават се и случаи, в които съдилищата се произнасят по искането с решение, което се постановява след проведено открито съдебно заседание – например решение от 26.11.2015 г. на РС - Плевен по гр. д. № 5394/2015 г.

С оглед охранителния характер на производството и неговите специфики смятам, актът по същество на районния съд следва да е решение.⁶ Единствено в случаите, когато искането се отхвърля, е допустимо обжалване по пътя за проверка на определенията по аргумент от чл. 537, ал. 1 ГПК вр. с чл. 538, ал. 2 ГПК.

V. Съдебно решение.

1. Същност.

Даването на разрешение от съда за разпореждане със семейното жилище е обусловено от посочените в чл. 26, изр. 2 СК предпоставки, като следва да се наблегне на изискването – разпоредителната сделка да не е във вреда на ненавършилите пълнолетие деца и на семейството.

След като е постановен позитивен охранителен акт – решение, с което се уважава молбата за получаване на разрешение за разпореждане по чл. 26 СК, същото не подлежи на обжалване съобразно чл. 537, ал. 1 ГПК. Единствено отказът да се издаде разрешението подлежи на обжалване с частна жалба в едноседмичен срок от връчването на решението съгласно чл. 538, ал. 1 ГПК вр. с чл. 274 и сл. от ГПК.

Когато издава разрешение за разпореждане със семейното жилище от съпруг собственик, съдът съдейства на гражданските правоотношения, като постановява охранителен акт, който не подлежи на обжалване и може да бъде оспорен с иск от трети лица, когато са накърнени техни права съгласно чл. 537, ал. 2 ГПК и от прокурора, когато е накърнен обществен интерес и е нарушен закона съгласно чл. 537, ал. 3 ГПК. Когато законодателят прецени, че е необходимо

⁶ Аргумент в подкрепа на това становище е съдържанието на чл. 538, ал. 1 ГПК. В тази разпоредба изрично се посочва, че отказът да се издаде актът подлежи на обжалване в едноседмичен срок от връчването на **решението** на страната.

да бъде уредена възможност за обжалване на охранителния акт, той изрично урежда участието на прокурор и/или на заинтересовани страни в охранителното производство (при регистрацията на търговски дружества и юридически лица с нестопанска цел, при промяна име, установяване на факти и др.), а когато прецени, че трети лица не следва да бъдат обвързани от издадения охранителен акт - изрично урежда тази непротивопоставимост поради неучастието им в охранителното производство (по аргумент от чл. 546, ал. 3 ГПК). Съпругът неособственик не може да оспори нито с иск, нито с възражение разрешението на съда по чл. 26 СК на съпругът собственик на семейното жилище да се разпореди с него. Съпругът неособственик не е процесуално легитимиран да участва като заинтересована страна в охранителното производство по издаване на разрешението.⁷

Обстоятелствата, които следва да прецени съдът при произнасянето си по същество със съдебното решение, включително да извърши служебна проверка съгласно чл. 533 ГПК, са следните:

Действащ граждански брак и членове на семейството

На първо място съдът извършва проверка дали молителят е в действащ граждански брак, за да е налице семейно жилище по смисъла на § 1 от ДР на СК. Освен това на изследване подлежи и наличието на непълнолетни членове на семейството. Тези обстоятелство се установяват най-често чрез представяне на удостоверение за сключен граждански брак, удостоверение за раждане, в случай на деца и/или удостоверение за семейно положение и членове на семейството.

Собствеността на жилището и неговия семеен характер по смисъла на § 1 от ДР на СК

На второ място районният съд проверява дали молителят е собственик на описания в молбата недвижим жилищен обект. Правото на собственост се установява най – често от приложени към молбата

⁷ Това схващане е застъпено в практиката на ВКС, обективизирана в решение № 1083/24.10.1991 г. по гр. д. №866/1991 г., I г.о. на ВС, решение № 157/08.06.2012 г. по гр. д. № 42/2011 г., VI г. о. на ВКС, както и определение № 106 от 13.02.2012 г. на ВКС по ч. гр. д. № 670/2011 г., III г. о. В този смисъл е например и определение от 29.10.2011 г. по ч. в. гр. д. №6257/2011 г. на Софийски градски съд.

документи, като вида им в зависимост от придобивното основание, на което молителят твърди, че го е придобил.

Съгласно т. 29 от § 5 на ДР на Закона за устройство на територията (ЗУТ) жилищната сграда е сграда, предназначена за постоянно обитаване, и се състои от едно или повече жилища, които заемат най-малко 60 на сто от нейната разгъната застроена площ, а съгласно т. 30 от същия параграф „жилище“ е съвкупност от помещения, покрити и/или открити пространства, обединени функционално и пространствено в едно цяло за задоволяване на жилищни нужди. Съгласно §1 от ДР на СК „семейното жилище“ по смисъла на този кодекс е жилището, което е обитавано от двамата съпрузи и техните ненавършили пълнолетие деца и обхваща жилищните и сервизни помещения предназначени за задоволяват битовите нужди на цялото семейство-съпрузите, децата и другите пълнолетни членове на семейството. Това е посочено в т. I.1 от Постановление № 12 от 28.11.1971 г. на Пленума на Върховния съд (ВС), което е актуално и понастоящем. В същото Постановление на Пленума на ВС са дадени и следните характеристики на семейното жилище - в него се включват и помещенията, в които временно са допуснати други лица, помещения които са отдадени под наем при самосъгъстване, помещенията отдадени под наем при свободно договаряне (т. I.2. букви „а“, б“ и „в“). Според Постановлението не са семейни жилища, които са погинали или са разрушени, буква „д“ - вилите, които са негодни за постоянно обитаване.

В константната практика на Върховния касационен съд (ВКС), обективирана в определение № 568 от 14.06.2018 г. по гр. д. № 1272/2018 г. на IV г. о., решение № 404 от 10.01.2012 г. по гр. дело № 1720/2010 г. на III г. о., ППВС № 20/1963 г. и ППВС № 12/1971 г., се приема, че меродавният признак за определяне на жилището като „семейно“ е фактическото му обитаване от съпрузите и техните ненавършили пълнолетие деца за задоволяване на техните жилищни нужди в ежедневието. Това е жилището, обитавано от съпрузите и техните деца до прекратяването на брака, а при фактическа раздяла - до деня на раздялата, т. е. при прекратяването на брака и при фактическата раздяла на съпрузите семейно е жилището, което те са обитавали до настъпването на тези събития.

В обсъжданата насока може да предизвика колебания въпросът за принадлежността на паянтова стопанска сграда например и дворно място към семейното жилище – къща, с чието разпореждане се иска от съда да бъде разрешено на съпруга – собственик. Действително, нито дворното място, нито стопанската сграда сами по себе си имат статут

на жилище. Видно от §1 от ДР на СК „семеино жилище“ по смисъла на този кодекс е жилището, което е обитавано от двамата съпрузи и техните ненавършили пълнолетие деца. Според задължителната съдебна практика, която беше вече цитирана и най-вече според разрешенията, дадени в ППВС №12 от 1971 г., семейното жилище обхваща съвкупността от жилищни и сервизни помещения, които по своето предназначение задоволяват битовите нужди на семейството. Ако паянтовата стопанска сграда не представлява самостоятелен обект на правото на собственост, а има характер на допълващо, второстепенно застрояване и липсват твърдения, както и доказателства същата да се използва за други цели, извън задоволяване нуждите на семейството - например за стопански дейности, представляващи допълнителен източник на доходи на някой от членовете на семейството, няма основание да се отрича, че същата служи за задоволяване на битовите нужди на семейство. Този извод се отнася и за случаите, когато липсват твърдения, а и доказателства дворното място, в което е построена жилищната сграда, представляваща семейното жилище, да е ползвано за други цели, извън битовите нужди на семейство. С оглед конкретните обстоятелства по делото районният съд следва да преценява дали семейното жилище в обсъжданата хипотеза обхваща съвкупността от жилищната сграда и съответното паянтовата стопанска постройка, а също и/или дворното място, в което същите са изградени. В този смисъл например с решение от 26.11.2015 г. на РС - Плевен по гр. д. № 5394/2015 г. по реда на чл. 26 СК е дадено разрешение на молителя да учреди в полза на съответната банка ипотека върху следния недвижим имот: урегулиран поземлен имот с площ от 920 кв. м., заедно с построените в същия имот двуетажна масивна жилищна сграда, двуетажна масивна стопанска сграда и гараж.

Действието на разпореждане, което се желае от молителя

Съдът следва да провери дали действието, което желае да извърши молителят със семейното жилище, представлява разпоредителна сделка с правото на собственост върху него. Основополагащо за изясняване на понятието „действия на разпореждане“ е Тълкувателно решение № 91 от 01.10.1974 г., ОСГК на ВС. Съобразно цитираното ТР действия на разпореждане с вещното право на собственост са отказ от иска, спогодба и др. или такива, с които се обременява същото с други вещни тежести. За тези действия, които излизат вън от пределите на обикновеното управление, е необходимо предварително дадено съгласие от другия

съпруг за разпореждане с вещта. Т. е. понятието „разпореждане“ има по-широки параметри от понятието „отчуждаване“, защото не се изчерпва със сключването на транслативни сделки, а обхваща и други действия – учредяване на ограничени вещни права, залог и ипотека, преработване и унищожаване на вещта, отказ от право на собственост, отдаване под наем за повече от 3 години. В тази насока често срещано в съдебната практика е искане за разрешение по чл. 26 СК от районния съд за учредяването на договорна ипотека върху семейното жилище.

Другият съпруг – несобственик не дава съгласие за разпореждането

Това обстоятелство трудно може да бъде доказано от молителя по категоричен начин, доколкото касае отрицателни факти. За установяването му може да бъде представена декларация по чл. 534 ГПК или да бъде поискан разпит на свидетели. От друга страна е логична липсата на съгласие за разпореждане с жилището, след като съпругът – собственик се принуждава да сезира районния съд с искане за разрешение по чл. 26 СК. Тук може да бъде поставен за обсъждане въпросът - следва ли молителят в обсъжданото производство да доказва липсата на съгласие (противопоставянето) на съпруга – несобственик за извършването на разпоредителната сделка, или е достатъчно само да излага твърдения в тази насока. Например във връзка с този въпрос, с решение №653 от 03.07.2019 г. на РС - Шумен по гр. д. № 1735/2019 г. е отхвърлена като неоснователна молбата по чл. 26 СК, поради не доказване на липсата на съгласие от съпруга – несобственик с исканото разпореждане. Районният съд в мотивите на цитираното решение изтъква също така, че отсъствието на този съпруг от регистрираните постоянен и настоящ адрес не може да се приравни на липса на съгласие.

Двамата съпрузи нямат друго жилище - обща собственост или лична собственост на всеки един от тях

Тези обстоятелства също трудно може да бъдат доказани от молителя по категоричен начин, доколкото касаят итново отрицателни факти. За установяването им може най – удачно е да бъде представена декларация по реда на чл. 534 ГПК. Съдът и служебно може да

извърши справка от Службата по вписвания по реда на чл. 533 ГПК за притежавани вещни права върху недвижими имоти от съпруга – неособственик. Ако районният съд установи, че някои от съпрузите е собственик на друго жилище или че двамата съпрузи притежават такова в съсобственост, следва да отхвърли молба като неоснователна. По този начин е процедирал съдът например в решение № 71 от 05.11.2012 г. на Софийски районен съд, постановено по гр.дело № 22459/2012 г. След справка от Службата по вписванията районният съд е констатирал, че съпругът на молителя притежава в собственост апартамент, различен от семейното жилище. Ето защо е заключил, че не са налице предпоставките на чл. 26 СК, тъй като съпругът на молителката има друго жилище, т.е. за да се разпореди тя с процесния имот, изобщо не е нужно съгласието на съпруга ѝ. След като не е нужно това съгласие, не е налице и основание същото да бъде заменено от разрешението на съда и молбата е оставена без уважение.

В практика може да се изправим пред хипотеза, при която макар и формално според разпоредбата на чл. 26 СК, съпрузите да притежават и други имоти, те да не представляват - „жилище“ по смисъла на нормата. Легална дефиниция на понятието „жилище“ е установена в Закона за кадастъра и имотния регистър. По смисъла на § 1, т. 30 от ДР на Закона за кадастъра и имотния регистър (ЗКИР), „жилище“ е съвкупност от помещения, покрити и/или открити пространства, обединени функционално и пространствено в едно цяло за задоволяване на жилищни нужди. Видно е, че като „жилище“ се дефинират недвижими имоти, чието предназначение е да задоволяват жилищни нужди (апартамент, къща, вила). Следователно, ако е налице друго жилище, което би задоволило жилищните нужди на семейството, съпругът може да се разпореди със семейното жилище. На тази плоскост на разсъждение може да се зададе и въпроса дали законодателят в разпоредбата на чл. 26, изр. 2 СК не поставя изискване за годност за обитаване на жилището, или само наличието на такова с предназначение за жилищни нужди и не зависимо дали то реално е в състояние, позволяващо ползването му по предназначение.

Разпоредването да не е във вреда на ненавършилите пълнолетие деца и на семейството

В хипотезата на ненавършили пълнолетие деца на молителя съдът следва да прояви активност за служебно събиране на доказателства за преценката на това обстоятелство. В тази насока

районният съд е необходимо да подложи на детайлен анализ как ще се отрази разпореждане на интересите на децата. Съществено значение за основателността на молбата е гарантиране на сигурно жилищно настаняване на децата. В този смисъл е решение № 15076 от 30.09.2016 г., постановено по гр. д. № 27295/2016 г. на Софийски районен съд. С него районният съд е отхвърлил искането по чл. 26 СК, тъй като е достигнал до извод, че евентуално разпореждане със семейното жилище би било в ущърб на непълнолетните деца от брака.

В хипотезата, когато от брака няма ненавършили пълнолетие деца, съдът изследва отношенията между съпрузите, наличието на фактическа раздяла, фактическото ползване на жилището към момента на сезиране на съда и т. н. Например в решение от 12.02.2015 г. на РС - Варна по гр. д. № 916/2015 г. се приема, че при така изяснената фактическа обстановка няма непълнолетни деца, чиито интереси да бъдат засегнати от учредяването на договорна ипотека върху семейното жилище. Последното не би навредило и на семейството, с оглед на факта, че по висящото между съпрузите бракоразводното дело, от ответника не е направено искане за възлагане на семейното жилище.

VI. Извод и предложения de lege ferenda.

От извършения в изложението преглед на съдебната практика по приложението на чл. 26 от Семейния кодекс може да се заключи, че действащата правната уредба в България не защитава по най-добрия начин интересите на семейството.

Относно евентуални предложения за усъвършенстване на българското законодателство законодателството, защитаващо семейното жилище, препращам към две статии - Топузов, Д. De lege ferenda за защитата на наето семейно жилище. сп. Правна мисъл, 2018, кн. 4 и Топузов, Д. Значението на Принципите на Европейското семейно право за усъвършенстване на защитата на семейното жилище. - В: Soft law и развитието на съвременното право. С., 2017, с. 169-187. Авторът прави извод при сравнителноправния анализ, че предметният обхват на защитата на семейното жилище по българското право е неоправдано тесен. Заявява, че е препоръчително de lege ferenda да бъде възприет модела на Принципите на Европейското семейно право (ПЕСП), като в чл. 26 СК да бъде дадена по-обща формулировка, която да позволи прилагането на защитата и по отношение сделки на обикновено управление, засягащи правото на съпруга децата и да обитават

семејното жилище, вклучително кога то е СИО. Дополнителното изисквање сопрузите да немаат друго жилище също би следвало според автора да отпадне, каго се даде възможност и в тези случаи интересът на семејството и децата да се преценява конкретно с оглед на исканото от суда разрешение. Също така се поддръжа, че в случаите, в които семејното жилище се ползва по силата на договор за наем, склучен само от единия сопруг, българското законодателство не съдържа надеждни гаранции за жилищните нужди на другиот сопруг и децата. Това налага законодателна намеса, с която да бъде установена защита и на наето семејно жилище. Необходимостта от такава се оправдава и от тенденцията за увеличаване на бројот на живеешите под наем български семејства. Препоръчително е защита на наетото семејно жилище да бъде създадена по модел на ПЕСП⁸, каго на неучаствалиот при склучването на договора за наем на семејното жилище сопруг *ex lege* се признае качеството на страна по наемното правоотношение. Следва да се предвиди още, че за прекратяването на наемния договор е нужно съгласието, съответно надлежното уведомяване, на всеки от двамата сопрузи. Достатъчна гаранция за интересите на наемодателя би било установяването на задължение за сопрузите да го информират за брака помежду си.

8 Установяването на защита на наетото семејно жилище в ПЕСП е вдъхновено от законодателствата на редици европејски национални правни системи - на Франција, Белгија, Швейцарија, Португалија и др., кадето такава е предвидена и функционира успешно. В тази насока вж. Boele-Woelki, K., Ferrand, F., Gonzalez-Beilfuss, C., Jantera-Jareborg, ML, Lowe, N., Martiny, D., Pintens, W. Principles of European family law regarding property relations between spouses. Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, p. 73; Boele-Woelki, K., Braat, B., Curry-Sumner, I. (eds) European family law in action, volume IV: Property relations between spouses. Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, 2009, за Белгија - 176- 177; за Франција - 180-182; за Португалија - 189; за Швейцарија - 193-194. За Франција вж. още Chauveau, V., Comec, A. - In: Hamilton, C., Perry, A. (eds) Family law in Europe. LexisNexis Butterworths, UK, 2002, p. 262.

Mihail Malchev, PhD

Faculty of Law of the University of Rousse „Angel Kanchev“, Republic of Bulgaria,

PhD and Associate Professor of Law, Judge at the Sofia City Court, Republic of Bulgaria

**DOES IT PROTECT IN PRACTICE THE PROVISION OF ART. 26
OF THE FAMILY CODE
THE INTERESTS OF THE FAMILY?**

Summary

The provision of Art. 26 of the Family Code of the Republic of Bulgaria introduces a restriction of ownership of the family home when it belongs to only one of the spouses. During the marriage, the husband-owner cannot freely dispose of the family home, but must comply with certain legal requirements. The review of the case law on the application of Art. 26 of the Family Code can answer the question of whether the legal framework best protects the interests of the family.

Key words: *disposition of family home, restrictions, case law, proposals de lege ferenda.*

Проф. д-р Тодор Каламаџиев*
М-р Никола Мурџев**

ПРАВНИ АСПЕКТИ НА ИНСТИТУТОТ РАБОТА ОД ДОМА ВО МАКЕДОНСКОТО ТРУДОВО ЗАКОНОДАВСТВО И УПОТРЕБА НА СОВРЕМЕНИТЕ ДИГИТАЛНИ ВЕШТИНИ НА РАБОТНИЦИТЕ ЗА ИЗВРШУВАЊЕ НА РЕДОВНИТЕ РАБОТНИ ОБВРСКИ ОД ДОМА

UDK 349.245:004
Original research paper

***Апстракт:** Динамичните процеси кои овозможуваат функционална флексибилност на работните односи предизвикуваат своевидна актуелност на трудово-правните состојби на современите пазари на труд, под чиј превез се развиваат флексибилните форми на работа, односно флексибилното извршување на редовните работни обврски од страна на работниците. Со илудувањата кон хоризонталноста доаѓаат во израз која се вклучуваат два фактори во рамки на пазарите на труд, првото флексибилност на работниот однос и општочување на вршењето на работата од дома, како и второто, дигитализирање на трудово-правното искуство „работа од дома“ и осовременување на овој искуство со можностите за развој на работниот однос кои ги нуди современата дигитална технологија. Во насока на популаризирање на дигитализацијата на редовниот работен однос изразено кон можността да се вршат работните обврски на работниците од дома, општо за тие дејности и занимања каде од објективната природа на работниот ангажман е возможно работниците да продолжат да ги извршува своите работни обврски од дома, општо на овој труд се однесува кон работниците кои имаат засновано редовен работен однос, односно склучено договор за вработување на неодредено време и договор за вработување на одредено време. Трудот ги анализира Конвенцијата C177 на Меѓународната организација на труд, која го регулира работењето од дома, како и Препораката R184 на Меѓународната организација на труд за работа од дома. Дојдовниелните параметри*

* редовен професор, Правен факултет Јустинијан Први Скопје

** докитранд на Правен факултет Јустинијан Први Скопје

кои се оифајтени во рамки на пџрудои се однесуваат кон стџекнувањето и оифајтои на диџитални вештини на работничките, пџрследено со уџвврдувањето пџодобности и избор на одреден работник да извршува работни обврски од дома, соласно интџернатна систџематџизација на работничките месџа кои ги има оџределено работодавачоџ. Вџториоџ пџераметџар се однесува кон пџотребатџа за воведување на оџшџа пџостџайка за пџромена на работноџо месџо на работничкоџ и неџово уџпџтџување за извршување на работничките обврски од дома. Последниоџ сеџменџ од пџрудои се однесува кон пџосочување на пџреџораки за пџлесна пџрактџична пџрименливост и оџџимџизација на инстџитџуџоџ работџа од дома во рамки на редовниоџ работџен однос, во времиња на актџивна диџитализација на пџрудои. Преџораките за оџџимџизација се насочени кон две нивоа, односно на ниво на национална леџислатџива и на ниво на работодавач.

Клучни зборови: работџен однос, работџа од дома, диџитализација, диџитални вештини.

ВОВЕД

Динамичните процеси кои овозможуваат функционална флексибилност на работните односи предизвикуваат своевидна адаптација на работниците и работодавачите кон новите општествени состојби, односно развојот на технологијата и користењето на современите дигитални алатки и компоненти под чија рамка се изменуваат границите на можноста во рамки на работниот однос. Институтот работа од дома како своевидна посебна функционално-флексибилна форма на извршување на работните обврски во рамки на работниот однос, наложува согледување на развојните технолошки стадиуми, како и негово осовременување во рамки на македонските позитивно-правни законски решенија, во прџсрет на процесите на дигитална трансформација, процеси кои отпочнуваат нова епоха на дисперзија на влијанието и значењето на стекнување на дигитални вештини на работниците во рамки на работниот однос.

I. ГЕНЕРАЛЕН ПРИКАЗ НА ИНСТИТУТОТ РАБОТА ОД ДОМА ВО МАКЕДОНСКОТО ЗАКОНОДАВСТВО

Во рамки на македонската позитивно-правна позиционираност кон институтот работа од дома, треба да се нагласи дека истиот е опфатен во консолидираните одредби од стариот Закон за работните односи¹ (применлив од 1993 година до 2005 година), при што неговата уреденост продолжува и во рамки на постоечко-применливиот Закон за работни односи² (введен во правниот сообраќај од 2005 година, применлив до денес) и консеквентните измени и дополнувања на овој законски акт. Во посочениот период, во рамки на понатамошниот текст, ќе биде подетално анализирана развојната генеза на институтот работа од дома во рамки на двата Закони за работните односи.

1. Поставеноста на првиот Закон за работните односи кон институтот работа од дома

Поради потребата од согледување на историската развојна генеза на институтот работа од дома, воведно треба да извршиме своевидно скицирање на опфатниот период во рамки на кој овој институт примарно се интегрира во македонското законодавство. Имено, институтот работа од дома за прв пат во македонскиот позитивно-правен сообраќај е опфатен и регулиран во рамки на првиот Закон за работните односи, односно со Законот за изменување и дополнување на Законот за работните односи од 2003 година.³ Во рамки на оваа измена и дополнување, за прв пат, институтот работа од дома, се додава во Глава II (*Засновање на работен однос*), при што под точката 4 (*Работен однос на неодредено и одредено работно време*), се додава нова точка 4-а (*Вршење работи дома*), при што вршењето на работа дома се регулира со три нови членови (член 24-а, член 24-б и член 24-в).

¹Закон за работните односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 80/93, 3/94, 14/95, 53/97, 59/97, 21/98, 25/00, 34/00, 3/01, 50/01, 25/03 и 40/03).

²Закон за работните односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 62/05, 106/08, 161/08, 114/09, 130/09, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15, 27/16, 120/18 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 110/19, 267/20, 151/21 и 288/21).

³Закон за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 25/2003).

Согласно воведувањето на правниот институт „вршење работа дома“ во 2003 година, законодавецот дефинира дека како вршење работа дома се смета работата која работникот ја врши во својот дом или во простории по свој избор коишто се надвор од деловните простории на работодавачот, со склучување на договор за работа за вршење работа дома.⁴ Понатаму, согласно слободата за договорање на работниот ангажман помеѓу работодавачот и работникот, законодавецот определил дека со договор за работа за вршење работа дома, работодавачот и работникот можат да се договорат, работникот да ја врши онаа работа од дома која спаѓа во дејноста на работодавачот или која е потребна за извршување на дејноста на работодавачот.⁵ При тоа, работодавачот бил задолжен еден примерок од „договорот за работа за вршење работа дома“ да му достави на надлежниот државен инспектор на трудот во рок од осум дена од денот на склучувањето на договорот.⁶ Во однос на утврдувањето на правата, обврските и уловите кои зависат од природата на работата дома, во рамки на работниот однос поставен под темелите за извршување на работниот ангажман на неопределено и определено работно време, законодавецот посочил дека тие треба да бидат предмет на регулирање со договорот за работа за вршење на работа дома, при што, освен тогашните основни одредби кои требало да ги содржи договорот за работа,⁷ предметниот опфат тежнеел кон тоа

⁴ Ibid, член 24-а, став 1.

⁵ Ibid, член 24-а, став 2.

⁶ Ibid, член 24-а, став 3.

⁷ Овој јадро на основни одредби кои треба да ги содржи договорот за работа се уредени при првото (основно) формирање на Законот за работните односи воопшто (во 1993 година), следствено по успешното референдумско изјаснување за суверена и независна држава Македонија на 8-ми септември 1991 година, период во кој се формираше автономен македонски правен сообраќај. Во рамки на првиот Закон за работните односи, како основни одредби кои треба да бидат опфатени со договорот за работа, законодавецот ги наведува:

- работите за кои работникот заснова работен однос;
- траењето на работниот однос (на определено или на неопределено време);
- работите на работното место кои работникот ќе ги врши и местото во кое се вршат работите;
- денот на стапување на работа;
- начинот на вршење проверка на способноста за вршење на работите на работното место, ако е предвиден како посебен услов за засновање на работен однос;
- работното време;
- одморите и отсуствата;
- стручното оспособување и усовршување;
- висината на основната плата и рок на нејзината исплата и надоместоците;

да се регулираат и состојбите кои се однесуваат на:⁸

- видот на работата и начинот на организирање на работата;
- условите за работа;
- безбедни услови за работа и начинот на вршењето надзор над работата на вработениот;
- висина на платата за извршената работа;
- користење и употреба на средства за работа на вработениот и надоместок за нивната употреба;
- надоместок на другите трошоци за работа и начин на нивното утврдување и соодветно другите права и обврски.

Во поглед на инспекцискиот надзор врз работата која требало да се врши од дома, законодавецот регулирал дека државниот инспектор на трудот може на работодавачот да му забрани да организира работа од дома ако работата од дома е штетна за работниците кои вршат работа дома и за другите граѓани или за животната и работната околина каде што се врши работата, притоа оставајќи можност со друг закон или пропис да се определат работите кои не би смееле да се вршат од дома.⁹

2. Поставеноста на вториот Закон за работните односи кон работењето од дома

Вториот Закон за работните односи (инкорпориран во правниот сообраќај од 2005 година кој, надополнет со последователните измени и дополнувања, кој е во сила до денес) прави позадлабочено и подетално структурирање на институтот работа од дома во поглед на регулациониот опфат и нормативната поставеност, кој споредбено до 2005 година, го правеше првиот Закон за работни односи и тоа во неколку дополнителни сегменти.

Воведно, како што сукцесивно-нормативно утврдува и вториот Закон за работните односи, под вршење на работа дома се подразбира работата која работникот ја врши во својот дом или во простории по

-
- распоредувањето;
 - заштитата при работа;
 - престанокот на работниот однос; како и
 - други права и обврски од работен однос во согласност со законите и колективните договори.

Види: Закон за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 80/1993), член 16.

⁸ Закон за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 25/2003), член 26-б, став 2.

⁹ Ibid, член 24-в.

свој избор што се надвор од деловните простории на работодавачот, при што со договорот за вработување со вршење на работа дома работодавачот и работникот можат да се договорат, работникот да ја врши работата којашто спаѓа во дејноста на работодавачот или која е потребна за извршување на дејноста на работодавачот дома.¹⁰ Новина е променетиот рок во којшто работодавачот е должен договорот за вработување за вршење на работа дома да му го достави на инспекторот на трудот, при што со вториот Закон за работни односи, овој рок е намален од осум денови на три денови,¹¹ сметано од денот на склучувањето на договорот, при што измената тежнее кон своевидно поекспедитивно запознавање на трудовиот инспекторат со фактичката состојба од која произлегува сознание дека е заснован работен однос од кој, во светлина на слободата на договарање, од која работодавачот и работникот се договориле работата да се врши од дома.¹² Покрај ова, новина во законското решение е воведувањето на одредба која се однесува кон работодавачот и неговата обврска за надоместување за употребата на сопствените средства на работникот кои ги користел при извршување на работата од дома, при што во однос на висината на надоместокот законодавачот наведол дека истата ја определуваат работодавачот и работникот во рамки на договорот за вработување.¹³ Новина исто така преставува воведувањето на обврска за вкрстување на договорот за вршење на работа од дома со прашањата кои се однесуваат кон безбедноста и здравјето при работа. Во поглед на овој аспект, законодавецот го обврзува работодавачот дека истиот е должен да обезбеди безбедни услови за заштита при работење од дома.¹⁴

Вториот Закон за работните односи исто така му дава моќ на инспекторот во областа на трудот да може на работодавачот да му го забрани организирањето на работа дома доколку работата од дома е штетна за работниците кои работат дома, или за животната и работната средина каде што се врши работата, притоа идентично како и првиот Закон за работните односи, остава можност со друг закон или пропис да се определат работите кои не би смееle да се вршат од дома.¹⁵

¹⁰ Закон за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 62/2005), член 50, став 1 и став 2.

¹¹ Ibid, член 50, став 3.

¹² Ibid, член 50, став 4.

¹³ Ibid, член 50, став 5.

¹⁴ Ibid, член 50, став 6.

¹⁵ Ibid, член 51 и член 52.

Чекор понатаму, во однос на паузите и одморите за време на работењето, во делот на посебностите на начинот на вршење на работа, исто така новина е одредбата која утврдува дека во одредени случаи кога работното време не е можно однапред да се распореди или кога работникот сам си го распоредува работното време самостојно, вклучително и за работниците кои вршат работа дома, работодавачот не е должен да ги земе предвид одредбите на Законот за работните односи во однос на ограничувањата на работното време, ноќната работа, одморот, дневниот и неделен одмор, под услов, на работниците да им е обезбедена заштита при работата.¹⁶ Треба да се укаже дека во поглед на наведената одредба, поради нејзината недоволна кристализираност кон позицијата која законодавецот требал да ја конфигурира и зајакне во рамки на законското решение, постои простор за селективно толкување кое насочува дека во одредени случаи, работниците кои работат од дома би можеле да се соочат со надминување на договорените часови за работа во определен работен ден, недела или период, во насока на зголемување на вкупниот број на работни часови кои дневно работникот ги посветил кон вршење на работата од дома (на пр. наместо 8 работни часови дневно, работодавачот би можел да му наложи на работникот да работи 12 или повеќе часа во текот на денот, доколку под одредени причини работодавачот не би можел однапред да го распореди работното време), притоа во одредени екстремни и *mala fides* околности, начинот на кој е конфигурирана оваа одредба, остава простор работодавачот да го обврзе работникот компресирано да работи и ноќе од дома, со што тоа повлекува и низа останати проблематики кои би можеле да се провлекуваат како евентуални проблеми кои би требало поструктурно да се адресираат бидејќи создаваат колизија на трудово-правните норми.¹⁷

¹⁶ Ibid, член 135.

¹⁷ Во прилог се издвојуваат шест проблематики врз основа на кои би се развила фактичка состојба која би предизвикала колизија на позитивно-правните норми во рамки на истиот применлив законски акт и следствените измени и дополнувања кои го уредуваат редовниот работен однос во кој се опфатени посебни групи на работници или обврската за известување на инспекторатот во областа на трудот за воведувањето на овој интерен модел на работа од дома во рамки на работниот процес на работодавачот, при што доколку работодавачот не соодветно пристапи кон воведување на работен модел кој вклучува и обврска за работа ноќе од дома, би требало да се адресираат неколку проблематики:

1. Должност за известување на трудовиот инспекторат за ноќна работа, при што подекстензивно *analogia intra legem* толкување, ова би се однесувало и за вршењето на ноќната работа од дома. – „Работодавачот, кој користи редовно работници за ноќна работа е должен да ја извести инспекцијата на трудот“

Вториот Закон за работни односи за прв пат во 2005 година воведува и новина во делот на казнените одредби, од каде законодавецот предвидел дека со парична казна за прекршок од 100.000 до 200.000 денари ќе се казни за прекршок работодавачот во својство на правно лице, ако на работник кој работи со скратено работно време му наложи

(Член 127 став 3 од ЗРО).

Инкорпорирано како одредба подоцна со Законот за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 130/2009), член 10.

2. Отварање на прашањето за начинот на работење и правата на работниците кои работат ноќно време а кои би се соочиле со нарушен здравствен биланс поради работењето ноќе, подекстензивно *analogia inra legem* толкување вклучително и при вршењето на работа од дома во ноќниот период - „Ако на работник заради ноќна работа според мислење на лекарската комисија заради таквото работење би можела да му се влоши здравствената состојба, работодавачот е должен да го ангажира на соодветна работа дење“ (член 128 став 2 од ЗРО).

Инкорпорирано во ист период со Законот за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 130/2009).

3. Должност за обезбедување на паричен надоместок од работодавачот кон работникот кој работи ноќе – „обезбедување на соодветна храна или надоместок на трошоци за исхрана во висина од 20% од просечната нето плата по работник исплатена во Република Северна Македонија во претходната година, сразмерно за деновите кога работникот работи ноќе“ (член 128 став 3 точка 2 од ЗРО).

Инкорпорирано подоцна со Законот за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 120/2018).

4. Немоност за извршување на ноќна работа од дома на жените кои работат во секторите индустрија и градежништво – „Работничка од областа на индустријата и градежништвото не може да се распореди на работа ноќе ако работата во тоа време би оневозможила да оствари одмор од најмалку седум часа во времето меѓу 22,00 часот и 5,00 часот наредниот ден“ (член 131 став 1 од ЗРО).

Инкорпорирано во ист период со Законот за изменување и дополнување на Закон за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 130/2009).

5. Забрана за вршење на ноќна работа од дома на малолетници – „Работникот кој се уште не наполнил 18 години возраст не смее да работи ноќе меѓу 22,00 часот и 6,00 часот наредниот ден“ (член 175 став 1 од ЗРО).

Инкорпорирано во ист период со Законот за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 130/2009).

6. Заштита на повозрасни работници (57+ години жени и 59+ години мажи) – „На повозрасниот работник работодавачот без согласност на работникот не смее да му одреди прекувремена или ноќна работа“ (член 180 од ЗРО).

Инкорпорирано во ист период со Законот за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 130/2009).

да работи преку договореното време и ако на инспекторот на трудот не му достави примерок од договорот за вработување за вршење на работа дома.¹⁸ Чекор понатаму, во делот на глобите, во 2008 година законодавецот врши модификација и воедно посочува дека глоба во износ од 8.000 евра во денарска противвредност ќе му биде изречена на работодавач во својство на правно лице за сторен прекршок, ако на работник кој работи со скратено работно време му наложи да работи преку договореното време и ако на инспекторот на трудот не му достави примерок од договорот за вработување за вршење на работа дома.¹⁹ Следствено, во 2010 година, законодавецот додава нов член кој се однесува за издавање на глоба во износ од 1.000 евра во денарска противвредност за прекршок на работодавач во својство на правно лице, ако на инспекторот за труд не му достави примерок од договорот за вработување за вршење на работа дома.²⁰ Конечно, во однос на глобите, во 2020 година, во период на изразена општествена доминација на проблемите на пазарот на труд, кои настанаа во однос на справувањето со SARS-CoV-2 (COVID-19) глобалната вирулентна пандемија која воедно го опфати и македонското општество, законодавецот носи нова нормативна одлука со која горенаведената инкорпорирана одредба за

¹⁸ Закон за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 62/2005), член 264 став 1 точка 12. Воедно коректно е да се нагласи дека и наведената одредба исто така контрадикира со правната празнина која ја направил законодавачот при номотехницирањето на членот 135 кој се однесува на посебностите на начинот на вршење на работа, поточно во делот кој се однесува на работниците кои работат од дома, како што е погоре наведено. *Argumentum a contratio*, исто така треба да се има во предвид дека во време усвојувањето на ова законско решение во 2005 година, се уште процесите на дигитална трансформација не беа активни во тој степен и со таков интензитет од кое согледување би можело да настане своевидно неадекватно компонирање на законската одредба согласно развојниот детерминизам на процесите на дигитална трансформација и дигитализацијата на трудот од гледна точка на третата деценија од новиот милениум. Напротив, веруваме дека во време на релативно помалку нагласена дигитална трансформација на македонското општество, законодавачот не можел во 2005 година најпедантно и најпрецизно да предвиди како би се развивале концептолошките апроксимации на применливоста на институтот на работа од дома, вклучително и во времињата со кои глобалната заедница, но и македонското општество, беа соочени со SARS-CoV-2 епидемијата, кои пак околности, концептологијата за вршење на работата од дома и нејзината широко-опсежна применливост ја постави на претходно незабележливо висок трудово-правен пиедестал.

¹⁹ Закон за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 106/2008), член 26 кој се однесува за измена на членот 264, став 1, точка 9.

²⁰ Закон за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 124/2010), член 42 кој се однесува за додавање на нов член 265-а, став 1 точка 3.

издавање на глоба во износ од 1.000 евра во денарска противвредност, ја изменува и го намалува износот, но воедно ја скалира одговорноста кон три потенцијално одговорни субјекти, односно глоба во износ од 200 до 300 евра во денарска против вредност ќе му се изрече на мал работодавач-правно лице, глоба во износ од 300 до 400 евра во денарска противвредност на среден работодавач-правно лице, глоба во износ од 400 до 600 евра во денарска противвредност на голем работодавач-правно лице, ако на инспекторот за труд не му достави примерок од договорот за вработување за вршење на работа дома.²¹

II. МЕЃУНАРОДНИ СТАНДАРДИНА МОТ ЗА РАБОТА ОД ДОМА

1. Конвенција С177 за работа од дома на Меѓународната организација на труд

Конвенцијата С177 на МОТ наведува дека, под поимот работа од дома, се подразбира работата која ја врши лице кое има својство на работник од дома (homeworker), при што работникот од дома ја извршува работата: а) во неговиот/нејзиниот дом или во други простории по негов/нејзин избор, освен на работното место на работодавачот; б) за одреден надоместок; и в) што резултира со (создавање на) производ или услуга на начин на којшто е определено од страна на работодавачот, без оглед на тоа кој ја обезбедува опремата, материјалите или другите употребени инпути (за создавање на производот или услугата) освен ако ова лице го има степенот на автономија и економска независност неопходен за да се смета за независен работник според националните закони, прописи или судски одлуки.²² При тоа, лицата кои имаат статус на „вработени лица“ не стануваат работници кои работат од дома ако повремено пристапуваат кон извршување на својата работа како „вработени лица“ од дома, наместо од нивните вообичаени работни места.²³

Чекор понатаму, Конвенцијата С177 на МОТ, за секоја држава што

²¹ Закон за изменување и дополнување на Законот за работните односи (Службен весник на Република Македонија бр. 267/2020), член 8 кој се однесува за измена на членот 265-а, став 1 точка 2.

²² Член 1, точка (а), International Labour Organization. *C177 - Home Work Convention*. 1996, www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312322. Accessed 26 July 2022.

²³ Член 1, точка (б), *ibid*.

ке ја ратификува конвенцијата, помеѓу кои е Република Северна Македонија,²⁴ во општа форма посочува дека националната политика за работа од дома треба да промовира, колку што е можно, поеднаков третман помеѓу работниците кои работат од дома и другите приматели на плата, земајќи ги предвид посебните карактеристики на работењето од дома и онаму каде што е соодветно, условите што се применуваат за ист или сличен вид на работа во претпријатие.²⁵ Притоа, при конкретизирање на еднаквиот третман, истиот треба да биде изразен преку: (а) правото на работниците кои работат од дома, да основаат или да се приклучат на организации по сопствен избор и да учествуваат во активностите на таквите организации; (б) заштита од дискриминација при вработување и вршење на професијата; (в) заштита во областа на безбедноста и здравјето при работа; (г) надоместокот; (д) законска заштита на социјално осигурување; (ѓ) пристап до обуки; (е) минимална возраст за вработување или работење; и (ж) заштита на мајчинството.

2. Препорака R184 за работа од дома на Меѓународната организација на труд

Препораката R184 за работа од дома нуди неколку предлози и мерки кои треба да помогнат кон ефективно имплементирање на Конвенцијата C177 за работа од дома, кои пак се поделени во неколку области, и тоа: општи одредби; надзор на работата од дома; минимална возраст за работа од дома; право на организирање и колективно преговарање; надоместок на работниците кои работат од дома; безбедност и здравје при работа; работни часови, одмори и отсуства; социјално осигурување и заштита на мајчинството; правна заштита во случај на престанок на работниот однос; решавање на спорови; програми поврзани со (поттикнување на) работењето од дома и пристап до информации. Кон целосниот опфат на правата на работниците и обврските работодавачите, како и обврските за националното законодавство, кои произлегуваат од Препораката R184 на МОТ за работа од дома, во прилог издвојуваме графички табеларен приказ на истите.²⁶

²⁴ Конвенцијата C177 на МОТ за работа од дома е ратификувана на 03.10.2012 година.

²⁵ Член 4, став 1, *ibid*.

²⁶ Извадоците приложени во рамки на табеларниот приказ се преземени во целост, и воедно истите се составен дел, од содржинскиот текст на Препораката R184 на МОТ за работа од дома. За подетален содржински увид на Препораката R184, види: International Labour Organization. *R184 - Home Work Recommendation*. 1996, https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12100:::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_

Категорија	Обврски за националните власти	Обврски за работодавачите
Општи одредби	<ul style="list-style-type: none"> - Секоја земја членка (потписничка на Конвенцијата на МОТ) треба, во согласност со националното законодавство и практика, да назначи орган или органи на кои им е доверено формулирањето и спроведувањето на националната политика за работење од дома; - Во формулирањето и спроведувањето на оваа национална политика, колку што е можно, треба да се користат трипартитни тела или организации на работодавачи и работници; - Во отсуство на организации кои се занимаваат соработење од дома, или организации на работодавачи или работници кои работат од дома, горепосочените органи треба да направат соодветни аранжмани за да им дозволат на овие работници и работодавачи да ги изразат своите мислења за национална политика за работа од дома и за донесените мерки за нејзино 	<ul style="list-style-type: none"> - Работникот кој работи од дома треба да биде информиран за неговите/нејзините специфични услови за вработување во писмена форма или на кој било друг соодветен начин во согласност со националното законодавство и практика, при што, овој вид на информации, особено треба да ги вклучува и: (а) името и адресата на работодавачот и посредникот, доколку ги има; (б) скалата или стапката на ренумерација/надоместок за работа од дома и методите врз основа на кој истиот ќе се пресметува; (в) видот на работата што треба да се извршува од дома.

спроведување;

- Детални информации, вклучувајќи податоци класифицирани според полот, за обемот и карактеристиките на домашната работа треба да се соберат и да се ажурираат за да послужат како основа за националната политика за работење од дома и за мерките усвоени за нејзино спроведување, при што овие информации треба да бидат објавени и јавно достапни.

Надзор на работењето од дома

- Надлежниот орган на национално ниво и, каде што е соодветно, на регионално, секторско или локално ниво, треба да обезбеди регистрација на работодавачите на работници кои работат од дома и на сите посредници што ги користат тие работодавачи, при што надлежниот орган треба да ги специфицира информациите што работодавачите треба да ги достават или да ги чуваат на располагање на органот;
 - Доколку е во согласност со националното законодавство и практиката во врска со
- Од работодавачите треба да се бара да го известат надлежниот орган кога првпат издаваат можност за работниците да работат од дома;
 - Работодавачите треба да водат Регистар на работници кои работат од дома, класифициран според пол;
 - Работодавачите исто така треба да водат евиденција за работата доделена на работникот кој работи од дома, која треба да го нотира: (а) распределеното време за работа од дома; (б) стапката на ренумерација за работа од дома; (в) трошоците

	<p>почитувањето на приватноста, на трудовите инспектори или други службеници на кои им е доверено спроведување на одредбите што се применуваат за работа од дома, треба да им биде дозволено да влезат во деловите од домот или другите приватни простории во кои се врши работата;</p> <p>- Во случаи на сериозни или повторени прекршувања на законите и прописите кои се применуваат за работа од дома, треба да се преземат соодветни мерки, вклучително и евентуална забрана за одобрување на работење од дома, во согласност со националното законодавство и практика.</p>	<p>направени за работа од дома, доколку ги има, работникот кој работи од дома и износот што се надоместува во однос на нив; (г) сите одбитоци направени во согласност со националните закони и прописи; доспеаниот бруто надоместок и исплатената нето-награда, заедно со датумот на плаќање;</p> <p>- При евиденција на работата од дома, работодавачот треба да изготви записник кој треба да му го достави на работникот кој работи од дома</p>
Минимална возраст	- Националните закони и прописи кои се однесуваат на минималната возраст при вработување или отпочнување со работа, треба да важат и за работењето од дома.	///
Право на организирање и колективно преговарање	- Отстранување на законските и административните бариери кои попречуваат	///

остварување на правото на работниците кои работат од дома да основаат свои организации или да се приклучат на работничките организации по свој избор и да учествуваат во активностите на таквите организации;

- Идентификување и отстранување на пречки кои оневозможуваат остварување на правото на организациите наработници кои работат од дома да се приклучуваат на синдикалните федерации или конфедерации;
- Преземање на мерки за поттикнување на колективното договарање како средство за утврдување на условите за работа на работниците кои работат од дома.

Надоместок

- Најмалку минималните стапки на платите треба да бидат фиксирани за работењето од дома, во согласност со националното законодавство и практика;
- Стапките на наградување на работниците кои работат од дома треба да се фиксираат по можност со колективно договарање,

- За одредена работа платена по парче, стапката на ренумерација на работникот кој работи од дома, треба да биде споредлива со онаа што ја добива работникот во претпријатието на работодавачот, или ако нема таков работник, во друго претпријатие

- или доколку истото изостанува, со:(а) одлуките на надлежниот орган, по консултации со најрепрезентативните организации на работодавачи и работници, како и организациите кои се засегнати работниците кои работат од дома и оние на работодавачите на работниците кои работат од дома, или кога вторите организации не постојат, претставници на работниците кои работат од дома и на работодавачите на работниците кои работат од дома; или со (б) друг соодветен механизам за одредување плати на национално, секторско или локално ниво;
- Националните закони и регулативи кои се однесуваат на заштитата на платите треба да важат и за работниците кои работат од дома;
 - Националните закони и регулативи треба да обезбедат сет на однапред утврдени критериуми за одбитоци и треба да ги заштитат работниците кои работат од дома, од неоправдани одбитоци за неисправна работа или во гранката на дејноста која ја врши работодавачот;
- Работниците кои работат од дома, треба да добијат надоместок за: (а) трошоци направени во врска со нивната работа, како што се оние кои се однесуваат на користење на енергија и вода, комуникации и одржување на машини и опрема; и (б) за времето поминато во одржување на машини и опрема, менување алатки, сортирање, распакување и пакување и други такви операции;
 - Работниците кои работат од дома треба да бидат платени или при испорака на секоја завршена работна задача или во редовни интервали од не повеќе од еден месец;
 - Кога се користи посредник, посредникот и работодавачот треба да бидат солидарно одговорни за исплата на надоместокот што им се должи на работниците кои работат од дома, во

	расипани материјали.	согласност со националното законодавство и практика.
Безбедност и здравје при работа	- Надлежниот орган треба да обезбеди ширење на насоките и упатствата во врска со безбедносните и здравствените прописи и мерките на претпазливост што работодавачите и работниците кои работат од дома треба да ги почитуваат. Таму каде што е изводливо, овие упатства треба да се преведат на јазик кој е разбирлив за работниците кои работат од дома.	- Обврски на работодавачите: (а) да ги информираат работниците кои работат од дома за какви било опасности што се познати или треба да бидат познати на работодавачот поврзани со работата што им е дадена и за мерките на претпазливост што треба да се преземат, и да им се обезбеди, каде што е соодветно, потребната обука; (б) да се осигураат дека машините, алатките или другата опрема што им се дава на работниците кои работат од дома се опремени со соодветни безбедносни уреди и да се преземаат разумни чекори за да се осигураат дека тие се правилно одржувани; и (в) бесплатно да им обезбеди на работниците кои работат од дома секаква неопходна лична заштитна опрема.

Работни часови, одмори и отсуства	<ul style="list-style-type: none"> - Националните закони и прописи треба да ги утврдат условите под кои работниците кои работат од дома треба да имаат право на бенефиции, како и другите работници, вклучително и платени државни празници, платен годишен одмор и платено боледување. 	<ul style="list-style-type: none"> - Рокот за завршување на работните обврски не треба да го лиши работникот кој работи од дома од можноста да има дневен и неделен одмор во споредлив со оној дневниот и неделниот одмор што го уживаат останатите работници.
Социјално осигурување и заштита на мајчинството	<ul style="list-style-type: none"> - Работниците кои работат од дома треба да имаат корист од социјалната заштита и тоа преку: (а) проширување на постоечките одредби за социјално осигурување за да бидат опфатени и работниците кои работат од дома; (б) прилагодување на шемите за социјално осигурување за да со нив бидат опфатени и работниците кои работат од дома; или (в) развивање на посебни шеми или фондови за работниците кои работат од дома; - Националните закони и прописи во областа на заштитата на мајчинството треба да бидат применливи и за работничките кои работат од дома. 	///
Правна заштита во случај на	<ul style="list-style-type: none"> - Работниците кои работат од дома треба имаат можност да ја користат 	///

престанок на работниот однос	истата заштита како онаа што им се обезбедува на другите работници во однос на престанокот на работниот однос.	
Решавање на спорови	- Надлежниот национален орган треба да обезбеди дека постојат механизми за решавање на спорови помеѓу работникот работникот кој работи од дома и работодавачот, или било кој посредник што го користи работодавачот за решавање на спор.	///
Програми поврзани со работењето од дома	- Секоја држава, во соработка со организациите на работодавачите и работниците, треба да промовира и поддржува програми кои: (а) ги информира работниците кои работат од дома за нивните права и за видовите на помош што им се достапни; (б) ја подигаат свеста за прашањата поврзани со работењето од дома кај организациите на работодавачите и работниците, невладините организации и јавноста во целина; (в) го олеснуваат организирањето на работниците кои работат од дома во организации по сопствен избор, вклучително и во задруги;	///

(г) обезбедуваат обука за подобрување на вештините на работниците кои работат од дома (вклучувајќи ги и нетрадиционалните вештини, лидерските и преговарачки вештини), продуктивноста, можноста за вработување и капацитетите за заработка; (д) обезбедуваат обука која се спроведува што е можно поблиску до домовите на работниците; (ѓ) ја подобруват безбедноста и здравјето на работниците кои работат од дома, како што е олеснување на нивниот пристап до опрема, алатки, суровини и други основни материјали кои се безбедни и со добар квалитет; (е) го олеснуваат создавањето на центри и мрежи за работниците кои работат од дома со цел да им се обезбедат информации и услуги и кои помагаат да се намали нивната домашна изолација; (ж) го олеснуваат пристапот до кредити, подобрување на домувањето и сместувањето на работниците и грижата за нивните деца; (з) го

	<p>промовираат уважувањето на работењето од дома како валидно работно искуство;</p> <p>- Пристапот до горенаведените програми треба да биде обезбеден и за работници од рурални средини кои работат од дома;</p> <p>- Усвојување на програми за елиминирање на експлоатација на детскиот труд при работење од дома.</p>	
Пристап до информации	- Таму каде што е изводливо, информациите за правата и заштитата на работниците кои работат од дома, треба да се обезбедат на јазици разбирливи за работниците.	- Таму каде што е изводливо, обврските на работодавачите кон на работниците кои работат од дома, треба да се обезбедат на јазици разбирливи за работниците.

Табела 1 - Табеларен приказ на правата и обврските кои произлегуваат од националните власти и работодавачите од Препораката R184 на МОТ за работа од дома

Во рамки на Препораката R184 за работа од дома, обврските кои настануваат за работниците се изразени исклучиво во однос на безбедноста и здравјето при работа. Во овој сегмент, работниците кои работат од дома имаат обврска: (а) да се усогласат со пропишаните мерки за безбедност и здравје при работа; и (б) да водат разумна грижа за сопствената безбедност и здравје и за здравјето на другите лица кои можат да бидат засегнати од нивните дела или пропусти на работа, вклучително и правилната употреба на материјалите, машините, алатките и другата опрема што им се става на располагање. Притоа, работник кој работи од дома, кој одбива да изврши работа за која има

разумно оправдување да верува дека работата претставува непосредна и сериозна опасност за неговата/нејзината безбедност или здравје, треба да биде заштитен од несакани последици на начин што е во согласност со националните прописи, притоа работникот кој работи од дома треба да ја пријави ситуацијата кај работодавачот без одлагање. Додека пак, во случај на непосредна и сериозна опасност за безбедноста или здравјето на работникот кој работи од дома, неговото семејство или јавноста, на начин утврден од инспектор за труд или друг службеник на јавна безбедност, продолжувањето на работа од дома треба да се забрани додека да бидат преземени се соодветни мерки за санирање на состојбата.

I. ДИГИТАЛИЗИРАЊЕ НА ИНСТИТУТОТ РАБОТА ОД ДОМАНИЗ ПРИЗМА НАВЛИЈАНИЕТО НА ДИГИТАЛНИТЕ ВЕШТИНИ НА РАБОТНИЦИТЕ ВО РАМКИ НА РАБОТНИОТ ОДНОС

1. Препознавање на дигиталната умешностна работниците во рамки на работниот однос

Дигитализацијата изразена во рамки на работните односија рекомпонира иднината на работните места, при што работното место отпочнува да се согледува како средина во која:²⁷ (а) флуентноста во комуникацијата, тимската работа и вештините за соработка ќе бидат од суштинско значење за вработливоста и деловниот успех; (б) вработените ќе треба да применуваат креативност, критичко размислување и постојано усовршување за решавање комплексни проблеми; и (в) зголемената употреба на паметни машини ќе значи дека на работниците ќе им треба „екстремна дигитална умешност“ за да го искористат максимумот од софтверот и уредите и да ги земат своите лични работни места со себе. Дигиталната умешност опишува збир на верувања, размислувања и однесувања кои им помагаат на вработените да испорачаат побрзи и повредни резултати произлезени од дигиталните иницијативи, при што вработените лица со високи нивоа на дигитална умешност се отворени за потенцијалот на технологијата, спремни да ги менуваат улогите и да преземаат ризици, тие се квалифицираат како вешти лица за примена на репетитивни и колаборативни начини

²⁷ O'Sullivan, Carmel, et al. "Digital Dexterity: A Sustainable Model for Building Essential Skills for the Future Workforce." *Proceedings of the IATUL Conferences*, 2019, p.3, core.ac.uk/download/pdf/226928895.pdf. Accessed 27 July 2022.

на работа и поседуваат силна технолошка поткованост и вештина за управување со податоци (Gartner, 2018). Матрицата на дигитална умешностна работниците која е обликувана од Гартнер е составена од следните атрибути:²⁸

	Дигитално работење	Развивање на дигитални претпријатија
Амбиција	<p>Амбиција да се работи дигитално:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Верување во способноста на технологијата за зголемување на личните задачи и активности; • Подготвеност да се преземат нови улоги за поддршка на плановите за дигитализација; • Согледување на податоците и владеењето со технологијата како критични за напредување во кариерата. 	<p>Амбиција за развивање на дигитални претпријатија:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Конципирање дека дигитализацијата е клучна за ефикасноста на компанијата; • Воведување иновации и преземање на ризици во потрагата по дигитални можности.
Способност	<p>Способност за дигитално работење:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Прилагодливост да се работи на иницијативи со нејасни и променливи барања; • Итеративно/повторливо работење поради подобрување на резултатите од работењето; • Можност да се работи од секаде со поддршка од соодветни технологии. 	<p>Способност за составување на дигитални претпријатија:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Соработување со одговорни и претпоставени лица за да се постави траекторија за дигитализација на компанијата; • Тековно применување на можности за дигитализација за да се подобри оперативното работење; • Добивање на технологии за самореализација на работното место.

²⁸ Gartner. *Digital Dexterity at Work: How and Why to Prepare Your Workforce for the*

Табела 2- Матрицата на дигитална умешностна работнициите
(Gartner, 2018)

Притоа, за да се поттикне дигиталната умешност кај работниците, треба да се овозможи автономија на експериментирање на работниците со новите технологии во рамки на работниот однос (Gartner, 2018) преку: (а) зголемување на технолошкото самоуслужување (во насока на дигитално самоедуцирање) на вработените за да можат да стекнат повеќе технолошки способности за себе; (б) обезбедување на обуки од страна на компаниите во својство на работодавачи за дигитална интеграција на вработените и нивен ИКТ развој без притоа да мора да се изучува кодирање (односно познавање на напредното ниво на ИКТ вештини); и (в) овозможување од страна на малите и средните претпријатија во својство на работодавачи, полесен пристап до технологија за вработените лица.

Од друга страна, за развивање на дигиталната умешност кај работодавачите, потребно е да се развијат лидерски капацитети кај работодавачот, кои ќе можат да ги предводат процесите на дигитализирање на работниот однос, вклучително и овозможувањето да се работи од дома. Од гледна точка на работодавачите, истражувањата на Гартнер (2018 и 2021) посочуваат дека повеќето раководители на претпријатијата не се во целост подготвени да ги раководат процесите на составување на дигитално-ориентирани претпријатија и имплементирање на работни модели кои произлегуваат од дигитализацијата.

2. Фактори кои влијаат врз продуктивноста на работниците при виртуелно-потпомогнато работење од дома

Фактори кои се сметаат за клучни за продуктивноста, перформансите и благосостојбата на работниците кои работата од далечина за време на пандемијата, се издвојуваат:²⁹

Future of Digital. 2018, emtemp.gcom.cloud/ngw/globalassets/en/insights/executive-guidance/documents/insights/executive-guidance-2018q3-digital-dexterity-at-work.pdf. Accessed 27 July 2022.

²⁹ Wang, Bin, et al. "Achieving Effective Remote Working during the COVID-19 Pandemic: A Work Design Perspective." *Applied Psychology*, vol. 70, no. 1, Oct. 2020, p. 17, <https://doi.org/10.1111/apps.12290>.

Карактеристики на виртуелната работа	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Работна автономија;</i> - <i>Мониторинг;</i> - <i>Обем на работа (workload);</i> - <i>Социјална поддршка.</i>
Индивидуален фактор	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Самодисциплина.</i>
Предизвици кои влијаат на работењето од далечина	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Прокрастинација (одложување на преземањето и завршувањето на работните обврски);</i> - <i>Неефективна комуникација;</i> - <i>Нарушување на work-life балансот (помеѓу домот и работата);</i> - <i>Осаменост.</i>
Исход на работниците кои работат од далечина	<ul style="list-style-type: none"> - <i>Перформанси/Резултати;</i> - <i>Здравослужба.</i>

Табела 3 - Фактори кои влијаат на продуктивноста, перформансите и благосостојбата на работниците кои работат од далечина/од дома (Wang et al., 2020)

3. Видови на дигитални вештини кои можат да ги стекнат работниците

Дигиталните вештини се дефинираат како опсег на способности за користење на дигитални уреди, комуникациски апликации и мрежи за пристап и управување со информации. Тие им овозможуваат на луѓето да креираат и споделуваат дигитална содржина, да комуницираат и да соработуваат и да решаваат проблеми за ефективно и креативно самоисполнување во животот, учењето, работата и општествените активности воопшто.³⁰ Меѓународната телекомуникациска унија, која е специјализирана агенција на Обединетите нации надлежна за прашања поврзани со информациско-комуникациската технологија, дигиталните вештини ги дели на три нивоа: основни, средни и напредни.³¹

³⁰ UNESCO. "Digital Skills Critical for Jobs and Social Inclusion." UNESCO, 15 Mar. 2018, en.unesco.org/news/digital-skills-critical-jobs-and-social-inclusion. Accessed 25 Sept. 2022.

³¹ International Telecommunication Union. *Digital Skills Insights*. Geneva, Telecommunication Development Bureau of ITU, 2021, p. 40, academy.itu.int/sites/default/files/media2/file/21-00668_Digital-Skill-Insight-210831_CSD%20Edits%206_

Основни вештини	ИКТ	Средни вештини	ИКТ	Напредни вештини	ИКТ
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Вештини за дигитална основа <ul style="list-style-type: none"> - Вклучување на компјутер, телефон или било кој друг дигитален уред; - Внесување на податоци за корисничка сметка;; - Користење на глушец и тастатура на компјутер; - Користење екран на допир на паметен телефон или таблет; - Користење на менија за поставки на уредот; - Пронаоѓање на различни апликации по избирање на правилни икони на почетниот екран; - Поврзување на интернет преку фиксни или безжични технологии; - Ракувањесоврските за автентикација; - Лоцирање на прелистувач и пронаоѓање на саканата веб-страница; - Безбедно чување на информациите за најавување. 		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Десктоп објавување ▪ Веб објавување ▪ Мултимедијално презентирање ▪ Користење на наменски софтвер за аналитика ▪ Анализа на социјалните медиуми ▪ Употреба на табели и дигитална графика ▪ Третман на евиденција со бази на податоци ▪ Дигитално управување со проекти ▪ Дигитален маркетинг 		<ul style="list-style-type: none"> ▪ Развој на софтвер ▪ Програмирање, веб дизајн и развој на апликации ▪ Дизајн на архитектура на претпријатија ▪ Мрежа и систем администрација ▪ Информациски систем и безбедносни мрежи ▪ Работење со дата-база на податоци и автоматизација задата-поврзување за податоци ▪ Умешност за DevOps (development and operations - збир на практики што комбинира развој на софтвер и ИТ операции кои ја зголемуваат способностада се испорачуваат апликации и услуги со голема брзина) ▪ Вештачка интелигенција ▪ Машинско учење ▪ Интернет на нештата ▪ Анализа на големи податоци (Big Data Analytics) 	

Табела 4 - Потребни организални веешини за организална трансформација (ITU, 2021)

IV. ИНТЕРНА ПОСТАПКА ЗА ПРЕМИНУВАЊЕ КОН РАБОТА ОД ДОМА И НОСИТЕЛ НА ОДЛУКАТА ЗА РАБОТА ОД ДОМА ВО РАМКИ НА РАБОТНИОТ ОДНОС

Во прилог ќе бидат наведени стадиумите на постапката за промена на работното место на работникот при работодавач поради отпочнување на работа од дома. Постапката има практична применливост во случај кога функционалната флексибилност и можноста за работа од дома на работникот не е регулирана во рамки на договорот за работа, вклучително и во случаи во кои се поедноставува можноста за работа од дома, на начин на кој не се користи инструментот анекс на договорот за вработување исклучително и единствено за потребата на утврдување на формата и начинот како да се упатува работникот да работи од дома. Во поглед на наведеното, постапката за промена на работното место на работникот поради отпочнување на работа од дома, има шест директни стадиуми и два пост-пропратни (индиректни) стадиуми, и тоа:

1. Утврдување на подобност на вработеното лице за работа од дома согласно деловните планови и практики на работодавачот и дејноста во која работи:

- Согласно уставното начело на еднаквост во слободите и правата,³² како и начелото на недискриминација во поглед на обезбедување на еднакви можности и еднаков третман на вработените во врска со условите за работа,³³ секое вработено лице на одредена позиција при работодавачот која е компатибилна со националната класификација на дејности³⁴ и интерната систематизација на

Accessible-HD.pdf. Accessed 25 Sept. 2022.

³² Устав на Република Македонија („Службен весник на Република Македонија“ бр. 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09, 49/11, 6/19 и 36/19), член 9.

³³ Закон за работните односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 62/05, 106/08, 161/08, 114/09, 130/09, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15, 27/16, 120/18 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 110/19, 267/20 и 151/21), член 6, став 2, точка 2.

³⁴ Види: Одлука за донесување на Националната класификација на дејностите – НКД РЕВ. 2 (Службен весник на Република Македонија бр. 147/2008) и Одлука

работодавачот за работни места кои се погодни за вршење на работните обврски од далечина, е потенцијален кандидат за вршење на работа од дома;

- Согледување на субјективниот професионален профил на работникот и извршување на проценка од страна на работодавачот дали би се намалила продуктивноста на работникот за чија работна позиција согласно систематизацијата на работните на места на работодавачот е соодветно и возможно работникот да го продолжи работниот ангажман со работа од дома.

2. Полуформална фаза - Разговор за можноста, желбата и потребата за да сепримени работа од дома:

- Важно е да се наведе, доколку е по барање на работникот, зошто вработеното лице сака да ја врши работата од дома;

- Во рамки на иницирање на транспарентен и отворен разговор помеѓу работодавачот и работникот исклучително важно е да се нотира потребата зошто се тежнее кон тоа да се работи од дома, пред се во однос на неколку елементи:

- Поради грижа и нега на новородено дете и мало дете согласно правата кои произлегуваат од Законот за работните односи, Законот за семејството и Законот за социјална заштита;
- Поради боледување, при што вработениот по негово инсистирање настојува да ја доврши започнатата работа од својот дом;
- Поради укажување на нужна грижа и нега на блиско лице;
- Поради професионална рехабилитација и адаптација после доживеана и претрпена повреда на работно место;
- Поради оправдан страв од пандемиско, професионално или друг вид на заболување во рамки на премисите на работната средина и опкружување;
- Порадипотреба за калибрирање на work-life баланс;
- Поради анулирање на дистанцата на патот на релација дома-работа;
- Поради психолошки замор (burnout) и потреба на промена на работната средина;
- Поради основ кој може да се поврзе со заштита на животната средина;

за изменување и дополнување на Одлуката за донесување на Националната класификација на дејностите - НКД РЕВ.2 (Службен весник на Република Македонија бр. 4/2016).

- Поради заштеда на енергенси и други ресурси во кризни општествени состоби;
- Поради иницирање и барање за работа од дома од страна на работодавачот;
- Останати причини.

- Работодавачот треба да го извести работникот доколку тој пристапи кон електронски надзор (исклучиво на работните активности) на вработениот при вршење на работа од дома, односно користење на софтверски решенија за електронско евидентирање на дигиталната премиса на која работи работникот (компјутер, лаптоп, таблет, мобилен телефон, друг уред) и забележување на работните активности кои ги превземал работникот на уредот за времетраењето на работниот ден во рамки на работното време кое работникот го издвоил во текот од денот за работење од дома, односно работното време кое го договориле со работодавачот, во насока на определување на периодот кога работникот кој работи од дома би бил „онлајн“ и достапен за работодавачот, притоа работодавачот треба да води сметка за сензитивноста на податоците кои би ги обработувал и истите да бидат во согласност со Законот за заштита на личните податоци.³⁵

3. Формална фаза - Подготовка и поднесување на барање за работа од дома од работникот до работодавачот:

- Следствено на полуформалната фаза на дискусија помеѓу работникот и работодавачот, во формалната фаза, од страна на работникот се поднесува барање за работа од дома до архивата или одделот за човечки ресурси при работодавачот или директно до работодавачот и истиот треба да биде заведен со архивски број (за писмено барање) или доколку постои можност за поднесување на барањето поелектронски пат, притоа дигитално заведен со електронски потпис од работодавачот со автоматизиран временски печат за прием (timestamp) на документот по електронски пат и соодветно да биде доставена дигитална копија од заведеното барање до работникот;

- Поради причините за ефикасност и ефективност на конкретната постапка која се однесува за конкретен работник и неговото транзитирање за работа од дома, водејќи сметка за идните постапки кои ќе бидат иницирани, односно поднесување на барања за работа од дома кои би ги иницирање останатите работници при

³⁵ Закон за заштита на личните податоци („Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 42/20 и 294/21), член 85.

истиот работодавач, пожелно е работодавачот да има изготвено готов образец-барање за работа од дома, за да се стандардизира и поедностави формата на поднесокот;

- Во рамки на фазата за поднесување на писмено барање од работникот до работодавачот, работникот треба да го наведе временскиот оптимален период во кој би сакал да ја врши работата од дома. Временскиот оптимален период треба да биде:

- Парцијално неделно работење од дома – доколку работникот би сакал одредени денови во текот на работната недела да работи од дома, додека останатите денови би сакал да работи од вообичаеното работно место(хибридно-комбиниран пристап);

- Парцијално месечно работење од дома - доколку работникот би сакал одредени денови или недели во текот на месецот да работи од дома, додека останатите денови или недели во месецот би сакал да работи од вообичаеното работно место (хибридно-комбиниран пристап);

- Парцијално квартално работење од дома – доколку работникот би сакал само во еден годишен квартал да работи одредени денови, одредени недели или одредени месеци од дома (хибридно-комбиниран пристап);

- Фиксно определено време за целосно работење од дома - доколку работникот своеволно, или работодавачот по негова волја, би сакал по негова иницијатива да ја фиксира и постави временската рамка во која работникот би можел да ги извршува работните обврски од дома, односно целосно работење од дома во период од:

- Неколку денови;
- Неколку недели;
- Неколку месеци;
- Некој годишен квартал;
- Некои годишни квартали;
- Цела година.

- Неопределено време за работа од дома - доколку работникот или работодавачот не го посочат и определат времето за кое би сакале работникот да ја врши работата од дома, ќе се подразбира дека периодот за вршење на работата од дома, сметано со поднесеното барање за работа од дома, е поставено на неопределено време.

4. Разгледување и увид на писменото барање од страна на работодавачот:

- Последователно на дејствието на поднесување на барањето, треба да следува рок за увид и разгледување на барањето од страна на работодавачот;

- По природа рокот треба да биде краток, со цел да се одговори на барањето согласно принципите на итност и навремено информирање и консултирање на работниците за одлуката;³⁶

- Секоја одлука за одобрување на работа од дома мора да биде проследена со увид или гаранција за условите во кои домашни простории ќе се врши работата, притоа водејќи сметка кон безбедноста и здравјето при работа од дома и воедноемајќи во предвид дека обезбедувањето на соодветните мерки за безбедност и здравје при работа од дома не смее да претставува финансиска обврска за вработените лица;³⁷

- Одлуката за работа од дома нема да се примени доколку не се оцени работното место од дома и домашните простории како безбедни и погодни за работа од дома;

- Доколку во рамки на барањето за работа од дома не е наведено и утврдено времето за извршувањето на работните обврски од дома, согласно видот и комплексноста на работата, работодавачот може да превземе два пристапипред пристапување кон одлучување по однос на барањето, и тоа:

○ Првиот пристап, во насока на либералната концепција за неинтервенција во определувањето на временскиот период кој го побарал работодавачот за вршење на работата од дома;

○ Вториот пристап, во насока на интервенирање во определувањето и поставувањето на временската рамка за работа од дома согласно определеноста на временскиот период

³⁶ Ова во поглед на информирање и консултирање на работниците од страна на работодавачот за одлуките кои можат да доведат до суштински промени во организација на работата или во договорните обврски кои веќе се воспоставени помеѓу нив, за работодавачи кои имаат над 50 работници.

За ова види: Закон за работните односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 62/05, 106/08, 161/08, 114/09, 130/09, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15, 27/16, 120/18 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 110/19, 267/20 и 151/21), член 94-а, став 4.

³⁷ Закон за безбедност и здравје при работа („Службен весник на Република Македонија“ бр. 92/07, 136/11, 23/13, 25/13, 137/13, 164/13, 158/14, 15/15, 129/15, 192/15 и 30/16 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 18/20), член 16, став 1.

од страна на работодавачот, под кое следствие работникот би можел да премине кон вршење на работните обврски од дома, доколку работодавачот одлучи позитивно по однос на барањето, поточно доколку го одобри.

5. Одлука на работодавачот;

- Барањето за работа од дома ќе биде:

○ Одобрено од страна на работодавачот:

- одобрено во целост;
- делумно одобрено на начин како што побарал работникот;
- делумно одобрено со определување на нова временска рамка и период за работа од дома, од страна на работодавачот.

○ Одбиено од страна на работодавачот:

- Доколку барањето е одбиено, работодавачот треба да го извести работникот или претставникот на работникот за неговата одлука во најкус временски период и да ја образложи одлуката;

- Доколку барањето е одобрено, по утврдување дека просториите за работа од дома ги исполнуваат стандардите за безбедност и здравје при работа, работодавачот во краен стадиум ја потврдува или утврдува датата за отпочнувањена работникот со работа од дома, вклучително и времетраењето на работењето од дома;

- Во случај на недобивање на одговор (одлука) од работодавачот, работникот треба одново да поднесе барање во најкраток временски период, при што доколку и во рамки на второто барање работодавачот одбие да даде одговор (писмена одлука) за потврдување или утврдување на датата за отпочнувањена работникот со работа од дома, ќе се смета дека работникот може своеволно да премине кон работа од дома доколку истото дејствие не предизвика нарушување на работниот процес на работодавачот, не ја намали продуктивноста на работникот, не е во спротивност со законите, колективните договори, одредбите од договорот за вработување, интерната систематизација на работодавачот, како и природата на работниот ангажман.

6. Имплементирање (извршување) на одлуката

- Во стадиумот на извршување на одлуката и имплементирање на постигнатата согласност за работа од дома, односно усвоеното одобрение за усогласеност помеѓу работодавачот и работникот за отпочнување на работа од дома, мора да се земе предвид дека работникот превзема нов сет на договорно-обврзувачки задолженија, односно:

- мора да се посвети и да го почитува договореното работно време за да ја врши работата од дома;
- мора да ја исполни работната обврска, односно дневната работна норма, во рамки на зададените рокови од страна на работодавачот;
- мора да произведе ист квалитет на работа и да вложи ист степен на труд како што би произвел, односно би вложил, доколку работата ја вршел на претходното работно место при определените премиси за работа од страна на работодавачот, во споредба со персоналот на работодавачот кој извршува иста или слична работна обврска кои работат во рамки на определените просторни премиси од страна на работодавачот;
- мора да биде достапен за комуникација, консултација и координација поради потребата од контактирање и координирање на работните активности за време на работното време, вклучително и да ги известува претпоставените за начинот, степенот, видот и обемот на работата што ја работел од дома;
- да се координира за тековните работните проблематики по хоризонтална линија (со колегите) и вертикална линија (со претпоставените) со проблемите и дилемите со кои ќе се соочи вршејќи го работниот ангажман од дома;
- да продолжи да води разумна грижа за да има пристап до можности за професионална доедукација и развој;
- да има предвид дека може да биде побарано од него да направи евиденција на времето кое треба да го насочи кон реализирање на работните обврски, односно за решавање на работните проблематики; како и
- да води разумна грижа за своето здравје и безбедност при извршувањето на работата, што ќе одговара на законските стандарди за безбедност и здравје при работа;

Во поглед на пост-пропратните стадиуми, водејќи сметка на одредбите кои го регулираат работењето од дома во рамки на Законот за работните односи, тие се однесуваат на:

7. Инспекциски надзор од трудовиот инспекторат кон работодавачот и увид врз регистарот на работодавачот за лицата кои работат од дома;³⁸

³⁸ Во моментот, во македонското законодавство не постои одредба која наложува државата да води национален регистар на работодавачи и работници при работодавачи кои работат од дома, како и обврска за водење на интерен регистар за работа од дома од

- Подобноста за работа од дома на одреден работник треба да биде заснована на можноста државните органи во областа на трудот да имаат електронски увид и надзор врз регистарот на работодавачот за лицата кои работат од дома.

8. Увид од работодавачот кон работникот за ефикасно извршување и исполнување на работните обврски и стандардите за безбедно извршување на работниот ангажман при работа од дома.

Во поглед на поставувањето на објективни критериуми и стандарди за работа од далечина/од дома, консеквентно, постојат варијации кои треба да направат адресирање во однос на прашањето кој е носителот на одлуката за секоја горенаведена варијанта за вршење на работата од далечина/од дома, и тоа по наведениот редослед:³⁹

Опција	Носител на одлуката за работа од дома
Секој вработен да работи од далечина	Работодавач
Секој вработен да има можност да работи од дома	Работниците
Ниту еден вработен да не може да работи од далечина	Работодавач
Некои вработени кои се избрани од страна на работодавачот да може да работат од далечина	Работодавач
Некои вработени да имаат можност да работат од далечина	Делумно работодавачот, делумно работникот

страна на работодавач кој овозможува работење од дома. Меѓутоа, следејќи ги тековите на дигитална трансформација, која пак, влијае и во однос на дигитализирањето на работниот однос, ова прашање треба да се адресира во рамки на претстојни измени и дополнувања на работното законодавство, со цел да се овозможи поедноставено транзитирање кон работа од дома од страна на работниците и менаџирање на работењето од дома од аспект на работодавачите, како и поради поедноставен увид и надзор на работењето од дома од страна на државниот инспекторат за труд.

³⁹ Mamaysky, Isaac. “The Future of Work: Exploring the Post-Pandemic Workplace from an Employment Law and Human Resources Perspective.” *Business Law Journal*, vol. 21, no. 2, 2021, pp. 269–270, blj.ucdavis.edu/archives/vol-21-no-2/mamaysky.html. Accessed 25 Sep. 2022.

ЗАКЛУЧОК И ПРЕПОРАКИ

Имајќи предвид дека македонското работно законодавство до овој момент не изнајде начин соодветно да го регулира работењето од дома, во смисла дека Законот ја опфаќа единствено „традиционалната“ форма на работа од дома која е различна од работата на далечина по тоа што нејзин конститутивен елемент не е примената на ИК-технологии во работењето (Kalamatiev, Ristovski, 2021), во пост-пандемски работен свет работењето од дома и користењето на дигиталните алатки ќе налага практикување на хибриден модел за работа каде работниците наизменично би работеле во просториите на работодавачот и од просториите на нивниот дом (Marcus et al., 2022). Во таа насока, потребно е да се издвои сет на препораки кон националните власти и работодавачите за да се олесни работењето од дома и да се овозможи правна заштита и правна предвидливост за работниците која произлегува од дигитализацијата на институтот работа од дома како претстоен и составен дел од македонското трудово-правно законодавство.

Препораки до законодавецот:	Препораки до работодавачите за поттикнување на работењето од дома: ⁴⁰
<ul style="list-style-type: none">- Целосно интегрирање и транспонирање на Препораката R184 на МОТ за работа од дома во домашниот правен поредок и поттикнување на работодавачите да ги преземат и имплементираат нивниот сет на обврски во рамки на нивната работна организација и поставеност кон работниците кои работат од дома, кои произлегуваат од Препораката R184;- Изменување и дополнување на работното законодавство поради потребата од модернизирање на институтот	<ul style="list-style-type: none">- Да се прегледаат технолошките потреби и ресурси на вработените кои работат од дома, како и да се поттикне развивање на нивното ниво на вештини за пристап и работа со технологијата;- Да се ревидира политиката за тоа дали на работниците ќе им биде дозволено да користат сопствени уреди за да се поврзат со работните сервери и да пристапат до податоци или наместо тоа ќе добијат ИКТ опрема обезбедена од нивните работодавачи;

⁴⁰ Препораките до работодавачите се превземени од: International Labour Organization. *Teleworking during the COVID-19 Pandemic and Beyond*. Geneva, International Labour Office, 2020, p. 9, www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/instructionalmaterial/wcms_751232.pdf. Accessed 31 July 2022.

<p>работа од дома, при што, наместо неговото досегашно изменување и дополнување кое се однесуваше на прекшочните одредби и глоби за работодавачите, да се интегрираат ИКТ вештините, опремата и модерните дигитални компоненти кои се составен дел од работењето од дома, со посебен опфат кон:</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ (1) регулирање на правата на работниците да користат дигитални алатки и апликации доколку работат од дома, како и одредување на сет на правила во однос на тоа како да се обврзат работодавачите да набават дигитална опрема за работниците и да го обезбедат преносот на потребните алатки и опрема за работа од дома до домот на работникот; ○ (2) дополнително треба да се размислува за поттикнување на законски мерки во кои ќе се овозможи дополнително наградување на работниците кои имаат повиска дигитална умешност, како додаток на плата за познавачите на дигитална технологија, за да ги мотивира сегашните но и идните учесници на пазарот на труд да се адаптираат на дигитализацијата, со што од објективен карактер ќе се влијае врз поттикнување на повисок степен на дигитална писменост на работниците. ○ (3) воведување на национален 	<ul style="list-style-type: none"> - Да се вклучат во политиката за далечинско работење/работење од дома модалитетите за надомест за финансиска поддршка на работниците за да се развие убеденост дека работниците ја имаат вистинската опрема, интернет пристап и алатки за комуникација; - Да се размислува или за надомест на реалните трошоци за алатките и опремата што се користат за далечинско работење/работење од дома поради пандемијата, дозволувајќи им на работниците да ја однесат канцелариската опрема дома или да се понуди паушален надоместок и исплата на работниците за можат да ја купат потребната опрема за нивното работење од дома; - Да се обезбедат можности за обука на работниците за различните алатки што ќе треба да ги користат, како и да се развие самоевалуација и екстерно тестирање на нивоата на способности и вештини кои ги имаат развиено работниците; - Да се развие сигурност дека работниците знаат како да пристапат до персоналот за техничка поддршка на тимот кој работи од дома доколку им треба помош, особено во случај на мали и средни претпријатија со ограничен
---	---

регистар на работодавачи кои овозможуваат работа од дома и вкрстување на интерниот регистар на работници кои работат од дома на ниво на работодавач со националните регистар за да се формира електронската база на работници кои во зададен момент работат од дома и работодавачи кои во зададен момент овозможиле работење од дома, при што датабазата треба да биде ажурирана во живо време (real time) и истата да биде достапна за увид до општата и стручната јавност, за да се овозможи генерирање на аналитички и истражувачки информации од неа за да се подобри работењето од дома во практиката;

- (4) законско нормирање и воведување на општа постапка за промена на работното место на лица во редовен работен однос поради извршување на работните обврски од дома, овозможувајќи истата да биде инцирана по барање на работник, со цел да се траекторизира и унифицира правната предвидливост за промената на работното место и упатувањето на работникот да работи од дома, во насока на создавање на дополнителен законски механизам различен од можноста за пристапување

внатрешен капацитет за примена на ИКТ;

- Да се размисли како потребната опрема ќе биде доставена до домот на работникот (со курирска служба или работниците да можат сами да ја подигнат и превземат во нивните простории).

кон склучувањена анекс на договорот за вработување помеѓу работодавачот и разботникот за да се овозможи работа од дома, како и поради потребата од збогатување и дополнување на можноста за времено воведување на работа од дома со еднострана одлука на работодавачот (Kalamatiev, Ristovski, 2021) поради овозможување на биполарно иницирање на работникот да работи од дома, како по негово барање со отпочнување на постапка пред работодавачот, така и со еднострана одлука на работодавачот;

- (5) воведување на законска одредба за регулирање надоместување на трошоците на работниците кои ќе настанат поради работа од дома и обврзување истите да бидат покриени од страна на работодавачот, како трошоци за набавка на работната опрема за работа од дома од страна на работникот, трошоци за интернет, струја, како и адекватно греење/ладење на работната просторија од дома на исто ниво со вообичаената температура на која работат останатите работници при работните премиси обезбедени од работодавачот;
- (6) Воведување на одредба за стриктно регулирање на

надзорот над работењето од дома (физички и електронски) на работодавачот над работникот кој работи од дома;

- (7) воведување на одредба во работното законодавство која ќе се однесува на „правото да се дисконектира/исклучи“ работникот од работа/работни обврски и да се воздржува од ангажирање во електронски комуникации поврзани со работата, како што се е-пошта или други пораки, во периодите од деноноќието кои не се составен дел на работното време;
- (8) воведување на одредба која ќе го регулира работењето ноќе од дома, со која треба да се адресира
 - Должноста за електронско известување на трудовиот инспекторат за ноќна работа од дома; упатување на дневна работа од дома од страна на работодавачот доколку поради работењето ноќе од дома би се нарушило здравјето на работникот;
 - Должност за обезбедување на дополнителен паричен надоместок од работодавачот кон работникот кој работи ноќе од дома; како и изнаоѓање на одредено решение во однос на настанатите колизии на правни норми кои се однесуваат на забраната за

извршување на ноќна работа на жените кои работат во секторите индустрија и градежништво, за да се направи разлика помеѓу правната квалификација на забраната за извршување на ноќна работа од дома на жените кои работат во секторите индустрија и градежништво, но притоа извршуваат

административни и компјутеризирани работи во овие два сектори од дома;

- Изнаоѓање на соодветно решение во однос на настанатите колизии на правни норми кои се однесуваат на забраната за вршење на ноќна работа на малолетници, за да се направи разлика помеѓу правната квалификација на забрана за вршење на ноќна работа од дома на малолетници; и
- Заштита на повозрасни работници кои работат од дома за да се отстрани можноста која поттикнува без согласност на работникот да му биде одредена прекувремена работа од дома или ноќна работа од дома.

Todor Kalamatiev, PhD,

Professor, University St. Cyril and Methodius – Skopje, Faculty of Law Iustinianus Primus, Republic of North Macedonia, tonikalamatiev@yahoo.com

Nikola Murdzev, LL.M,

PhD Candidate, University St. Cyril and Methodius – Skopje, Faculty of Law Iustinianus Primus, Republic of North Macedonia, nikola.murdzev@gmail.com

LEGAL ASPECTS OF WORK FROM HOME IN THE MACEDONIAN LABOUR LEGISLATION AND CONTEMPORARY USAGE OF WORKERS' DIGITAL SKILLS FOR PERFORMANCE OF THE REGULAR WORKING ASSIGNMENTS FROM HOME

Summary

***Abstract:** The dynamic processes which enable the development of functional flexibility in the labour relations are generating a formation of contemporary conditionality of the modern labour markets outlined in the legal context, under the veil of which the flexible forms of working arrangements are developed, i.e. the flexible performance of the regular working arrangements by the workers. The perception regarding the abovementioned is emerging when two factors are intersecting on the labour markets, the first one is the flexibility of the employment relationship and the initiation to work from home, while the second one is the digitalization of the work-from-home legal institute and its' modernization in relation to the opportunities for the development of the employment relationship offered by the modern digital technology. In the direction of emphasizing the digitization of the standard employment relationship, expressed in terms of the possibility of performing the work-related duties of the workers from home, or more specifically, for those activities and occupations where, from the objective nature of the working engagement/employment relationship is possible for the worker to continue performing his work duties from home. The scope of this paper refers to workers who have established a regular employment relationship, meaning, workers who have concluded/signed an indefinite employment agreement or a fixed-term employment agreement. The paper analyzes the ILO Convention C177, which regulates working from home, as well as ILO Recommendation R184 for working from home. The additional parameters that are covered within the framework of the paper refer to the acquirement*

and the scope of workers' digital skills, followed by the determination of eligibility and selection of a certain employee that can perform work-related duties from home, according to the internal systematization of the jobs that has been determined by the employer. The second parameter refers to the need to introduce a general procedure regarding the change of the employee's workplace and its' rerouting to perform the work-related duties from home. The last segment of the paper refers to pointing out recommendations for easier practical applicability and optimization of the work-from-home legal institute within the framework of the regular employment relationship, in times of active digitization of the labour relationship. The recommendations outlined in this paper, for optimizing the possibility to work from home, are aimed at two levels, that is, recommendations relating to the national legislation and recommendations relating to the employer.

Keywords: *employment relationship, work from home, digitalization, digital skills.*

**ПРЕПОЗНАВАЊЕ И ПРАВОСУДЕН ОДГОВОР НА СЕМЕЈНОТО
НАСИЛСТВО КАЈ РОМСКАТА ЕТНИЧКА ЗАЕДНИЦА ВО
РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА**

UDK 343/54/.55-055.2(214.58:497.7)

Review paper

***Апстракт:** Овој труд во почетокоит дава крајок теоретски приказ на поимот и дефиницијата на семејното насилство и се фокусира на злоставувањето како насилство во семејството. Ја објаснува феноменологијата на длабоките причини за неговото настапување, ги претставува факторите на ризик поврзани со него, типологијата на насилничките врски и пролабочено ги проучува од етнички аспекти на ромската заедница. Ја претставува темата на испражувањето, меѓународните правни стандарди и домашната правна рамка како правосуден одговор за превенција и казнување. Разбирањето на жртвите на семејното насилство, институционалниот однос спрема нив, препознавањето на сите облици на семејно насилство и помошта на жртвите од ромската етничка заедница е во фокусот на овој труд. Членовите на семејството вршат притисок врз жртвата да се врати кај злоставувачот, на децата им недостига родител и ја окривуваат жртвата за раскинувањето на семејството, на жртвата и се заканува со насилство ако продолжи со постојатката, жртвата е емоционално нестабилна и нема егзистенција, нејзиното образование е оскудно, а предрасудите бројни, жртвата секојдневно ја проценува својата сигурност и ризикот од идна опасност за себе и за своите блиски, нема доверба дека правосудниот систем ќе ја заштити. Често одлучува да не сведочи против злоставувачот или да ги повлече предлозите за изрекување заштитини и привремени мерки. Не е подготвена да соработува со институциите, затоа што на крајот најчесто пак ќе се врати во домаќинот кај насилникот. Насилството се врши пред децата и другите членови на семејството, насилникот им наметнува на блиските на жртвата со што уште повеќе ја*

контролира. Жртвата е изолирана и и се забрануваат контактите, нема средства и не располага со финансии. Таа е прејлашена, збунета, ѝ порекнува насилството, ѝ минимизира последиците и ѝ прифаќа како нормално. Првиот чекор кон прекинување на насилничкиот однос е сознанието дека е жртва. Таа е неинформирана и често одбива помош. Иако знае дека е злоставувана, ромската жена е воспитувана да верува дека тоа е нормално и дека треба да ѝ прифати, ѝа дури се чувствува виновна дека сама ѝ предизвикала насилството. Затоа правосудниот одговор на институциите против насилството од аспект на ромската жена треба да биде посилен и да и влее самосвест за своите вредности. Овој труд ѝ истражува причините за постоење тешен број на нејријавени случаи иако зголемувањето на бројот на семејни насилства предизвикани од последиците на Ковид 19 е райдно. Се даваат препораки и мислења за препознавање, сретчување на масовноста на појавата на семејно насилство и заштитата кај ромската етничка група во Република Северна Македонија.

Клучни зборови: семејно насилство, ромска заедница, мерки на препознавање и заштитата на жртвите на семејно насилство, сретчување на семејно насилство, родовата нерамноправност

Вовед

Семејното насилство како научено однесување на ниво на поединец, семејство, етничка заедница или на општествено ниво секогаш е предизвикано од родова дискриминација. Со одржување на родовата нерамноправност во една заедница и прифаќање на машкото насилство, насилството како прифатен феномен се пренесува од една на друга генерација. Таа родова нерамноправност меѓу мажот и жената е главна причина за насилство во семејството. Наметнатата улога на жртва на ромската жена е општо прифатена од средината, но и од неа. Омаловажувањата, забраните, културната изолација, наметнувањето на религиски уверувања и присилување на обичаи го поттикнуваат и одржуваат семејното насилство.¹

Насилството врз жените како структурна и глобална појава е кршење на човековите права. Мажите се фаворизирани, а нивната

¹ Dahlberg L., Krug E. G., Concha-Eastman A., Guerrero R., Butchart A., Martino V., Violence - a global public health problem, Geneva, Switzerland: World Health Organization, 2002, p. 1-56

доминација е присутна зад затворените врати на домот, но и во јавноста. Ромската жена се соочува со институционална дискриминација, општествени стереотипи, стигматизација и предрасуди, дискриминирана е затоа што е жена и затоа што е Ромка.² Таа често нема право на избор на брачен партнер, зашто за тоа одлучува нејзиното семејство, принудена е многу пати на малолетнички брак и прерана бременост, нема пристап до образование и до подобро платено работно место.

Целта на ова истражување е да ги препознае причините за семејно насилство кај ромската популација во нашата држава и да го проучи правосудниот одговор за негово спречување и заштита.

Истражувањето користи деск-анализа, правна и институционална анализа и анализа на податоци собрани преку прашалници со жени Ромки, и информации прибавени со барања за информации од јавен карактер од релевантни институции.

Целта на истражувањето е од добиените информации да се зголеми свеста кај ромската жена за правните можности за пријавување, процесуирање и казнување на насилникот од една страна и интеграција на жртвата во општеството од друга страна.

Деск-анализата се заснова на секундарни извори на податоци. Таа опфаќа прибирање, преглед и анализа на достапните извештаи, анализи, документи и податоци поврзани со спроведување на политиките и функционалноста на системот на заштита на жените од родово базирано и семејно насилство. Преку барања за пристап до информации од јавен карактер беа добиени информации за бројот на пријави за сторено родово базирано и семејно насилство и изречени привремена мерки за заштита.

Дескриптивниот метод ќе најде примена во објаснувањето на она што е поставено како заеднички проблем, како и за воведување мерки и инструменти на превенција. Нормативниот метод ќе биде користен при анализирањето на домашната правна рамка на уредување на семејното насилство.

² Janevic T., Sripad P., Bradley E., Dimitrievska V., International Journal for Equity in Health - "There's no kind of respect here" A qualitative study of racism and access to maternal health care among Romani women in the Balkans, 2011, p.53

Закони и обврски на институциите за пружање заштита од насилство во семејството

Нашата држава со меѓународни правни документи е обврзана да ги заштитува човековите права. Со домашното законодавство таа се обврзува да ги заштитува жртвите од сите видови насилство посебно жените од семејно и родово базирано насилство. Со потпишувањето на Истанбулската конвенција во 2017 г. Република Северна Македонија пристапи кон меѓународен обврзувачки инструмент во заштитата од сите облици на насилство врз жените. Законот за превенција, спречување и заштита од семејно насилство во членот 3 дефинира дека под семејно насилство се подразбира малтретирање, навредување, загрозување на сигурноста, телесно повредување, полово или друго психолошко, физичко или економско насилство со кое се предизвикува чувство на несигурност, загрозување или страв, вклучувајќи и закани за такви дејствија спрема брачен другар, родителите или децата или други лица кои живеат во брачна или вонбрачна заедница или заедничко домаќинство, како и спрема сегашен или поранешен брачен другар, вонбрачен партнер или лица кои имаат заедничко дете или се наоѓаат во блиски лични односи, без оглед дали сторителот го дели или го делел истото живеалиште со жртвата или не. Оваа дефиниција е идентична со дефиницијата за семејно насилство од членот 4 од Истанбулската конвенција: како кршење на човековите права и облик на дискриминација врз жените под кого се подразбираат сите дела на родово базирано насилство, кои доведуваат до физички, сексуални, психички или економски повреди или патење на жените, опфаќајќи ги и заканите со такви дела, принуда или лишување од слобода, било во јавноста или приватниот живот, а родовото базирано насилство врз жените претставува насилство насочено против жената затоа што е жена или ефектот од тоа насилство е поголем зашто е жена. Низ преамбулата и членовите, Конвенцијата е интегрирана во европската правна рамка за заштита на човековите права претставена преку CEDAW Конвенцијата, инструментите на меѓународното хуманитарно и кривично право. Во неа е предвидено дека насилството врз жените и семејното насилство повеќе не може да се смета за приватна работа, туку дека државите имаат обврска, преку сеопфатни и интегрирани политики, да го спречат насилство, да ги заштитат жртвите и да ги казнат сторителите.³

³ Конвенција на Советот на Европа за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство, (Истанбулска конвенција), 2011.

Во Законот за превенција, спречување и заштита од семејно насилство не е дефинирано „домашното насилство“ кое останува да се инкриминира во кривичното законодавство во согласност со чл. 3 од Истанбулската конвенција.

Комитетот на членките на Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и сузбивање насилство врз жените и насилство во семејството (Истанбулска конвенција), донесе декларација за примена на Конвенцијата за време на пандемијата од Ковид 19. Анексот на декларацијата е објавен на 20 април 2020 година во Стразбур и дава предлози за акции и мерки кои може да се преземаат во текот на пандемијата во врска со одредени одредби од Истанбулската конвенција, а со цел заштита од насилство.⁴ Со него се препорачува интегрирана политика и родова перспектива при креирање на стратегијата за борба против пандемијата.

Со Законот за социјална заштита е предвидено жртвите на семејно насилство да добиваат социјална заштита во однос на нивниот економски статус, институционална и вонинституционална поддршка и спречување на сиромаштијата до 15.000 денари за итна заштита и засолнување и до 12.000 денари за здравствена заштита.

Но, резултатите од преземените мерки не се адекватен одговор на општеството ниту за спречување, ниту за кривично – правно и граѓанско правно санкционирање на семејните насилници.

Сознанија за облиците и распространетост на семејното насилство кај ромската заедница

Кај патријархалните и затворени заедници како што е ромската преовладува ставот дека семејството е светост која по секоја цена се штити. Присутен е ставот дека семејните проблеми се лична работа и никој, па дури ниту институциите не треба да се мешаат во нив. Насилството е зголемено кај заедници во кои владее социјална и економска несигурност, невработеност, сиромаштија и правна несигурност.⁵ Машката доминација е изразна наследената патријархална

⁴ Deklaracija Komiteta članica Konvencije Savjeta Evrope o sprečavanju i suzbijanju nasilja prema ženama i nasilja u porodici (Istanbulska konvencija) o primjeni Konvencije tokom COVID-19 pandemije, достапно на: <file:///C:/Users/Ivica/Downloads/Istanbulska-konvencija.pdf>

⁵ International Journal for Equity in Health, Research- Open Access Priorities and strategies for improving Roma women's access to primary health care services in cases on intimate

моќ. Врз основа на истражување кое го спроведе Центарот за ромска иницијатива во Црна Гора, објавено во публикацијата „Договорен брак појак од законот“ утврдено е дека ромките константно се соочуваат со семејно насилство од страна на таткото, браќата, сопругот, свекорот и свекрвата.⁶

Со оглед дека кај ромската заедница е висок степенот на неписменост и необразованост, едно истражување во Босна и Херцеговина потврди дека ставот на мажите Роми спрема насилството во 49% покажува дека тие веруваат дека вреѓањето на партнерката, викањето и кршењето предмети не го сметаат за насилство, а физичкото насилство со шамарење 53% од испитаниците го сметаат за допуштено.⁷

Истражувањето извршено од здружението Ромски Центар за жене и децу во Србија покажува дека повеќе од две третини од Ромките биле изложени на психолошко насилство најмалку еднаш во животот и истиот број жени се соочиле со физичко насилство. Секоја четврта Ромка била принудена на сексуален однос, а 32% од жените биле изложени на економско насилство.⁸

Ромките со примарната социјализација ја прифатиле како нормална матрицата на насилничко однесување.

Анализа на податоците од истражувањето на жени Роми

Во овој труд се анализирани податоците од Истражувањето за пристапот и функционалноста на системот за заштита на жените ромки, жртви на родово базирано и семејно насилство на територијата на Скопје спроведено од Здружение Иницијатива за правата на жените од Шуто Оризари.⁹ Ова истражување спроведе 200 прашалници со жени Роми

partner violence, Vives C., Goicolea I., Hernández A., Barbero S., Davó-Blanes C., Parra-Casado D., 2017

⁶ Nasilje u porodici u romskoj i egipćanskoj zajednici u Crnoj Gori, Centar za romske inicijative, Nikšić, 2014, достапно на: <https://care-balkan.org/wp-content/uploads/2021/01/1417014045.pdf>

⁷ UNICEF, Položaj romske djece I porodica u Bosni I Hercegovini, Sarajevo, 2013, достапно на: <https://www.unicef.org/bih/media/436/file/Polo%C5%BEaj%20romske%20djece%20i%20porodica%20u%20Bosni%20i%20Hercegovini.pdf>

⁸ Istraživanje- “Romani Cikne”: Zbog straha od odmazde Romkinje ne prijavljuju partnersko nasilje!, 2020, достапно на: <https://krusevacpress.com/istraživanje-romani-cikne-zbog-straha-od-odmazde-romkinje-ne-prijavljaju-partnersko-nasilje/>

⁹ Истражување за пристапот и функционалноста на системот за заштита на жените

од 5 општини и тоа: Шуто Оризари, Ѓорче Петров, Гази Баба, Центар и Чаир. Исто така, беа спроведени 12 фокус групи со кои се опфатија 50 жени на возраст од 17 години до над 56 години. Најголем број од испитаничките односно 77% се невработени. Во однос на степенот на образование, најголем процент од жените се со основно образование, односно 41,5%, а 41% од жените се без формално образование. Само 0,5% се со високо образование. Најголем број од жените имаат од 2 до 3 деца и над 3 деца, и тоа 55,5% од жените имаат 2-3 деца, додека, пак, 29% од жените имаат над 3 деца. Најмногу од испитаничките живеат во заедница од 3-9 членови, а 11% живеат во домаќинства со повеќе од 9 членови. Само 8,5% од жените живеат во посебно домаќинство со партнерите, а не во заедница.

На прашањето дали сте биле/сте жртва на родово базирано или семејно насилство, 77,5% од жените одговориле дека биле или се жртва на родово базирано или семејно насилство. Најзастапено е психичкото насилство кај 46%, а потоа физичкото насилство со 37% кое го следи економското насилство 7% од анкетираниите жени.

Во најголем број случаи насилството го претрпеле од брачен партнер и тоа 71%. Како сторители на насилство помалку се застапени вонбрачните партнери со 9,5%, членови на домаќинствата, со 12%, партнер со кого не живее жртвата 1,5% и поранешни партнери. Загрижувачки е процентот на жени што биле жртви на физичко насилство кој изнесува 47% од жените. Жените се економски зависни најчесто од својот сопруг, па оттука 76,5% од жените економски зависат од член на домаќинството, односно 96% од сопругот, а 4% од свекрвата. Малиот процент економски независни жени, односно 23,5% од жените, укажува на незавидната положба на Ромките во општеството.

Голем процент или 12% од жените биле принудени на сексуален однос без нивна согласност и тоа од сопругот и од бивши партнери. Само 26,8,5% од испитаничките одговориле дека за информации за заштита од родово базирано и семејно насилство се обратиле до некоја институција, а дури 91,5% не се обратиле. Најмногу од нив или 65% се обратиле во полиција, 23% одговориле дека се обратиле во невладини организации, додека, пак, 12% од жените одговориле дека се обратиле во центрите за

ромки, жртви на родово базирано и семејно насилство на територијата на Скопје, Здружение Иницијатива за правата на жените од Шуто Оризари, 2021 година, достапно на: http://www.errc.org/uploads/upload_en/file/5364_file2_research-on-the-access-and-functionality-of-the-system-for-protection-of-romani-women-victims-of-domestic-violence-on-the-territory-of-skopje-macedonian.pdf?fbclid=IwAR3YjGCPvhxiRD8T_DG-8uvq22A-EWyoUjG-oxKn89qVKHxpt-uLnAga2so

социјални работи. На прашањето дали пријавиле родово базирано или семејно насилство, 92,5% од анкетираните жени одговориле дека не пријавиле, додека 7,5% од жените одговориле дека пријавиле. Од оној мал број жени што пријавиле, 40% од жените одговориле дека биле изречени итни и привремени мерки за заштита по нивното пријавување, додека 34% од жените одговориле дека не биле изречени мерки за заштита по нивното пријавување, а 26% од жените одговориле дека не знаат дали се изречени мерки за заштита по нивното пријавување. Ваквиот процент на жени што не знаат дали биле или не биле изречени мерки на заштита, само укажува на тоа колку жените не се информирани за постапувањето на институциите. Од итните и привремени мерки за заштита на жртвите, жените ги знаат следните мерки: - Отстранување на сторителот од домот и забрана за приближување до домот; - Забрана да се заканува дека ќе стори насилство; - Забрана да малтретира, вознемирува, телефонира, контактира; - Забрана да се приближува на растојание помало од 100 метри до живеалиштето. Социјалната услуга за домување и сместување, Центарот за социјални работи им овозможил да ја искористат 40% од жените, а 60% од жените не добиле таква услуга. Жените што биле сместени, не биле задоволни од услугата поради тоа што времетраењето било многу кратко и потоа повторно се враќале дома. Центарот за социјални работи обезбедил медицинска помош по потреба на 1 жена, додека пак 14 жени односно 93% одговориле дека не им била понудена медицинска помош. Центарот за социјални работи обезбедил психосоцијална помош во советувањето на 27% од жените, додека 73% од жените не ја добиле оваа услуга. Психосоцијалното советување треба да се применува кај секоја жртва соодветно на нејзината потреба, а фактот дека само 27% ја добиле, укажува на нееднаков пристап до услуги за сите жени. Центарот за социјални работи само 20% од жените ги упатил до соодветни државни и други органи надлежни за економско јакнење на жртвата и нејзино активно вклучување на пазарот на трудот. На прашањето дали се жртви на родово базирано или семејно насилство, 96% од жените одговориле дека се жртви, додека 4% одговориле дека не се. Како најчест облик на насилство што го доживуваат, жените одговориле дека доживуваат физичко, психичко и економско насилство, односно 36% од жените одговориле дека доживуваат физичко насилство, 44% од нив доживуваат психичко насилство, а економско насилство доживуваат 10% од нив.

Коментар кон анализата

Податоците со кои располага Центарот за социјални работи не се поделени по националност и возраст. Министерството за внатрешни работи располага со следниве податоци поделени во три табели и тоа: 42 - Жртви на кривични дела во врска со семејно насилство за периодот од 1.1.2021 до 1.10.2021 година - Извршени кривични дела и сторители на кривични дела во врска со семејно насилство за периодот од 1.1.2021 до 1.10.2021 година - Регистрирани прекршоци и поплаки во врска со семејно насилство за периодот од 1.1.2021 до 1.10.2021 година.¹⁰ Податоците не се поделени по националност и возраст. Бројот на поплаки е поголем од бројот на регистрирани прекршоци и кривични дела во врска со семејно насилство.

Митови кои го подржуваат насилството

Жената не е должна да трпи насилство и има право да живее без насилство. Никој не смее да ја тепа жената и таа не е виновна за насилството. Најчесто насилството врз жените Ромки е невидливо, но со пријавување жената ќе го направи видливо. Со тоа нема да се осрами ниту себе си, ниту своето семејство. Не е брачна должност трпењето сексуално насилство.

Семејното насилство е сериозен општествен проблем. Тоа не им се случува само на Ромките туку и на многу други жени со различна етничка припадност, различен економски статус и образование, без оглед на возраста.¹¹ Со напуштањето на насилникот некогаш насилството станува посилно наместо да престане. Затоа жените треба да ги знаат своите права и да бараат од институциите да им се обезбеди почитување на гарантираните права.

Заклучни согледувања и препорки

Извршеното истражување потврдува дека жените, а особено жените Ромки имаат големи пречки при остварувањето на правото на заштита од семејно насилство. Причините за тоа се бројни:

¹⁰ Ibid

¹¹ UNICEF, Анализа на состојбата на жените и децата во Република Северна Македонија, 2019, достапно на: https://www.unicef.org/northmacedonia/media/5291/file/Sitan%202019_MK.pdf

- Сиромаштија
- Невработеност
- Низок степен на образование
- Патријархално воспитување
- Потчинетост
- Недоверба во институциите
- Дискриминација по род и по националност

Податоците добиени од Меѓуопштинскиот центар за социјална работа на град Скопје покажуваат дека од 01.01.2021 до 30.10.2021 година има вкупно 367 пријави за сторено родово базирано и семејно насилство на територијата на град Скопје, а податоците на МВР имаат вкупно 924 регистрирани поплаки, прекршоци и кривични дела поврзани со семејно насилство. Во тимот кој постапува во ЈУМЦСР Скопје нема Ромка.

Сеуште не постојат програми за ресоцијализација за вклучување на жените жртви по престојот во шелтер центарот, а секое враќање во близина на насилникот е причина за ново насилство, кое по правило е поинтензивно од претходното. Загрижувачки е фактот што од 200 жени само 15 пријавиле насилство. Голем број од нив не се задоволни од информациите и од активностите кои ги презеле институциите, што предизвикува недоверба во нивната работа. Жртвите немаат еднаков третман, па иако секоја имала право на советување, тоа го добиле незначителен број. Уште помалку добиле психосоцијален третман или психијатриска помош.

Бидејќи насилството врз жените е еден од најчестите видови на загрозување на човековите права, со мултисекторска соработка на институционално ниво ќе се запознаат со развојниот циклус на насилството. Злоставувањето може да започне уште во текот на врската, после склучувањето брак, раѓањето деца или секогаш кога ќе се појават брачни проблеми. Жените од ромската етничка заедница заради маргинализираниот социјален статус имаат поголем ризик да станат жртви на семејно насилство. Кон ова доведува и патријархалната средина и неинформираноста за достапноста на заштитни средства.

Забележливо е дека заради постојаната медиумска кампања, жените Ромки се повеќе информирани дека насилството не треба да трпат и се охрабрувани да го пријавуваат. Но заради неефикасноста и бавноста на системот најчесто насилството останува неказнето. Многу е значајно жените во раните фази на насилство да бараат помош од

стручните служби на центрите за социјална работа, полицијата и обвинителството.

Препорачуваме вработување Ромки во тимовите и стручните служби кои работат со ранливи категории и жртви на семејно насилство. Потребна е континуирана едукација за постапување за спречување и заштита од насилство врз жени и семејно насилство. Зајакнување на соработката со невладиниот сектор. Потребна е агресивна медиумска кампања и едукација со која ќе се запознаат жртвите за правата и можностите на заштита. Со тоа ќе се мотивираат да го пријават и спречат семејното насилство и да се уверат дека заштитата ќе биде брза, трајна и ефикасна. Воведувањето попристапни СОС - линии и платформи на социјалните мрежи до потенцијалните жртви на семејно насилство може да има значаен придонес во заштита од семејното насилство.

Воведувањето современи и модерни законски решенија води кон спречување и санкционирање на семејното и родово-базираното насилство.

**RECOGNITION AND JUDICIAL RESPONSE TO FAMILY VIOLENCE
AMONG THE ROMA ETHNIC COMMUNITY IN THE REPUBLIC OF
NORTH MACEDONIA**

Summary

Abstract: *This paper initially gives a brief theoretical overview of the term and definition of domestic violence and focuses on abuse as domestic violence.*

Explains the phenomenology of the deep causes of its occurrence, presents the risk factors related to it, the typology of violent relations and studies them in depth from the ethnic aspect of the Roma community. It presents the topic of research, international legal standards and the domestic legal framework as a judicial response to prevention and punishment. Understanding the victims of domestic violence, the institutional attitude towards them, recognizing all forms of domestic violence and helping the victims of the Roma ethnic community is the focus of this paper. Family members put pressure on the victim to return to the abuser, the children miss a parent and blame the victim for breaking up the family, the victim and threatens violence if the procedure continues, the victim is emotionally unstable and has no existence, her education is scanty, and prejudices numerous, the victim daily assesses his security and the risk of future danger to herself and his loved ones, there is no confidence that the justice system will protect her. She often decides not to testify against the abuser or to withdraw proposals for protection and interim measures. She is not ready to cooperate with the institutions, because in the end she will usually return to the abuser's home. Violence is committed in front of children and other family members, the abuser harms the relatives of the victim, which further controls her. The victim is isolated and her contacts are prohibited, she has no funds and no finances. She is frightened, confused, denies the violence, minimizes the consequences and accepts it as normal. The first step to ending a violent relationship is knowing that you are a victim. She is uninformed and often refuses help. Although she knows that she has been

abused, the Roma woman is brought up to believe that it is normal and that she should accept it, and she even feels guilty that she caused the violence herself. Therefore, the judicial response of the institutions against violence from the aspect of the Roma woman should be stronger and instill in her self-awareness of her values. This paper examines the reasons for the dark number of unreported cases, although the increase in domestic violence caused by the consequences of Covid 19 is rapid. Recommendations and opinions are given for recognition, prevention of the mass occurrence of domestic violence and protection of the Roma ethnic group in Republic of North Macedonia.

Keywords: *domestic violence, Roma community, measures for recognition and protection of victims of domestic violence, prevention of domestic violence, gender inequality*

ОД ТРАДИЦИОНАЛНА ДО ДИГИТАЛНА ДИПЛОМАТИЈА: ПРЕДНОСТИ, МОЖНОСТИ И ПРЕДИЗВИЦИ НА ДИПЛОМАТИЈАТА ВО 21 ВЕК

UDK 327:004
Review paper

***Апстракт:** Дипломатијата како една од најстариите дејности и професии има долга и динамична историја. Од самите почетоци ја се до денес таа произлегувала од различни видови на промени (оштествени, политички, економски, научно-технолошки и др.) кои влијаеле како на создавањето на традиционалните форми на дипломатија, кои претставуваат доминантен модел и во 21 век, така и на новите форми на дипломатија кои се базираат на постоечките форми на традиционална дипломатија. Најпознат облик на дипломатија во 21 век е дигиталната дипломатија. Во најошириот смисла дигиталната дипломатија претставува користење на интернетот и дигиталните технолошки заостигање на целите на традиционалната дипломатија. Дигиталната дипломатија е реалност не само на современите дипломати и политичари, туку и на поединците. Таа функционира како доолнување на традиционалниот модел на дипломатија и како нова можност за постигање на надворешнополитичките, економските, културните и образовните цели на државата.*

Целта на овој научен труд е да укаже на предностите, можностите и предизвиците кои со себе ги носи дипломатијата на 21 век во светло на зајакнување на потребата за подигање на нивоето на дигиталната дипломатија во Република Северна Македонија, како и можностите за користење на дигиталните платформи поради поголема видливост и застапеност на националните интереси во земјата и во странство. Секое заостанување во прилагодувањето на промените кои со себе ги носи четвртата индустриска револуција би можело да остави сериозни последици како врз надворешната политика на државата, така и на граѓаните и целото општество.

Клучни зборови: *дипломатија, дигитализација, меѓународни односи, дигитални платформи, Република Северна Македонија*

1. ПОИМ НА ДИПЛОМАТИЈА

Дипломатијата не е нова појава. Таа постои од самиот почеток на човештвото па се до денес.¹ Почнувајќи од античко време во кое се забележени првите почетоци на дипломатијата, преку периодот на ренесансата во кој се забележени првите почетоци на модерната дипломатија², па се до создавањето на современата дипломатија во периодот по Втората светска војна, во меѓународните односи се случиле огромни промени кои влијаеле на создавањето и обликувањето на денешниот поим на дипломатија. Тие промени не ја заобиколиле ни т.н. „традиционална“ или стара дипломатија која постоела многу векови пред современата дипломатија и воглавно ги регулирала билатералните односи. Покрај силното влијание на различните фактори на трансформација како што се интернетот и технолошкиот напредок традиционалната дипломатија успеала да ја задржи својата релевантност и безвременските одлики и во 21 век. Единствената разлика во однос на минатото е во тоа што денешната традиционална дипломатија под влијание на глобализацијата станала „поглобална, посложена и пофрагментирана.“³ Нејзината суштина исто така останала иста: „комуникација помеѓу претставниците на суверените држави“⁴ заради обезбедување и заштита на националните интереси дефинирани и прецизирани со надворешната политика на државата

¹ Зборот дипломатија потекнува од грчкиот збор *diplōma* кој означувал двојно преклопен документ кој служел како доказ за завршени студии. Подоцна овој збор се употребувал за означување на службени документи (договори помеѓу владарите), а во 17 век за означување на меѓународните односи. Види: Kissinger, H., *Diplomacy*, New York, 1994, p. 1. Свременото значење на дипломатијата потекнува од 18 век од францускиот збор *diplomate* (лице овластено да преговара во име на државата) што во превод значи дипломат. Види: Dufour, F., MBA, DESS, *The Realities of Reality - Part IV: The Reality Behind Achieving World Peace*, 2020, p. 137.

² Jönsson, C., Hall, M., *Essence of Diplomacy*, New York, 2005, pp. 11-12.

³ White, B., *Diplomacy*, in: Baylis, J., Smith, S., (ed.), *The Globalization of World Politics: An Introduction to International Relations*, Oxford, 2005, p. 393.

⁴ Lloyd, L., *Diplomacy with a Difference: The Commonwealth Office of High Commissioner 1880-2006*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007, p. 1.

што ја претставуваат.⁵

Во најопшта смисла традиционалната дипломатија е дефинирана како „интеракција помеѓу две модерни држави преку шефовите на постојаните дипломатски мисии или посебно именуваните дипломати.“ Главна одлика на традиционалната дипломатија (на која не и се непознати и *ad hoc* мултилатералните состаноци) е постојаната билатерална застапеност.⁶ Таа се води преку „разговори и преговори помеѓу две лица или два народа заради постигнување на одредени цели.“ „Во контекст на меѓународните односи таа претставува метод на комуникација со кој државите ги управуваат своите односи заради остварување на своите цели.“⁷

Дипломатијата во суштина е „водење на односите со мирољубиви средства од страна и помеѓу меѓународните актери од кои најмалку еден е владин.“ „Типични меѓународни актери се државите кои во најголем дел ја покриваат дипломатијата која директно ги регулира односите помеѓу државите или помеѓу државите, меѓународните организации и другите меѓународни актери.“⁸ Примарна цел на дипломатијата е да ја зајакне државата, нацијата или организацијата во односите со другите актери и да ги унапреди и заштити националните интереси за кои е задолжена.⁹

Дипломатијата е тесно поврзана со надворешната политика со која многумина ја мешаат иако се во прашање два различни поими. Прво, надворешната политика е многу поширок поим од дипломатијата, која е главен но не и единствен инструмент на надворешната политика. Со помош на надворешната политика државите поставуваат цели,

⁵ Berridge, G. R., *Diplomacy: Theory and Practice*, University of Leicester, London, 2015, p. 1.

⁶ Fahim, M. Y., *Diplomacy, The Only Legitimate Way of Conducting International Relations*, Dissertation, University of California, 2010, p. 8.

⁷ Verrekia, B., *Digital Diplomacy and its Effect on International Relations*, Independent Study Project (ISP) Collection, 2017, p. 8.

⁸ Cooper, A. F., Heine, J., Thakur, R., *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 2.

⁹ Основните функции на дипломатијата се остваруваат преку шест видови на активности на дипломатите: 1) *церемонијална активност* (протокол, претставување и посети); 2) *управување* (решавање на секојдневните проблеми, промоција на националните интереси, одбрана на националната политика, зајакнување на билатералните односи и билатералната и мултилатералната соработка); 3) *собирање на информации и комуникација* (проценка, известување и набљудување); 4) *меѓународни преговори*; 5) *должности за заштита на националните интереси*; и 6) *нормативно-правна активност* која има за цел да придонесе кон унапредување на меѓународниот поредок. Види: Barston, R. P., *Modern Diplomacy*, New York, Routledge, 2014, p. 2.

пропишуваат стратегии и користат широк спектар на тактики и актери за остварување на истите. Второ, надворешната политика се однесува на ставови и стратегии кои државите ги усвојуваат и користат за промоција на своите национални интереси во светот. Дипломатијата пак се однесува на начинот на кој државите ги остваруваат своите интереси во светот (комбинации на различни техники и алати за преговарање и комуникација).¹⁰ Во минатото единствен начин за постигање на националните интереси биле преговорите. Денес, благодарение на огромната низа на норми и прописи, кои се плод на меѓународната соработка и од чија имплементација зависи иднината на државите, се отвараат нови можности за промоција на националните интереси. Со тоа, преговорите во класична смисла полека престануваат да водат главен збор во односите помеѓу државите. Дотолку повеќе што таа улога се менува со брзиот раст на дигиталните и социјалните медиуми. Во тој контекст некои автори надворешната политика ја нарекуваат стратегија, додека пак дипломатијата тактика. Британскиот автор Питер Маршал тврди дека „надворешната политика постои за да ни покаже што да правиме, а дипломатијата како тоа да го правиме.“¹¹ Индискиот амбасадор Кишан Рана пак дипломатијата ја опишува како начин на водење на надворешната политика која се извршува од страна на министерствата за надворешни работи, а спроведува од страна на професионални дипломати.¹¹ Трето, дипломатијата е главна замена за употреба на сила и средство за мирно решавање на спорите помеѓу државите. Гледајќи долгорочно дипломатијата игра важна улога во изградбата на меѓународниот правен поредок кој претставува погодна тло за поширока соработка помеѓу државите. Основни елементи на дипломатијата се меѓународниот дијалог и преговорите кои првенствено се водат од страна на акредитирани претставници, а потоа и од страна на други политички лидери. Четврто, надворешната политика се води јавно, додека пак дипломатијата во тајност иако нејзините резултати скоро секогаш се јавни. Пето, дипломатијата и надворешната политика и покрај бројните разлики меѓусебно се поврзани и не можат една без друга. Во прилог на тоа говори и фактот дека мудроста постапување на дипломатите е клучно за успехот на надворешната политика.

¹⁰ Cooper, A. F., Heine, J., Thakur, R., 2013, *op.cit.*

¹¹ Rana, K. S., *Bilateral Diplomacy, Geneva and Malta*, Mediterranean Academy of Diplomatic Studies, University of Malta, 2007, pp. 16-17.

2. ОБЛИЦИ НА ДИПЛОМАТИЈАТА

Традиционално најзначајни облици на дипломатијата се билатералната и мултилатералната дипломатија. Билатералната дипломатија ги регулира билатералните односи на основа на согласноста на две држави и во рамките на меѓународното право. Најпознат облик на билатерална дипломатија е воспоставување на редовни дипломатски мисии ширум светот. Мултилатералната дипломатија пак ги регулира мултилатералните односи на основа на соработката на повеќе субјекти на меѓународното право (држави, меѓународни организации и др.), кои по пат на дијалог или испраќање на претставници на меѓународните форуми и конференции се обидуваат да решат спорни прашања од поширок интерес. На тој начин државите добиваат можност да бидат претставувани во нивните односи со меѓународните организации и на конференциите кои се организираат од страна или во рамките на меѓународните организации.¹² Најпознат облик на мултилатерална дипломатија е воспоставувањето на постојани дипломатски мисии при меѓународните организации.¹³

За разлика од билатералната дипломатија која има долга историја, мултилатералната дипломатија е креација на модерната дипломатија.¹⁴ Таа најпрво се споменува во 19 век, а својот полн развој го достигнува во периодот по Втората светска војна. Овој облик на дипломатија предизвикал силни промени во дипломатијата и меѓународните односи. Воспоставувањето на тространи или повеќестрани односи довело до појава на нови облици на соработка помеѓу државите и меѓународните

¹² Kreća, M., *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, str. 295.

¹³ За останатите облици на мултилатералната дипломатија види: Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, UN doc. A/CONF.67/16 (14 March 1975).

¹⁴ Иако денес мултилатералната дипломатија има доминантна улога во решавањето на глобалните прашања кои не можат да се решат на индивидуална или билатерална основа, не можеме да ја занемариме важноста на билатералната дипломатија и факторот дека дипломатијата како дисциплина поприлично е создадена на билатерални основи. Првото отфрлање на билатерализмот забележено е по завршувањето на Првата светска војна, кога многу политичари заклучуваат дека гравен виновник за започнување на војната е сложениот предвоен систем на билатерални договори. Тоа довело до создавање на мултилатералната Лига на народите (1919), која по 26 години постоење безуспешно била расформирана и заменета од ООН. Во текот на меѓувоенниот период (1919-1939) или т.н. „класична ера на дипломатијата“ билатералната дипломатија повторно станува примарна дисциплина. Примарна задача на амбасадорите и членовите на нивните мисии во тој период биле преговорите и негувањето на двостран однос помеѓу државите.

организации. Прва меѓународна организација која започнала да води мултилатерална јавна дипломатија е Организацијата на обединетите нации (ОН).¹⁵ На редовните годишни заседанија на Генералното собрание на ОН сите држави членки испраќаат свои претставници кои имаат можност да расправаат и преговараат за прашања од светски размери со цел пронаоѓање на соодветни решенија. Слична е ситуацијата и во Европската унија (ЕУ) во која целата одговорност за водење на преговорите помеѓу државите членки преминува од билатералните дипломатски мисии на колективните ентитети: Европската комисија и Советот на министри. Дотолку повеќе што во преговорите не се вклучени само министрите за надворешни работи, туку и ресорните министри кои самостојно водат своја надворешна политика.¹⁶ Преговорите се клучна компонента на дипломатијата. Во поширока смисла тие опфаќаат секаков вид на дијалог, додека во потесна смисла или во смисла на дипломатијата која денес ја водат повеќето држави и региони ширум светот претставуваат важна, но не и централна задача на дипломатите. Порано дипломатите соработувале со министерствата за надворешни работи во државите на прием така што воделе доверливи дијалози со овластените претставници. Денес таа улога во голема мера е заменета со „новите предизвици“ кои се последица на „демократизацијата“ на надворешните односи, вклучувањето на нови (недржавни) актери и непрекинатата ерозија на „ексклузивната“ позиција на министерствата за надворешни работи кои повеќе не се ексклузивен канал, туку координатор на меѓународните односи.¹⁷

Една од главните причини за промена на улогата на дипломатите и министерствата за надворешни работи во меѓународните односи е технолошкиот напредок на човештвото и појавата на нови облици на дипломатија како што се јавната дипломатија и дигиталната дипломатија.¹⁸ Кон крајот на 20 и почетокот на 21 век под влијание на глобализацијата, дигитализацијата и другите облици на научно-технолошки развој се случиле фундаментални промени во традиционалната структура на меѓународните односи. Завршувањето на Студената војна, терористичките напади во САД од 11 септември 2001 година и растечката моќ на азиските економии иницирале цела низа на промени во меѓународните односи. Главен виновник за активирањето

¹⁵ Watson, A., *Diplomacy: The Dialogue Between States*, London, Routledge, 1984, p. 62.

¹⁶ Rana, K. S., 2007, p. 22.

¹⁷ *Ibid*, p. 23.

¹⁸ *Ibid*, p. 24.

на овие промени е 11 септември 2001 година.¹⁹ По овој настан многу држави во светот започнале дебата за „јавната дипломатија“ која многу брзо станала главен приоритет во меѓународните односи.²⁰ Јавната дипломатија е јавното лице на традиционалната дипломатија.²¹ За разлика од традиционалната дипломатија која се води преку „невидливи тајни процеси“ кои имаат за цел функционерите на една држава да ги убедат функционерите на друга држава да преземат одредени дејствија, јавната дипломатија има за цел да го обликува јавното мислење во друга држава со цел функционерите на таа држава да преземат одредени дејствија кои би биле прифатени од страна на јавноста. Додека тајната дипломатија останува во основите на современата дипломатија и во 21 век, јавната дипломатија служи како инструмент за отворање на традиционално затворените домени на акредитираните претставници (дипломатите) кои сега стануваат повидливи за разлика од порано. Јавната дипломатија не е ниту „пропаганда“ ниту вид на „политички притисок“ како што многумина велат, туку посебна стратегија на комуникација ориентирана кон постигнување на резултати со цел изградба на позитивен имиџ на државата како кај домашната, така и кај странската јавност. Иако оди подалеку од традиционалната дипломатија јавната дипломатија мора да се придржува кон целите на традиционалната дипломатија. Во спротивно не би можела да опстане. Традиционалната дипломатија пак мора да признае дека јавната дипломатија има поширок досег на цели (краткорочни и долгорочни) за разлика од традиционалната која воглавно е сконцентрирана на краткорочни цели. Тие се наоѓаат во постојан однос на меѓузависност и не можат една без друга. Затоа секоја мудра дипломатска стратегија треба да поседува карактеристики и на едната и на другата компонента на дипломатијата.²²

¹⁹ Barston, R. P., *Modern Diplomacy*, London, Longman, 2006, p. 222.

²⁰ Поимот јавна дипломатија прв пат се појавува во 1960 година, најавувајќи го „конфликтот“ помеѓу традиционалната дипломатија и новиот вид на дипломатија, кој подоцна го добива називот „јавна дипломатија.“ Види: Gonesh, A., Melissen, J., *Public Diplomacy: Improving Practice*, The Hague, Netherlands Institute of International Relations Clingendael, 2005, p. 3

²¹ Leonard, M., Stead, C., Smewing, C., *Public Diplomacy*, London, Foreign Policy Center, 2002, p. 1.

²² McClellan, M., *Public Diplomacy in the Context of Traditional Diplomacy*, 2004, (<http://www.publicdiplomacy>, 22.09.2022).

2.1. ДИГИТАЛНА ДИПЛОМАТИЈА

Дигиталната дипломатија е нов облик на јавна дипломатија кој се појавува кон крајот на 20 и почетокот на 21 век како резултат на брзиот развој на дигиталните технологии.²³ Во најопшта смисла на зборот дигиталната дипломатија е дефинирана како директна последица на користењето на интернетот и глобалните информациско-комуникациски технологии (во понатамошниот текст: ИКТ) во доменот на дипломатијата и тоа од аспект и во процесот на заштита на националните интереси. Интернетот²⁴ и ИКТ се важно средство на дипломатијата и составен дел на агендата на креаторите на меѓународната политика. Употребата на интернетот и дигиталните медиуми во сферата на дипломатијата ја трансформира дипломатијата како средство на надворешната политика во смисла на проектирање на позицијата на надворешната политика кај домашната и странската јавност, но не и традиционалната дипломатија „лице во лице“ која не може да се замени со дигиталната дипломатија. Тоа значи дека дипломатијата и понатаму ќе се води помеѓу владите на суверените држави кои ги држат лостовите на законите и моќта. Најзначајните дебати исто така ќе се водат „лице во лице“ заради воспоставување на нивото на доверливост кое овозможува донесување на одлуки.²⁵ Но сепак не можеме да го занемариме влијанието на интернетот и технолошките промени кои наметнуваат нова динамика во водењето на надворешната политика и нови дипломатски трендови кои покрај предизвиците можат да им бидат од корист на државите во позиционирањето на својата надворешна политика како кај домашната, така и кај странската јавност. Тие секако ќе зависат од начинот на кој државите ги користат современите дигитални алатки и технологија во креирањето, спроведувањето и зајакнувањето на националната политика втемелена на традиционалниот модел на дипломатија.²⁶

²³ Hocking, B., Melissen, J., *Diplomacy in the Digital Age*, The Hague, Netherlands Institute of International Relations Clingendael, 2015, p. 9

²⁴ Интернетот е средство за комуникација кое овозможува објавување, размена и чување на информации. Види: Westcott, N., *Digital Diplomacy: The Impact of the Internet on International Relations*, Research Report 16, Oxford Internet Institute, Oxford, 2008, p. 3.

²⁵ Westcott, N., 2008, p. 16.

²⁶ *Manor* смета дека планетарното ширење на ИКТ води кон создавање на т.н. „глобална медиумска екологија“ која ја карактеризираат постојани текови на информации меѓу поединците вмрежени на социјалните медиуми. Оваа глобална медиумска екологија наметнува три вида предизвици на традиционалната јавна дипломатија: *Прво*, дипломатите и министерствата за надворешни работи полесно го губат монополот над

Иако во последните неколку години се зголеми академскиот интерес за дигиталната дипломатија во академските кругови малку се знае за начинот на кој таа функционира, со кој степен на успех, кои се нејзините ограничувања и дали навистина е важна како средство за постигање на надворешнополитичките цели. Оваа задача не е ни малку лесна со оглед на фактот дека не постои широко прифатена дефиниција или рамка која го покрива концептот на дигиталната дипломатија. Во многу држави широм светот таа е сè уште во зачеток, па со тоа секое министерство за надворешни работи на свој начин ја дефинира и применува дигиталната дипломатија. „Во светло на не така далечната интеграција на социјалните медиуми во дипломатската пракса тековните студии немаат објаснување за начинот на кој таа функционира, ниту пак постои доверлива концептуална рамка за евалуација на ефективноста на социјалните медиуми за целите на јавната дипломатија.“²⁷

Почетна точка на сите пребарувања за дефинирање на дигиталната дипломатија е испитување на промените кои влијаеле врз дипломатијата во текот на 20 век. Од оваа перспектива израелскиот научник Манор издвојува две школи на мислења: 1) според првата школа „дигиталната дипломатија е плод на зголемената употреба на ИКТ и платформите на социјални медиуми во водењето на јавната дипломатија.“ Со други зборови дигиталната дипломатија е нова алатка за водење на јавната дипломатија;²⁸ 2) според втората школа дигиталната дипломатија е

дипломатската комуникација. Во денешниот меѓусебно поврзан свет покрај владите (државите) кои имаат главна улога во водењето на традиционалната меѓувладина дипломатија значајна позиција заземаат и меѓународните организации, невладините организации, организациите на граѓански друштва, мултинационалните корпорации, па дури и поединците, било да се во прашање јавни личности, блогери, филантропи или терористи, кои со помош на дигиталните технологии емитуваат пораки од областа на јавната дипломатија. Со други зборови, под влијание на ИКТ се менуваат односите помеѓу клучните актери на дипломатијата и се воспоставуваат врски помеѓу дипломатите и граѓаните кои сега имаат можност да учествуваат во дебатите кои опфаќаат прашања од делокругот на дипломатијата. *Второ*, новите актери на јавната дипломатија го трансформираат дигиталниот свет во конкурентна арена на актери во која повеќе актери се борат за внимание на дигиталната публика. *Трето*, глобалната медиумска екологија води кон фрагментација на публиката на јавната дипломатија во мрежа на селективно изложување. Подетално види: Manor, I., *The Digitalization of Public Diplomacy*, Oxford, Palgrave Macmillan, 2019, p.12.

²⁷ Bjola, C., Jiang, L., *Social Media and Public Diplomacy: A Comparative Analysis of the Digital Diplomatic Strategies of the EU, US and Japan in China*, in: Bjola, C., Holmes, M., (Eds.), *Digital Diplomacy: Theory and Practice*, New York, Routledge, 2015, p.71.

²⁸ Ако некогаш државите стапувале во контакт со населението на другите држави по пат на радио или во 19 век по пат на електричен телеграф, денес овој вид на комуникација го остваруваат по пат на дигиталните платформи Твитер (*Twitter*), Фејсбук (*Facebook*), Веибо (*Weibo*), Јутјуб (*Youtube*), Линкџин (*Linkedin*) и др. Најдобар пример за тоа е

повеќе од нова алатка за водење на јавната дипломатија која ја зголемува способноста за интеракција со странската јавност и овозможува премин од монопол во дијалог.²⁹ Иако оваа дефиниција подоцна била ревидирана Манор смета дека најдобро објаснување на дигиталната дипломатија даваат двете школи заедно. Од таа перспектива тој дигиталната дипломатија ја дефинира како „зголемена употреба на ИКТ и платформите на социјалните медиуми од страна на државата за постигање на целите на надворешната политика и водење на јавната дипломатија.“³⁰

Теоретски постојат многу термини кои се користат за опишување на влијанието на дигиталните технологии врз дипломатијата.³¹ Сепак повеќето автори се залагаат за употреба на терминот „дигитална дипломатија.“ Така на пример Сегев и Манор во својата студија од 2015 година дигиталната дипломатија ја дефинираат како „зголемена употреба на социјалните медиуми од страна на државата за остварување на надворешнополитичките цели и проактивно управување со нејзиниот имиџ и углед.“ Тие сметаат дека дигиталната дипломатија постои на две нивоа, и тоа: на ниво на министерствата за надворешни работи и на ниво на амбасадите. „Работејќи на овие две нивоа државите можат да ја прилагодат својата надворешна политика и националните пораки на единствените карактеристики на локалната јавност во поглед на историјата, културата и традиционалните вредности и на тој начин да

фактот дека 90% од светската популација на возраст помеѓу 18 и 19 години користи сајтови за социјално вмрежување. Види: Hocking, B., Melissen, J., 2015, p. 10.

²⁹ Денес дипломатите покрај можноста да изнесуваат ставови до јавноста по пат на електронските и печатените медиуми можат да користат и социјални мрежи и платформи кои овозможуваат двосмерна комуникација со населението на другите држави (на пр. одговарајќи на пораките на јавноста на своите профили).

³⁰ Manor, I., What is Digital Diplomacy?, (<https://digdipblog.com/countries-on-twitter-and-facebook/>, 26.06.2022).

³¹ Некои термини се фокусираат на концептуализацијата на дипломатијата во дигиталниот свет (на пр. вмрежена *дипломатија* која потекнува од англискиот термин *network diplomacy*). Други термини ги потенцираат карактеристиките на дигиталните технологии (на пр. *јавна дипломатија 2.0* која води потекло од *web 2.0*, *нејш дипломатија* која се однесува на употребата на интернетот во поширока смисла и *швијломатија* која се однесува на употребата на Твитерот). Трети ставаат акцент на атрибутите на дигиталното општество (на пр. *селфи дипломатија* која се однесува на поставување на слики со функционерите на други држави), додека пак четврти се однесуваат на новите области на дипломатијата кои бараат посебна заштита (на пр. *сајбер дипломатија*). Види: Anna Sytnik, Digitalization of Diplomacy in Global Politics on the Example of 2019 Venezuelan Presidential Crisis, St. Petersburg State University, in: Alexandrov D. A. et al., (eds.), Digital Transformation and Global Society: 4th International Conference, DTGS, St. Petersburg, 2019, p.188.

го олеснат прифаќањето на својата надворешна политика и имиџот кој сакаат да го промовираат.³² Истата година Бјола и Холмс дигиталната дипломатија ја дефинирале како „средство за управување со промените во меѓународната политика.“³³ Според нив дигиталната дипломатија се однесува на употребата на интернетот и ИКТ во распон од видео конференции до платформи на социјалните медиуми кои имаат за цел да им помогнат на државните и недржавните актери во управувањето со меѓународните промени. Тие сметаат дека дигиталната дипломатија се состои од три компоненти: прво, дигиталната дипломатија се однесува на начинот на кој актерите соработуваат со надворешната јавност со цел да проектираат одредена порака или слика (компонента на јавната дипломатија); второ, дигиталната дипломатија се однесува на начинот на кој министерствата за надворешни работи и другите агенции (јавни и приватни) ги структурираат и организираат информативните ресурси за своите дипломати и другите конституенти (компонента на пристап до информациите); трето, дигиталната дипломатија се однесува на начинот на кој актерите бараат податоци на терен за следење на суптилните ендогени промени во политичките структури и јавното мислење (компонента на анализа на податоците).³⁴ Во 2002 година Потер ја дефинирал дигиталната дипломатија како „водење на дипломатијата по пат на дигитални и вмрежени технологии како што се интернетот, мобилните уреди и каналите на социјални медиуми.“³⁵ Во 2012 година Хансон го употребил терминот е-дипломатија која ја дефинирал како „употреба на интернетот и новите ИКТ кои имаат за цел да помогнат во постигнувањето на дипломатските цели.“³⁶ Конечно во 2016 година Манор утврдил нова дефиниција на дигиталната дипломатија како „влијание на ИКТ врз водењето на јавната дипломатија во распон од е-маилот до апликациите на смартфоните.“³⁷ Во својата студија од 2019

³² Manor, I., Segev, E., America's selfie: How the US Portrays Itself on its Social Media Accounts, in: Bjola, C., Holmes, M., (Eds.), Digital diplomacy: Theory and Practice, New York, Routledge, 2015, pp. 89-108

³³ Bjola, C., Holmes, M., Digital Diplomacy: Theory and Practice, New York, Routledge, 2015, p. i.

³⁴ *Ibid.*, pp. 207-208.

³⁵ Potter, E. H., Cyber-diplomacy: Managing Foreign Policy in the Twenty-First Century, McGill-Queen's Press, Montreal, 2002.

³⁶ Hanson, F., Baked in and Wired: eDiplomacy@State, Foreign Policy Paper Series No. 30, Washington, Brookings Institution, 2012, p. 2

³⁷ Manor, I., The Digitalization of Diplomacy: Toward Clarification of a Fractured Terminology, Working Paper, Oxford, The University of Oxford, 2017, pp. 3-4.

година тој тврди дека академските концепти „јавна дипломатија 2.0“, „виртуелна дипломатија“, „нет дипломатија“ и „дигитална дипломатија“ се погрешни затоа што не го опишуваат влијанието на дигиталните технологии врз водењето на јавната дипломатија. Овие термини според него покажуваат само дали дипломатските институции се дигитални или не. Но, без разлика дали се дигитални или не тој смета дека дипломатските институции не можат да се поделат на институции кои ги дигитализирале своите активности на јавната дипломатија и институции кои тоа не го сториле, иако се согласува дека многу од нив користат дигитални технологии (во распон од паметните апликации како што е *WhatsApp* до алатките за анализа и алгоритмите напишани од страна на дипломатите) за остварување на дипломатските цели без разлика дали спаѓаат во доменот на јавната или мултилатералната дипломатија.³⁸

Како алтернатива за горе наведените концепти Манор го употребува терминот „дигитализација на јавната дипломатија“ со цел да го опише долгорочниот процес преку кој дигиталните технологии влијаат врз нормите, вредностите, работните рутини и структурите на дипломатските институции.³⁹ Тој под дигитализација на јавната дипломатија подразбира дигитализација на нормативното, бихевиоралното, процедуралното и концептуалното поле на дипломатијата. Дигиталните технологии во тој контекст влијаат врз четири димензии на дипломатијата: институциите, јавноста, практичарите и процесот на водење на дипломатијата. Секоја од овие димензии влијае една врз друга. Тоа Манор го објаснува на следниот начин. „Дигитализацијата на дипломатските институции води кон промена на работата на клучните институции (министерствата за надворешни работи и дипломатските и конзуларните претставништва). Овие промени подразбираат усвојување на нови норми и уверенија (на пример, за водење на виртуелни дијалози со јавноста во *online* просторот), кои пак водат кон нови начини на однесување („слушање“ на повратна информација на јавноста во *online* просторот), нови работни процедури (земање во предвид на повратната информација на јавноста во *online* просторот при креирање на политиката) и нови работни навикни (концепти и метафори за да се замисли средината во која се води дипломатијата).⁴⁰

Хокинг и Мелисен пак разликуваат четири категории на

³⁸ Manor, I., 2019, p.14

³⁹ *Ibid*, p.15.

⁴⁰ Manor, I., 2017, pp. 5-10.

дигиталната дипломатија. Првата категорија се однесува на промените во надворешнополитичкото опкружување како резултат на динамиката на дигиталната ера. Клучна точка на оваа категорија е зголемената брзина на настаните во надворешната политика која директно влијае врз креаторите на политиката. Во такво опкружување дипломатите мораат брзо да реагираат доколку сакаат постојано да бидат присутни во медиумите и јавноста. Оттаму доаѓа и потребата за развој на нови вештини и структури, како и прилагодување на оние кои веќе се во употреба. Тоа особено важи за министерствата за надворешни работи и дипломатите од кои се очекува да развијат свој пристап на вмрежување со цел долгогодишниот процес на работа да го прилагодат на дигиталното опкружување. Втората категорија се однесува на сајбер агендите кои вклучуваат посебен вид на прашања како што се сајбер управување, слобода на интернетот, сајбер војна и сасајбер безбедност. Третата категорија на дигитална дипломатија е е-дипломатијата која прв пат се споменува во Стејт департментот како употреба на интернетот и сродните дигитални технологии за управување со знаењето (анг. *knowledge management*). Таа ја нагласува важноста на ефикасното управување со податоците што е посебно важно за дипломатските мрежи и планирањето на политики во рамките на министерствата за надворешни работи. Четвртата категорија се однесува на користењето на дигиталните технологии со цел да се подобри пружањето на услуги, да се подобрат клучните функции во секторот за јавни услуги и да се зајакне учеството на актерите во креирањето на политиките. Од една страна оваа категорија става акцент на зголемувањето на учеството и подобрувањето на пристапот до владите, што е одраз на претходните дискусии за „демократизација“ на дипломатијата. Од друга страна оваа категорија ја нагласува употребата на нови начини на комуникација за управување со мрежите и вршење на услужните функции како што се конзуларното управување и управувањето со кризи. Централна карактеристика на сите овие елементи на дигиталната дипломатија е развој на „одговорна“ или т.н. веб 2.0’ дипломатија (анг. *web 2.0’ diplomacy*). Ваквата дипломатија ја нагласува потребата за преземање на активности од горе надолу или за преминување од моделот на дистрибуција на информации во еден правец кон моделот на интерактивна комуникација на кој се заснова дигиталното општество.⁴¹

2.1.1. Предности и недостатоци на дигиталната дипломатија

⁴¹ Hocking, B., Melissen, J., 2015, pp. 21-23.

Дигиталните технологии оставиле длабок траг врз дипломатијата која со векови важи за една од најстарите професии со вградена склоност за негување на традицијата, одбрана на институционалната хиерархија и отпор кон промените. Дигиталната или „новата“ јавна дипломатија⁴² успеала да го трансформира светот во натпреварувачка арена на државни и недржавни актери кои се натпреваруваат за моќ и влијание во ист дигитален простор. Министерствата за надворешни работи, амбасадите и дипломатите со помош на ИКТ и дигиталните медиуми, кои служат како додаток на традиционалната дипломатија, имаат можност да развијат цела низа на алатки и методи за поддршка на своите активности и зајакнување на работата на државата во надворешната политика и меѓународните односи. Со помош на овие алатки и методи тие можат на брз и економичен начин да ги претстават своите приоритети и интереси пред својата нација, во светот и што е најважно да изградат поблиски и пријателски односи со населението на другите држави. Со заштеда на време и минимални трошоци дипломатите можат да ги набљудуваат настаните во светот, да собираат податоци, да водат консултации, да разменуваат идеи и да ги утврдуваат клучните инфлуенсери на меѓународната сцена со цел да обезбедат простор за влијание врз странската јавност. Дигиталните технологии се особено корисни за собирање и обработка на податоци во врска со дипломатските активности, како и за брза и ефикасна комуникација и реакција во итни случаи, како што се кризните и вонредните состојби.⁴³ Дигиталната дипломатија особено е пожелна поради фактот што не бара секогаш финансиски вложувања. Тоа ја прави попривлечна за владите, министерствата за надворешни работи и амбасадите, а особено за малите и слабо развиени држави кои на оптимален начин можат да ги остварат своите надворешнополитички цели.⁴⁴

Како и секоја нова технологија, така и дигиталните технологии имаат многу недостатоци. Интернетот и новите ИКТ се соочуваат со

⁴² Термин кој *Manor* го употребува во својата студија од 2019 година.

⁴³ Најсвеж пример за употреба на дигиталните технологии во итни случаи е состојбата со коронавирусот по прогласувањето на пандемијата во март 2020 година. Медиумското покривање во услови на кризна или вонредна состојба е речиси моментално не само поради активната улога на традиционалните медиуми, туку и поради огромниот придонес на паметните телефони и платформите на социјалните медиуми кои не ја исклучуваат можноста за ширење на неточни информации и содржини.

⁴⁴ Rashica, V., 2018, p. 81.

проблемот на двојна употреба и се повеќе стануваат канал за ширење на омраза, насилство, пропаганди, злоупотреба, дезинформации, па дури и закани по националната безбедност. Неадекватната употреба и опасностите на дигиталните технологии ризикуваат да го оспорат и ограничат процесот на адаптација на дипломатските институции на новото дигитално опкружување. Употребата на овие технологии за дипломатски цели не ја исклучува опасноста од злоупотреби, хакирање, објавување на доверливи информации, кражба на податоци и сајбер напади. Главен ризик на јавната дипломатија е хакирањето на веб сајтовите на дипломатите и нивните институции. Овој ризик постои од пронаоѓањето на интернетот и има за цел да пробие во владините системи поради прибавување и откривање на корисни и доверливи информации кои можат да нанесат штета не само на дипломатските институции и националните интереси на државата, туку и на активностите и угледот на дипломатите.⁴⁵

Некои злоупотреби во дигиталната сфера се припишуваат

⁴⁵ Најпознат пример на објавување на доверливи информации е случајот *WikiLeaks*. „Во 2010 година оваа медиумска организација објавила четвртина милион доверливи американски дипломатски телеграми, напишани помеѓу 1996 и 2010 година, кои содржеле искрени оценки на американските дипломати за светските лидери и нивните влади. Американските дипломати овој случај го оцениле како фијаско и закана по американската национална безбедност, а некои од нив покрај непријатностите со кои се соочиле се запрашале дали да продолжат да се занимаваат со својата професија. Ризикот од објавување на доверливи информации значел испраќање на цензурирани извештаи до министерствата за надворешни работи или намалување на способноста на дипломатите да понудат важна анализа на релевантните дипломатски институции. *Manor* смета дека дигиталната ера веќе ја намалила улогата на дипломатите како претставници и канал на комуникација помеѓу државите, а сега се заканува да ја намали и нивната улога на аналитичари. Овој настан според *Manor* ги илустрирал опасностите на дигитализацијата, но исто така укажал и на некои предности: „*WikiLeaks* е ревидиран во 2018 година и на него може да се гледа како на позитивен настан кој ги присилил министерствата за надворешни работи да ги прифатат дигиталните технологии и новиот облик на јавна дипломатија. Од случајот *WikiLeaks* настанал моделот на модерен дипломат.“ „Иако сега дипломатите не можат да имаат монопол над комуникацијата и застапувањето на националните интереси, тие и понатаму остануваат стручњаци за надворешна политика, способни да обезбедат информации, анализа и прогнози кои ќе им помогнат на носителите на одлуки подобро да го разберат светот. Политичките лидери и министерствата за надворешни работи и понатаму ќе зависат од информациите и анализите обезбедени од страна на дипломатите, кои пак ќе останат задолжени за единствената задача - толкување на светските настани низ национална призма.“ Од една страна случајот *WikiLeaks* според *Manor* покажал дека дипломатите се далеку од непотребни во 21 век. Од друга страна пак бурната и долготрајна расправа по овој случај покажала дека дигиталната јавност има свое мислење за светските настани кое министерствата за надворешни работи треба да го разберат. Со тоа, случајот *WikiLeaks* го олеснил бавниот премин на јавната дипломатија од монолог во дијалог. Види: *Manor, I., 2019, p. 326.*

на алгоритмите на социјалните медиуми кои се одговорни за создавање на т.н. „ехо комори“ кои го поларизираат јавното мислење и го еродираат општествениот дискурс. Појавата на „ехо комори“ на омраза, дезинформации и лажни вести доведе до тоа некои дипломати и министри за надворешни работи да се посомневаат во потенцијалот на дигиталната јавна дипломатија. Дезинформациите се зголемуваат на интернет бидејќи се шират во дигитални заедници на истомисленици без несогласување. Тоа доведува до општества кои се повеќе стануваат дезинформирани и поларизирани.⁴⁶ Во рамките на овие „ехо комори“ реториката на омраза станува заглушувачка, дигиталната средина преплавена со неточни вести и теории на заговор, додека пак дезинформациите стратешки се користат за влијание врз демократските промени во другите држави. Со цел да се спречат опасностите од дигиталните технологии многу дипломати и министри за надворешни работи бараат нови алатки и техники за борба против дигиталните закани. Дигитален лидер во таа борба е израелското Министерство за надворешни работи. Потпирајќи се на иновативната технолошка инфраструктура ова министерство успеало да развие нов иновативен пристап кон дипломатијата познат како „алгоритамска дипломатија.“ Таа има за цел да ги мапира дигиталните мрежи, да го зајакне влијанието и да го спречи ширењето на злонамерни и лажни информации во дигиталниот простор.⁴⁷ Овој пристап, насочен кон развој на нов сет на дигитални вештини, подразбира негување на односите засновани на дијалог, автентични разговори, точни информации и вистинско ангажирање со *online* јавноста со цел создавање на програми и проекти за зголемување на социјалната отпорност на невистини и дезинформации. Алгоритмите на социјалните медиуми можат дури и да се „хакираат“ со цел да се спречи ширењето на злонамерни содржини и дезинформации.⁴⁸ Иако државите вложуваат огромни напори за контрола на информациите и елиминација на негативните последици од употребата на дигиталните технологии голема е

⁴⁶ *Ibid.*, p. 146.

⁴⁷ Во последните неколку години израелското Министерство за надворешни работи покажа завидна способност за спречување на ширење на антисемитски и антиизраелски содржини на социјалните мрежи. Развојот на алгоритми од страна на ова министерство претставува нов облик на дигитална јавна дипломатија кој оди подалеку од објавувањето пораки на Фејсбук или Твитер. Главен недостаток на овој пристап е недоволното ангажирање на министрите за надворешни работи во двонасочна комуникација јавноста во дигиталниот простор. Види: *Ibid.*, p. 166.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 159-166.

веројатноста дека ризикот од напади и злоупотреби на дипломатските мрежи и институции ќе биде помал со развивање на програми за ефикасно користење на дигиталните технологии, професионализација на дипломатите и спроведување на соодветни закони и национални стратегии од областа на сајбер безбедноста. За таа цел, важно е да се формираат специјализирани дигитални тимови при владите со чија помош министерствата за надворешни работи и амбасадите ќе можат да пристапат кон изработка на заштитени интернет мрежи кои овозможуваат побрза, побезбедна и пооптимална комуникација со домашната и странската јавност.

3. ДИГИТАЛНАТА ДИПЛОМАТИЈА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

Дигиталната дипломатија е незапирлив и природен процес на еволуција на современата дипломатија во многу држави во светот, вклучително и во Република Северна Македонија. Според податоците на статистичкиот веб сајт „Интернет ворлд стат“ објавени во јули 2022 година во Република Северна Македонија интернет користат 1.687.421 лица или 81.0 отсто од населението, а 1.398.200 (67 проценти) се приклучени на социјалната мрежа Фејсбук. Од државите во регионот повеќе интернет од населението во Северна Македонија користат во Хрватска (93.2 проценти), Босна и Херцеговина и Црна Гора (87.1 проценти), Словенија (87.0 проценти), а помалку во Грција (78.5 проценти), Србија (78.0 проценти), Албанија (76.3 проценти) и Бугарија (70.0 проценти). Според анализата „Дигитална дипломатија во регионот 2020“, изработена за периодот 2017-2019, дигиталната дипломатија во пракса најдобро ја користат институциите на Република Северна Македонија кои се највисоко рангирани (7,2 поени), а потоа следат Хрватска (7 поени), Словенија (6,8 поени), Србија и Црна Гора со по 6,2 поени и Босна и Херцеговина (4 пени). Според наводите во анализата институциите на Република Северна Македонија вложиле значителен труд и имаат добро осмислена стратегија, со што јасно покажуваат дека и во регионални рамки дигиталната дипломатија може да се практикува по речиси светски стандарди. Посебно се истакнати налозите на Министерството за надворешни работи и поранешниот шеф на дипломатијата Никола Димитров чиј налог (Твитер) добил признание за најдобро воден регионален налог за дигитална дипломатија. Покрај Твитер со анализата биле опфатени Фејсбук, Инстаграм, Перископ, Линктин, Снепчет и Јутјуб. Оценката била направена според неколку

критериуми: уделот на бројот на следбеници на официјалните налози, социјалните мрежи кои ги користат официјалните налози,⁴⁹ дипломатското однесување, односно користење на налозите и презентација на интернет страници за дигитална дипломатија во потесна смисла, вештините на комуникација на социјалните мрежи, квалитетот на содржината која се поставува и нејзиниот севкупен дострел и оценка на веб страниците на министерствата за надворешни работи.⁵⁰ Според податоците на Министерството за надворешни работи пак не сите дипломатски и конзуларни претставништва на Република Северна Македонија во странство имаат активни налози на социјалните мрежи.⁵¹ Иста е состојбата и другите министри во Владата кои покрај министерот за надворешни работи можат да играат важна улога во дигитализацијата на јавната дипломатија. Иако нејзината перспектива во последните неколку години е се поизвесна во Република Северна Македонија, свеста на граѓаните за нејзините предности за подобра надворешнополитичка позиција на државата и понатаму е ниска. Дотолку повеќе ако се земе во предвид фактот дека дигитализацијата на јавната дипломатија е единствен и долгогодишен процес на влијание на дигиталните технологии врз нормите, вредностите и работните рутини на министерствата за надворешни работи и амбасадите кој бара разбирање и прилагодување на нормите и вредностите на дигиталното општество. Со зајакнување на дигиталната дипломатија Република Северна Македонија може да има политички, економски, културни и образовни придобивки. Државните функционери и сите други граѓани кои користат интернет и дигитални платформи добиваат можност секојдневно да ги промовираат националните интереси, културата, традицијата, обичаите, да привлекуваат странски инвестиции, да го промовираат и унапредуваат образованието, да го подобруваат имиџот на државата и што е најважно да остваруваат брза и оптимална комуникација со населението на другите држави. Во прилог на тоа говори и фактот дека дипломатите како клучни актери на јавната дипломатија

⁴⁹ Од државите во регионот Словенија има налози на седум различни социјални мрежи и платформи и единствено таа во регионот ја користи платформата Снепчет за комуникација во дигиталната дипломатија. Хрватска има шест налози на социјалните мрежи, Црна Гора и Србија по пет, Северна Македонија четири и Босна и Херцеговина три.

⁵⁰ Sokić, Z., Analiza: digitalna diplomatija regiona 2020, Digitalna diplomatija, 2020.

⁵¹ Фејсбук и Твитер налог имаат дипломатските и конзуларните претставништва на Република Северна Македонија во Велика Британија, при ЕУ, Јапонија, при НАТО, Норвешка, Полска, Романија, Словенија, Франција, Холандија и Шпанија.

во иднина се повеќе ќе го делат дигиталниот простор со недржавните актери. Тоа не значи дека традиционалната дипломатија ќе исчезне или ќе стане помалку важна. Напротив, таа ќе остане доминантен начин на водење на надворешната политика, но со видно изменета структура и стратегија.⁵²

ЗАКЛУЧОК

Дипломатијата е моќна алатка со која дипломатите и официјалните претставници ги постигнуваат надворешнополитичките, економските, културните и образовните цели на државата. Таа има за цел да влијае на одлуките и однесувањето на другите влади и народи по пат на дијалог, преговори, собирање на информации, лобирање (традиционална дипломатија), како и по пат на интернетот и дигиталните платформи (дигитална дипломатија) заради промоција и заштита на националните интереси и подобрување на имиџот на државата. Традиционалната дипломатија со векови била присутна во меѓународните односи и така ќе остане и во иднина. Новите дигитални алатки не можат да ја променат суштината на дипломатијата или да ја заменат комуникацијата „лице во лице“, но можат да влијаат врз нејзината природа која секако нема да остане иста. Тоа е она што секоја држава мора да го разбере во ерата на брзиот раст на дигиталните технологии.

Дигитализацијата на јавната дипломатија е долготраен процес секаде во светот па така и кај нас. Главна причина поради која дипломатите ја отфрлаат употребата на дигиталните технологии се безбедносните прашања и загриженоста за одржување на доверливоста и приватноста кои се клучни за зачувување на угледот и достоинството на дипломатите. Друга причина која го оспорува развојот на дигиталната дипломатија е постапката на дигитализација на дипломатијата која се одвива од горе надолу и бара усвојување на дигитални стратегии на највисоко ниво. Подеднаква важност имаат и програмите за заштита од несовесна употреба на дигиталните технологии, како и програмите за континуирано професионално усовршување на дипломатите кои опфаќаат воведување на интерактивни курсеви за анализа на моменталната состојба, развојни стратегии за следење на постојаната дигитална трансформација, дигитални кампањи, дигитален маркетинг итн. Во некои држави како особено важни се покажале и програмите

⁵² „Виртуелната реалност“ не може да ги замени физичките амбасади и дипломатите кои и понатаму остануваат клучни за дипломатијата, но може да го намали бројот на дипломати потребни за извршување на одредени рутински функции.“

за поставување на т.н. „виртуелни“ амбасадори кои имаат за цел застапување на националните интереси во државите со кои не се воспоставени дипломатски односи.

FROM TRADITIONAL TO DIGITAL DIPLOMACY: BENEFITS,
OPPORTUNITIES AND CHALLENGES OF DIPLOMACY IN THE 21ST
CENTURY

Summary

Abstract: Diplomacy as one of the oldest activities and professions has a long and dynamic history. From the very beginning until today, it has emerged from various types of changes (social, political, economic, scientific, technological etc.) that have influenced the creation of traditional forms of diplomacy, which are the dominant model in the 21st century, as well as of new forms of diplomacy based on existing forms of traditional diplomacy. The most famous form of diplomacy in the 21st century is digital diplomacy. In the most general sense digital diplomacy is the use of the Internet and digital technologies to achieve the goals of traditional diplomacy. Digital diplomacy is a reality not only for modern diplomats and politicians, but also for individuals. It functions as a complement to the traditional model of diplomacy and as a new opportunity to achieve the foreign policy, economic, cultural and educational goals of the country.

The purpose of this scientific paper is to point out the advantages, opportunities and challenges that the diplomacy of the 21st century brings in the light of strengthening the need to raise the level of digital diplomacy in the Republic of North Macedonia, as well as the opportunities to use digital platforms due to greater visibility and representation of national interests in the country and abroad. Any lag in adapting to changes brought by time of the Fourth Industrial Revolution could have serious consequences for the foreign policy of the state, as well as for the citizens and the whole society.

Key words: diplomacy, digitization, international relations, digital platforms, Republic of North Macedonia

