



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

**International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2017**

***Effective Protection of the Human Rights
and Liberties: Reality or Ideal***

6



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

3-rd International Scientific Conference
12-14 May 2017 Ohrid

**OHRID SCHOOL OF LAW
2017**

*Effective Protection of the Human Rights
and Liberties: Reality or Ideal*

6



IURIDICA PRIMA

ЈУРИДИКА ПРИМА

Институт за правно економски истражувања и едукација

3-та Меѓународна научна конференција
12-14 Мај 2017 Охрид

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО 2017

*Ефективната заштита на човековите права
и слободи: реалност или идеал*

6

Издавач:
Ј У Р И Д И К А П Р И М А

За издавачот:
Ангел Ристов

Печати:
Стоби Трејд

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

34(082)

INTERNATIONAL scientific conference Ohrid school of law (3 ; 2017 ; Ohrid)

Effective protection of the human rights and liberties : reality or ideal / 3-rd International scientific conference school of law 12-14 May 2017, Ohrid ; [главен и одговорен уредник Ангел Ристов]. - Скопје: Ј У Р И Д И К А П Р И М А, 2017. - 2 св. (307 ; 261 стр.) : илустр. ; 25 см. - (Охридска школа на правото ; 5 ; 6)

Насп. ств. насл. на стр. 3: Ефективната заштита на човековите права и слободи : реалност или идеал / 3-та Меѓународна научна конференција 12-14 Мај 2017 Охрид. - Трудови на повеќе јазици. - Фусноти кон текстот. - Библиографија и summaries кон одделни трудови

ISBN 978-608-66152-0-8 (кн. 5)

ISBN 978-608-66152-1-5 (кн. 6)

1. Насп. ств. насл.

а) Правни науки - Зборници

COBISS.MK-ID [105481994](#)

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

Главен и одговорен уредник: д-р Ангел Ристов
Меѓународен уредувачки одбор:

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

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA

Editor –in-chief: Angel Ristov, PhD

International Editorial Board:

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

СОДРЖИНА

ПОСЛЕДЕН ПОЗДРАВ ЗА ПРОФЕСОР ВЛАДИМИР ПЕТРОВ.....13

6.1. Д-р Ангел Ристов
**ЗА ПОТРЕБАТА ОД УРЕДУВАЊЕ НА НОТАРСКИОТ
ТЕСТАМЕНТ ВО МАКЕДОНСКОТО НАСЛЕДНО
ПРАВО – DE LEGE FERENDA.....27**

6.2 Др Новак Крстић
**АКТУЕЛНИ ТРЕНДОВИ У РЕГУЛИСАЊУ НУЖНОГ
НАСЛЕЂИВАЊА
У УПОРЕДНОМ ПРАВУ – СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ПРАВЦЕ
ЊЕГОВОГ РЕГУЛИСАЊА У ПРАВИМА
ЗЕМАЈБА БИВШЕ СФРЈ.....43**

6.3. Д-р Ристо Илиоски
**СПЕЦИФИЧНОСТИ И ДИЛЕМИ ВО ОДНОС НА
ИСКЛУЧУВАЊЕТО НА НУЖНИТЕ НАСЛЕДНИЦИ.....63**

6.4. Dr Velibor Korać
DOPRINOS NOTARA SIGURNOSTI PRAVNOG PROMETA.....81

6.5. М-р Марјан Коцевски
НОТАРСКИ ПЛАТЕН НАЛОГ93

6.6. PhD Dimitar Stoyanov
**THE CONTRACTUAL PROHIBITION OF ASSIGNMENT – A
COMPARATIVE OVERVIEW OF THE LEGAL PROTECTION OF
THE ASSIGNEE.....107**

6.7. Dr Žarko Dimitrijević
**SNABDEVANJE ELEKTRIČNOM ENERGIJOM: DELATNOST
SRODNA KOMUNALNIM ILI DRUGIM DELATNOSTIMA.....127**

6.8. Д-р Јелена Трајковска-Христовска
ДЕЈСТВО НА ОДЛУКИТЕ НА УСТАВНИОТ СУД НА РМ.....141

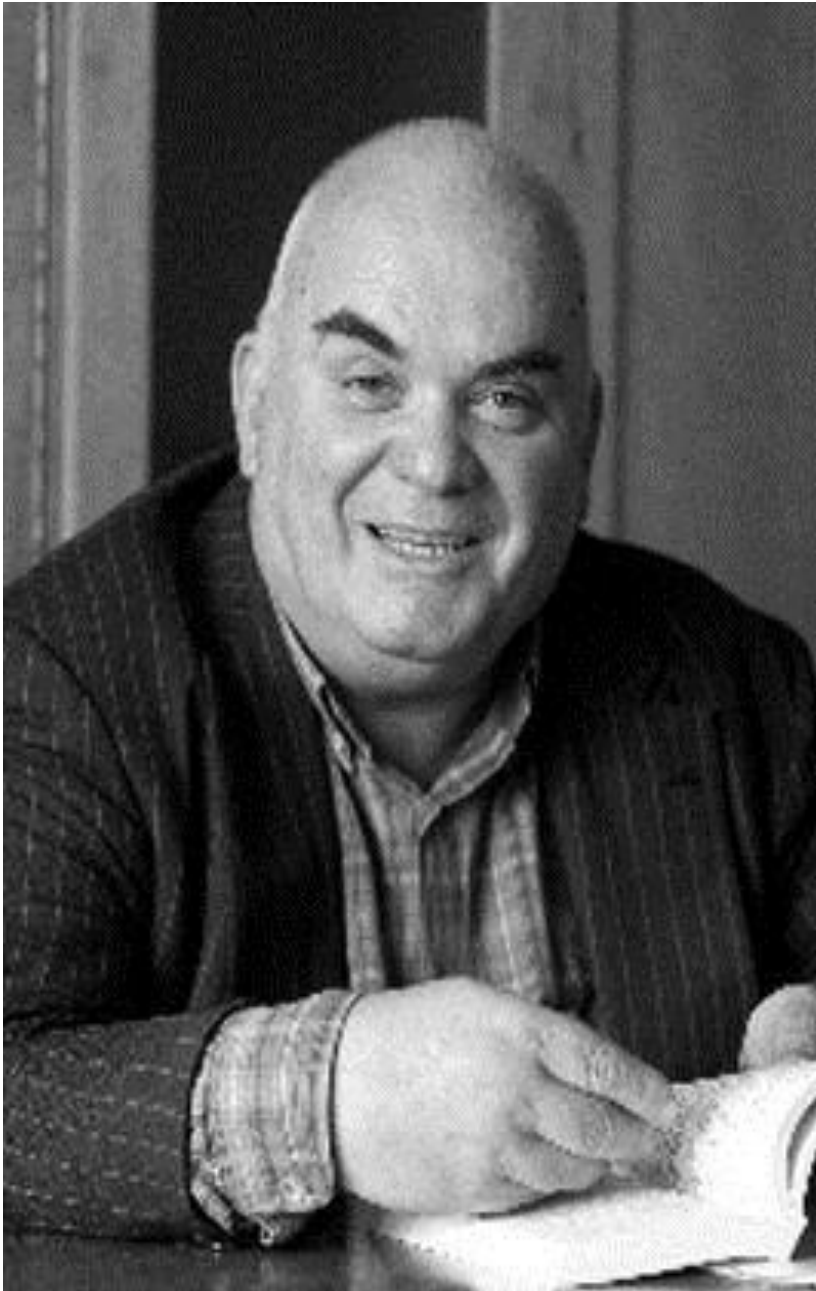
6.9. Д-р Тони Ѓеоргиев
М-р Гоце Стоиловски
**ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА НИЗ ПРИЗМАТА НА СЛЕДЕЊЕТО
НА КОМУНИКАЦИИТЕ.....151**

6.10. Д-р Зоран Јовановски М-р Тамара Адамова	
ЕФЕКТИВНА ЗАШТИТА НА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА И СЛОБОДИ: РЕАЛНОСТ ИЛИ „ПУСТА ЖЕЛБА“	159
6.11 Д-р Милица Шутова	
РЕЛЕВАНТНАТА ЈАВНОСТ И СТЕПЕНОТ НА НЕЈЗНИНОТО ВЛИЈАНИЕ ПРИ УТВРДУВАЊЕ НА ПОЗНАТОСТ НА ТРГОВСКА МАРКА	167
6.12. LLM Filip Vucen	
INTERNATIONAL VS. NATIONAL FRAMEWORK OF GEOGRAPHICAL INDICATIONS OF ORIGIN	179
6.13. Aleksandra Vasić	
UGOVOR O LICENCI PATENTA IZMEĐU PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE I PRAVA KONKURENCIJE	195
6.14 Dr. Marko Dimitrijević	
IMPLICATION OF INTERNATIONAL MONETARY LAW RELATIONS ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS	203
6.15. Д-р Елена Нешовска Косева	
ЕФИКАСНОСТ НА ЗАШТИТАТА НА ПРАВАТА НА ДАНОЧНИТЕ ОБВРЗНИЦИ ВО РМ И ИСКУСТВА ОД КОМПАРАТИВНОТО ДАНОЧНО ПРАВО	215
6.16. Д-р Катерина Шапкова Коцевска	
ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА НА ПРЕСУДИТЕ НА ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА КОИ СЕ ОДНЕСУВААТ НА РМ	225
6.17. Марија Драгићевић	
РЕГУЛАТОРНИ И ФАКТИЧКИ НЕДОСТАЦИ МЕХАНИЗМА ЗАШТИТЕ УПУЋЕНИХ РАДНИКА У ПРАВУ ЕУ	235
6.18. М-р Илија Манасиев	
ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА И СЛОБОДИ И ПРАВА ПОМЕЃУ ВРЕДНОСТ И ПОТРЕБА	255

6.19. Д-р Коле Павлов **ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ И НЕДОСЛЕДНОСТИ
ВО УПРАВУВАЊЕТО И ЗАШТИТАТА НА ЖИВОТНАТА
СРЕДИНА СО ПОСЕБЕН ОСВРТ НА СЕКТОРОТ ВОДИ ВО
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА.....265**

6.20. Д-р Зоран Киткањ
Д-р Ана Фрицханд
**ДИСФУНКЦИОНАЛНОСТ НА СЕМЕЈСТВОТО И РАЗВОДОТ:
ЕФЕКТИ ВРЗ РАЗВОЈОТ НА ДЕЦАТА И АДОЛЕСЦЕНТИТЕ275**

In Memoriam
Prof. DSc Vladimir Bogdanov Petrov, Dr habil
1945-2017



ПОСЛЕДЕН ПОЗДРАВ ЗА ПРОФЕСОР ВЛАДИМИР ПЕТРОВ

На 2 јуни 2017 година ненадејно не напушти професорот Владимир Богданов Петров. Професор, доктор на правни науки, Владимир Богданов Петров е роден во Софија на 26 октомври 1945 година. Четврто поколение правник – прадедо судија, дедо и татко адвокати. Дипломирал на Правниот факултет на Софискиот Универзитет „Св. Климент Охридски“ во 1970 година. Станал асистент на Правниот факултет при Софискиот универзитет во 1974 година. За постар асистент бил избран во 1979 година. Во 1987 година докторирал, а во 1998 година бил избран за асистент. За доцент бил избран во 1990 година. Доктор на правните науки станал во 1998 година, а во 2002 година бил избран за професор по граѓанско и семејно право. Во периодот од 2001-2003 година бил Заменик ректор на Софискиот универзитет „Св. Климент Охридски“. Од 1991-1992 година бил на специјализација во Јапонија. Во 1992 година бил удостоен со „Големата награда во образованието“ на Универзитетот „Сока“ во Токио. Бил визитинг професор на Колумбискиот универзитет во Њујорк – Фондација за размена во образоцието „Фулбрајт“ од 1993-1994 година. Во 1995 година завршил специјализација по нотарско право на Виенскиот државен универзитет во Виена. Истата година специјализирал и американско право на Јагелонскиот универзитет – Краков во Полска. Во 2003 година бил удостоен со „Награда за најголема почит“ на Универзитетот „Сока“ во Јапонија.

Во својата богата и плодна кариера професорот Владимир Петров вршел и остварувал и други значајни дејности. Бил член на Консултативниот совет по законодавство при Претседателот на 39 – тото и 40 –тото Народно собрание. Бил експерт во Советот по законодавство при Врховната Касациона Прокуратура на Република Бугарија. Бил член на Меѓународната комисија по изработување на Граѓанскиот законик на Република Македонија. Учествувал како член во уредувачките одбори на списанијата “Съвременно право”, „De iure”, „Нотариален бюлетин” и на „Охридската школа на правото“.Професорот Владимир Петров бил и арбитер во Арбитражниот суд при Бугарската стопанска комора и Трговскиот Арбитражен суд при Националната правна фондација. Учествувал во голем број на меѓународни и домашни проекти. Автор е на дваесетина книги, учебници, учебни помагала повеќе од 250 студии и статии објавени во научни и стручни списанија

Професорот Владимир Петров беше голем филантроп, ерудита, извонреден правник, уважен професор сакан и почитуван од студентите и колегите. Многу добар човек со голема душа и срце. Искрен пријател каков што секој човек би посакал, секогаш подготвен да помогне на луѓето во невоља. Неговите зборови: - „За оној кој што го сакаш и почитуваш,

најскапото од срцето и душата треба да го даваш“ беа водилка во животот. За нас тие ќе останат засекогаш запаметени, а делата ќе продолжат да живеат и понатаму. Редок професор, со големи теоретски практични знаења и со уникатен стил на предавање и излагање на актуелните проблеми во правото. Неговите предавања, исткаени со префинет вкус на генијалност во познавањето не само на правото, туку и другите научни дисциплини ќе останат запаметени кај голем број на колеги. Спомените за неговата умешност во излагањето на правните проблеми проткаени со бројните примери од секојдневниот живот и афоризми навираат солзи и насмевки, при секое нивно потесетување како сеуште да е помеѓу нас. Професорот Владо, како што ние милувавме да го викаме, не беше само исклучителен професор со големи знаења од областа на правото. Тој беше поет и писател кој на умешен начин твореше интересни раскази кои читателот го навлекуваат со еден здив ги исчита до крај. Секој разговор со професорот Владо беше своевидно доживување и интересен настан од кој душата се насладуваше со смеа, а мозокот стануваше побогат за многу нови работи и сознанија. Задоволство беше да се слуша таков човек со енциклопедиски вредности. Затоа секогаш беше опкружен со слушатели кои засекогаш ќе го паметат споменот на него. Ова е само едно еден мал дел од мозаикот на богатството на душата и делата на професорот Владо. Беше голем и искрен пријател на Република Македонија, достоинствено претставувајќи ги пријателските односи и чувства на Република Бугарија. Професорот Владо беше исклучително драг и почитуван пријател на Правниот факултет „Јустинијан Први“, често гостуваше како предавач, рецензент на голем број на учебници и книги, промотор и ментор. Учествуваше во изготвување на Граѓанскиот законик уште од зародишот на неговата идеја, а подоцна и како надворешен член во неговата Меѓународна Комисија.

Професорот Владо беше еден од основачите и подржувачите на Охридската школа на правото. Како највозрасен и најискусен професор, секогаш ја имаше честа прв да се обрати и да го изложи својот труд. Со своето излагање умееше да ги придобие слушателите и нивните насмевки, а воедно и да ги охрабри помладите кон патот на успехот. Го сакаше Охрид и Охридското езеро, плавината и мирот на езерската ширина. Доаѓаше и кога навидум изгледаше невозможно. Ниту количката, ниту болката во коленото не го спречија да биде дел од нас во 2016 година. Тоа наиде на големо воодушевување кај сите учесници. Со нетрпение го очекувавме и оваа година, на третата по ред Охридска школа на правото. Но, за жал, не можеше да дојде. Подмолната болест испадна посилен од медицината. Солзите непрестано капат сакан професоре додека се пишуваат овие редови. ..Секогаш ќе бидеш дел од нас, од твоите најблиски, колеги и пријатели. Остави многу добри дела и спомени кои не оставаат да бидеш забораен.

Почивај во мир, Великану во правото! Вечна ти слава.

Проф. д-р Ангел Ристов

На 2 юни 2017 изведнъж (внезапно) не напусна професор Владимир Богданов Петров. Професор, доктор по правни науки, Владимир Богданов Петров е роден в София на 26 октомври 1945 година. От четвърто поколение правник - съдия пра дядо, дядо и баща адвокати. Завършил е Юридическия факултет на Софийския университет "Св. Климент Охридски" през 1970 г. През 1974 г. става асистент в Юридическия факултет на Софийския университет. Главен асистент е избран през 1979 г. През 1987 г. получава докторска степен, а през 1998 г. е избран за асистент. През 1990 г. е избран за доцент. През 1998 г. става Доктор по право, а през 2002 г. е избран за професор по гражданско и семейно право. В периода 2001-2003 г. е заместник-ректор на Софийския университет "Св. Климент Охридски". От 1991-1992 г. специализира в Япония. През 1992 г. е награден с "Голямата награда за образование" в Университета Сока в Токио. Той е гостуващ професор в Колумбийския университет в Ню Йорк - Фондация за обмен в образованието "Фулбрайт" от 1993-1994 г. През 1995 г. завършва специалност по нотариално право във Виенския държавен университет във Виена. Същата година е специалист по американско право в (Ягелонският университет) Jagiellonian University - Краков, Полша. През 2003 г. е удостоен с наградата (за най-голямо уважение) "Most Respect Award" в Университета в Сока, Япония.

В своята богата и плодотворна кариера професор Владимир Петров изпълнява и други важни дейности. Бил е член на Консултативния съвет по законодателството при председателя на 39-то и 40-то Народно събрание. Той е бил експерт в Съвета за законодателство на Върховната Касациона прокуратура на Република България. Той е член на Международната комисия за изработване на Гражданския кодекс на Република Македония. Участвал като член в редакционните съвети на списанията "Съвременно право", "Де юре", "Нотариален бюлетин" и "Охридско училище по право". Професор Владимир Петров е и арбитър в Арбитражния съд на Българската търговска камара и Търговския арбитражен съд на Националната правна фондация. Участва в редица международни и местни проекти. Автор е на двадесет книги, учебници, повече от 250 изследвания и статии, публикувани в научни и професионални списания.

Професор Владимир Петров беше велик филантроп, ерудита, изключителен правник, уважаван професор, обичан и уважаван от студенти и колеги. Много добър човек с голяма душа и сърце. Честен приятел, който всеки човек би искал, винаги готов да помогне на хората в беда. Неговите думи: "За онзи, когото обичаш и уважаваш, най-скъпото от сърцето и душата ти, трябва да му дадеш" беха водач в живота му. За нас те ще останат завинаги запомнени, а делата му ще продължат да живеят. Рядък професор с големи теоретични и практически знания и с уникален стил на преподаване и представяне на настоящите проблеми в правото. Лекциите му изтъкани с изискан вкус на изобретателност, познавайки не само правото, но и други научни дисциплини ще бъдат запомнени от голям брой колеги. Спомняйки си уменията си за представяне на правни проблеми изтъкани с многобройни примери за всекидневния живот афоризмите разкъсват сълзи и усмивки с всяко напомняне за това както все още да е сред нас. Професорът Владо както обичаме да го наричаме, е не само изключителен професор с богат опит в областта на правото. Той е поет и писател, който по дълбок начин твореше интересни разкази, които читателят примама да чете с един дъх до края. Всеки разговор беше нещо като опит и интересно събитие, от което душата се наслаждаваше на смях, мозъкът по-богат за много нови неща и знание. Беше удоволствие да се чуе такъв човек с енциклопедични ценности. Затова винаги е бил заобиколен от слушатели, които ще си спомнят завинаги паметта за него. Това е само малка част от мозайка на богатството на душата и произведенията на професора Владо. Беше велик и искрен приятел на Р. Македония, и достойно представяне на приятелските отношения и чувствата на Р. България. Професорът е изключително скъп и уважаван приятел в Юридическия факултет "Јустинијан први", често го посещаваше като преподавател, рецензент на редица учебници и книги, промотър и ментор. Участва в изготвянето на Гражданския кодекс от раждането на идеята си, а по-късно и като външен член на неговата (својата) международна комисия. Професорът Владо е един от основателите и поддръжниците на Охридското училище по право. Като най-стариот и най-опитен професор винаги е имал честта първ да се обърне и да изложи својата работа. С представянето си той успева да ги привлече слушателите и усмивките им и в същото време, да насърчи младите хора по пътя на успеха. Обичаше Охрид и Охридското езеро, планината и спокойствието на ширината на езерото. Идваше и тогава когато това изглеждаше невъзможно, нито инвалидната количка, нито болката в

коляното го попречиха да бъде част от нас през 2016 г. Той се срещна с голям ентузиазъм сред всички участници. С нетърпение очаквахме го на третата поредна Охридска школа по право, но за съжаление неможеше да дойде. Трудното заболяване се оказа по-силно от медицината. Сълзите непрекъснато капеха любим професоредокато се пишат тези редове... Винаги ще бъдете част от нас, от най-близките си колеги и приятели. Остави много добри дела и спомени, с които не може да бъде забравен.

Почиваи в мир Великану на правото! Вечна ти памет.

Проф. д-р Ангел Ристов

КНИГИ

Правното положение на младежта в НРБ. С., Народна младеж, 1988, 128 с. (В съавторство).

Предпоставки на отговорността и способности за уреждане на отношенията между продавача и купувача при продажбата на новопостроени държавни жилища с недостатъци. С., Унив. изд. "Св. Климент Охридски", 1989, 196 с.

Обезщетението за неимуществени вреди при договорната отговорност. С., Унив. изд. "Св. Климент Охридски" 1992, 199 с.

Умението да се навеждаш, С., Албатрос, 1999, 185 с; второ издание Унив. изд. "Св. Климент Охридски", 2001, 185 с .

Ако Оруел беше жив, С., Унив. изд. "Св. Климент Охридски", 2001, 270 с.

Законът за устройство на територията, коментирани, критически анализирани и популярно интерпретирани, С., Сиби, 2002, 240 с.

Устройство на територията, С., Сиби, 2004, 620 с.

Необходимата истина за царската реституция, С., 2010, 240 с.

УЧЕБНИЦИ И УЧЕБНИ ПОМАГАЛА

Основи на правото на Народна Република България, Дял II Гражданско право, Свищов, 1988, 450 с. (Съавт.: Н. Минчев, Г. Стефанов, П.Димитров). Вл.Петров – раздел втори Вещно право, с.103–234.

Вещно право. Modus studendi, С., Сиби, 2005, 227 с. (Съавт.: М. Марков) , Второ издание, С., Сиби, 2006.

Казуси по гражданско право. Обща част. С., Унив. изд. "Св. Климент Охридски", 1975, 175 с. (Съавт.: М.Павлова, Л.Велинов, О.Бъчварова).

Сборник от казуси по вещно право. С., Унив. изд. "Св. Климент Охридски" 1977, 132 с. (Съавт.: М.Павлова).

СТУДИИ И СТАТИИ

Бележки по проекта за обща част на Гражданския кодекс на НРБ. – Социалистическо право, 1979, № 9, с.63-68.

Отчуждаване на движими вещи за държавна нужда – Бюлетин на СЮБ, 1979, № 2, с.43-48.

За правните последици от сделки, извършени в нарушение на чл.13, ал. 3 и 5 СК – Правна мисъл, 1980, № 2, с.55-61.

Замяна на недвижими имоти, собственост на граждани, с държавни недвижими имоти - Год. СУ. Юрид. фак., 72, 1980, № 1, с.171–227.

Към въпроса за формата на сделките .– В: Актуални гражданскоправни проблеми, С., 1983, с.230–243.

За уведомяването по чл.119, ал.2 ЗТСУ. – Социалистическо право, 1985, №11, с.10–25.

Разпореждане със семейното жилище – лична собственост на единия от съпрузите – Социалистическо право, 1985, № 1, с.9–18.

По въпроса за отговорността за недостатъци при продажба на жилища по реда на гл. XV от Наредбата за държавните имоти. – Правна мисъл, 1986, № 6, с.59–67.

Приложно поле на отговорността за недостатъци по чл.119 ЗТСУ. – Социалистическо право, 1986, № 12, с.64–72.

Въпроси на отговорността за недостатъци при продажбата на новопостроени държавни жилища. – Социалистическо право, 1987, № 6, с.34–46.

Към характеристиката на давностните срокове при отговорността за недостатъци по чл. 119 ЗТСУ. – Правна мисъл, 1987, № 1, с.59–68.

Преустройството на законодателството и някои изисквания на Закона за нормативните актове. – Държава и право, 1989, №1, с.22–24.

За лозунгите на преустройството, История и обществознание, 1989, кн.1, с.37–40 (Съавт.: Г.Петканов).

La protection des biens culturels /Journées polonaises/. Rapport Bulgare. Travaux de l'Association Henri Capitant. Tome XL, 1989, Economica, Paris, p. c.165–175.

Едно становище относно правото на собственост върху селскостопанските земи. – Съвременен Право, 1990, № 1, с.64–72. (Съавт.: Д.Драгиев).

Правото на собственост – Народни съвети, 1990, № 6, с.44–46.

Етапи в развитието на отговорността за недостатъци при продажба на жилища според българското гражданско право. – Год. СУ .Юрид. фак., 82, 1991, с.163–176.

Изменението на чл.119 ЗТСУ – новелизация на компромиса. – Съвременен право 1991, № 1, с.56–63.

Принципи за изграждане на правова държава – История, Общество, Философия, 1991, кн. 4, с. 77 – 89.

Личност и творчество, неподвластни на времето (Кръстьо Цончев на 80 години) - Съвременен право 1991, № 2, с.44-88.

Собственост върху откраднати и изгубени автомобили. - Съвременен право, 1993, № 3, с.7–19.

Задължение за спазване на дистанция - Практическо право, 1993, № 1. Приложение: Домашен адвокат, с. 21-22.

Ще затвори ли Тарифа № 1 вратите на съдилищата за българските граждани - Практическо право, 1993, № 1 с.44–45

Възстановяване на правото на собственост върху одържавени недвижими имоти Практическо право, 1993, № 1, с.3-8.

Алтернативен ли е гражданският брак ? - Практическо право, 1993, №1. Приложение: Домашен адвокат, с. 19.

Придобиване на движима вещ от несобственик по чл.78 от Закона за собствеността, Практическо право, 1993, № 2, с.5–7.

Медът и жилото на свободната търговия (Преустройство на гараж в кафене, кръчма, магазин). - Практическо право, 1993, № 2. Приложение : Домашен адвокат, с.26-28.

Как ще бъдат решавани жилищните нужди на гражданите с многогодишни жилищно – спестовни влогове в ДСК, Практическо право, 1993, № 3, с. 9–13.

Условия и ред за продажба на държавни и общински жилища по Закона за уреждане на жилищните въпроси на граждани с многогодишни жилищно - спестовни влогове. Практическо право, 1993, № 6, с. 9-12.

.La Responsabilite des constructeurs, Rapport bulgare , Travaux de L' Association Henri Capitant. Journees egyptiennes Tome XLII, 1991, Litec Editions, 1993, p. 61-70.

Bulgarian Education, Годишник на университета “СОКА”. 1993, (Публикацията е на японски и английски).

Юридическият факултет на кръстопътя на промените – В: Юридическото образование в съвременния свят, СУ “ Св.Климент Охридски”, С., 1993, с.57–64. (Превод и на английски).

Principles of building up a state founded on the Rule of Law , Zbornic Radova , Pravnog Fakulteta u Splitu . God. 30 , Broj 2, Split 1993, str. 517–527.

Необходими промени в режима на развода, БСУ, ЮФ, Юридически сборник, 1998, год. VI т. VIII, с.112–145.

Конкуренция /кумуляция/ на договорната и деликтна отговорност в практическия аспект на обезщетението за неимуществени вреди при договорната отговорност, Научни студии, Варна, 1999, с.112–145.

Нов граждански кодекс на Руската федерация. Обща част - Съвременно право, 2000, № 1, 53-67.

Нов граждански кодекс на Руската федерация. Вещно право - Съвременно право, 2000, № 2, 63-74.

Съзволителни и търпими действия - Адвокатски преглед, 2000, № 6-7, 5-11.

Отговорността на адвоката, сп. Адвокатски преглед, 2000, кн. 8/9, 57 с.

Бързо производство за възстановяване на отнето чрез насилие или по скрит начин владение. –В: сб. Правни изследвания в памет на проф. Иван Апостолов, С., 2001, с. 263–277.

Кога ще ни приемат в Европа! Философски форум, год. III, 2001, бр. 1, с. 234-241.

Сградата на “Шипка – № 6”. Факти и юридически аргументи, С., СУ “Св. Климент Охридски”, 2001, 20 с.

Сравнителноправен поглед върху отговорността за неимуществени вреди в Гражданския кодекс на Руската федерация и българското гражданско законодателство - В: "12 години по-късно". Сборник с доклади от научната конференция на български и руски юристи, проведена в Юридическия

факултет на Софийския университет "Св. Кл. Охридски" 28-30. X. 2002 г., С., СУ "Св. Климент Охридски", 2003, с. 21-44.

Правото на първи купувач за държавата и общината - Нотариален бюлетин, 2003, № 1, с. 26-32.

Post mortem за чл. 58 ЗТСУ - Административно правосъдие, 2003, кн. 1, с. 7-25.

Особеното право на изкупуване по Закона за устройство на територията през погледа на съдебната практика по чл. 33 от Закона за собствеността, Правна мисъл, 2003, кн.3, с. 58-77.

Вещното право на строеж – някои въпроси за дискусия, Нотариален бюлетин, 2003, бр. 2, с. 26-42.

Самостоятелни ограничени вещни права ли са правото на надстрояване и правото на пристрояване, Нотариален бюлетин, 2003, бр. 3, с. 32-50.

Сервитут на преминаване и прокарване на мрежи и съоръжения през чужд имот, Нотариален бюлетин, 2003, бр. 4, с. 40-56.

Правна уредба на търпимите строежи в Закона за устройство на територията, Юбилеен сборник в памет на проф. Витали Таджер, СИБИ, С., 2003, с. 379-394.

Правилата за строеж на частни здания в градовете – основа на българското благоустройствено право, Сб. Ролята на Русия за изграждането на българската държавност след освобождението на България през 1878 год., С., СУ "Св. Климент Охридски", 2003, с. 14-23.

Решение № 3 от 10 април 2003 г. на Конституционния съд - опит за допълнителна аргументация към мотивите. В: Сб. Юридическата природа на актовете на конституционните съдилища на Република България и Руската Федерация. Кръгла маса на български и руски юристи, проведена в Юридическия факултет на Софийския университет "Св. Климент Охридски", 26-29 XI 2003 г., С., Университетско издателство "Св. Климент Охридски", 2004, с. 103-120.

Тъжно смешни разсъждения върху българското нормоторчество, Сб. Право и език. Първа международна конференция Св. Влас, 25-28 септември 2003 г., С., 2004, с. 24-43.

Правна уредба на незаконните строежи. Сб. Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право, С., 2004, с. 44-65.

Урегулиране на поземлени имоти с подробен устройствен план, нотариален бюлетин, 2004, бр. 1, с. 29-46

Правна уредба на незаконните строежи, В Сб.: Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право, том I, Университетско издателство "Св. Климент Охридски", С., 2004, с.44-64.

Правотехнически изисквания при делба на поземлени имоти, Нотариален бюлетин, 2004, бр. 3, с.18-39.

Отчуждаване на недвижими имоти – частна собственост за държавни нужди, Нотариален бюлетин, 2005, бр. 1, с. 22-36.

Празници на юридическата наука в Република Македонија, Право без граници, 2005, бр. 3-4, с. 73-78.

Опасностите на *de lege ferenda*. Сб. Право и език, Втора международна конференция Св. Влас 24-25 септември 2004 г., С., 2005, с. 139-166.

Може ли етажната собственост да бъде юридическо лице? Критичен поглед върху проекта за Закон за жилищните сгради – етажна собственост. Нотариален бюлетин, 2005, бр. 2, с. 41-59.

Някои разсъждения върху ефективността при прилагането на Закона за защита срещу дискриминацията. Юбилеен сборник в чест на проф. Живко Сталев, С., 2005, с. 327-342.

La rupture du contrat, Rapport Bulgare. Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Francaise, Paris, 2005.

La Regle “En fait de meubles la possession vaut titre” dans le droit civil Bulgare, Recueil de texts de la Conference internationale “Journées franco-macedoniennes du droit -200 ans du Code civil” Skopje, novembre 2004, Skopje, 2005, p. 91-105;

Измененията в Закона за общинската собственост. Нотариален бюлетин, 2006, № 1, с. 16-40;

Престанување на сосопственоста со договор за доброволна делба според бугарското граѓанско право. Годишник на Правниот факултет “Јустинијан први” во Скопје, том 40. Во чест на Димитар Поп Георгиев. Скопје 2006, стр. 341-357;

Правата на корисникот и поседувачот за трошоците и подобрувањата на туѓ имот според бугарскиот закон за сопственост Годишник на Правниот факултет “Јустинијан први” во Скопје, том 41. Во чест на Стрезо Стрезовски. Скопје 2006, стр. 340-356;

Разпоредби с корупционен потенцијал в Закона за државната собственост и Закона за общинската собственост, Нов Български Универзитет, Юбилеен сборник на Департамент “Право”, С., 2006, с. 119-140;

Относително определени правни норми. Право и език. Трета международна конференция Св. Влас, 23-25 септември 2005, Универзитетско издателство “ Св. Климент Охридски”, С., 2006, с. 115-139;

Нотариален акт за придобиване право на собственост върху движима вещ чрез обстоятелствена проверка, Нотариален бюлетин, 2006, № 4, с. 28-52;

Творческо решение на Върховниот касационен съд в материята на отговорноста за неимуштествени вреди, Съвременно право, 2006, № 4; с. 43-51;

Измененията в режима на собственоста след приемането на България в Европейскиот сюз, Нотариален бюлетин, 2007; № 1, с. 49-63;

Болезно сътресение за правната ни система. Необходимо е преосмисляне на идеята за нов ГПК, “Политика”, бр. 166, 2007;

Обезщетение за неимуштествени вреди по трудовото правоотношение, Сб. Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Том II. 100

години трудово законодателство в България, Университетско издателство "Св. Климент Охридски", С., 2007, с. 176-204;

Устройството и застрояването на Столична община. Сб. "Актуални въпроси на устройството на територията и строителството. ИК "Труд и право", С., 2007, с. 243-273;

Критичен поглед върху някои от последните изменения и допълнения на Закона за устройството на територията и териториално-устройствените решения в Закона за устройството и застрояването на Столичната община, Нотариален бюлетин, 2007, с.69-80;

Строежите по чл. 187-189 от Закона за устройство на територията, Нотариален бюлетин, 2007, №.4, с. 34-48;

Општ поглед врз правното уредување на правото на интелектуалната сопственост во бугарското законодавство и во правната теорија. Сб. "Авторско право и сродни права. Домашна и меѓународна теорија и практика. Правен факултет "Јустинијан Први"- Снопје, Скопје, 2007, с. 169-199.

Развитие на идејата за кодификацијата на граѓанското право в Република България. Римско право и съвременни кодификации. Сборник статии от проведената научна конференция в Юридическия факултет на Софийския университет, 10 май 2007 година, София, 2008, с. 130-156.

Изкупуването на земеделска земя по чл. 4а ЗСПЗЗ, Нотариален бюлетин, 2008, № 2, с. 48-58;

Забележителна личност, юрист и учен – (90 години от рождението и 17 години от смъртта на проф. д-р Борис Яновски), Съвременно право, 2008, бр. 5, с.69-74;

Законът за управление на етажната собственост ще бъде и нейният погребален саван в българското право, Нотариален бюлетин, 2008, № 4, с. 30-43.

Нотариален акт за придобиване право на собственост върху движима вещ чрез обстоятелствена проверка, Юбилеен сборник в памет на проф. Петко Венедиков, Университетско издателство "Св. Климент Охридски", София, 2008, с. 241-282.

Дали во бугарското право постои идејата за создавање на граѓански кодекс, Сб. Кодификација на македонското граѓанско и трговско право, Сборник од научната расправа одржана во Скопје на 18 јуни, 2008 година, книга 3, Скопје, 2008, с. 91-107.

Разсъждения след решението на Конституционниот суд по Закона за културното наследство, Нотариален бюлетин, 2009, № 4, с. 58-72.

Когато отменениот закон (*lex posterior*) е по-некачествен от отменениот закон (*legi priori*), Сборник на Правниот факултет "Јустинијан први" во Скопје, во чест на Стефан Георгиевски, Скопје, 2009, с. 313-327

Законът за културното наследство е злонамерена и некачествена халтура, Нотариален бюлетин, 2009, № 2, с. 54-67.

Няма опасност Саксбурготски да придобие по давност незаконно взетите имоти, Правен свят, октомври 2009.

The legal regime of the mortgage as a right in immovables in Bulgaria, Sicherungsrechte an Immobilien in Europa. Grazer Beiträge zum Recht der Länder Südosteuropas und der Europäischen Integration, Band 1, Lit Verlag, Berlin 2009, S. 141-161.

Юридическата съдба на царските дарения, Общество и право, 2010, бр. 1, с. 35-45.

Преглед на уредбата в българското законодателство на актуването и деактуването на недвижими имоти като държавна собственост, Нотариален бюлетин, 2010, № 1 с. 29-43.

Българската правна система се нуждае от нов териториално-устройствен закон, Нотариален бюлетин, 2010, № 3, с. 49-59.

Представява ли невръщането на лизингованата вещь от лизингополучателя престъпление по чл. 206 и чл. 209 НК, DE JURE, 1-2010, с. 11-24.

Необходимата истина за царската реституция, Симолини, С., 2010, 240 с.

Възможен и допустим ли е от Закона за наследството заветът на владение, Съвременно право, 2011, № 1, с. 29-50.

Контрол на индивидуалните административни актове по устройство на територията, Нотариален бюлетин, 2011, № 1, с. 50-67.

Оспорване на индивидуалните административни актове по устройство на територията, Нотариален бюлетин, 2011, № 2, с. 53-71 (продължение от бр. 1/2011 г.).

Правото на собственост в българското законодателство – уредба между три конституции, Сб. Двадесет години от приемането на Конституцията на Република България. Материали от научната конференция Велико Търново, 3 юни 2011 г., съставител Зл. Орсов, С., 2011 г., 55-123.

Уредба на вещните права върху горски територии, Нотариален бюлетин, 2011, № 3, с. 60-77.

Повече от 250 статии в периодичния печат и рецензии.

Участие в национални и международни проекти:

Българо-чешки научно-изследователски проект “Собственост и ограничени вещни права” -1976 г.

Българо - югославски научно-изследователски проект “Защита на правото на държавна собственост” – 1978 г.

Проект за Граждански кодекс на Народна Република България – 1979 г.

Българо-руски научно-изследователски проект “Развитие и усъвършенстване на социалистическата демокрация” – 1984 г.

Международен научно-изследователски проект “La protection des biens culturels” (Journées polonaises), организиран от Асоциацията на приятелите на френската юридическа култура “Анри Капитан” – 1989г.

Международен научно-изследователски проект “La Responsabilite des constructeurs”, (Journées egypitiennes), организиран от Асоциацията на приятелите на френската юридическа култура “Анри Капитан” – 1993 г.
Българо-немски научно-изследователски проект “Системи за вписване на актове за недвижими имоти” - 1997 г.

Българо-руски научно-изследователски проект “Ролята на Русия за изграждане на българската държавност след Освобождението на България през 1878 г.” - 2002 г.

Международен научно-изследователски проект “Journées franco-macedoniennes du droit -200 ans du Code civil”- 2004

Международен научно-изследователски проект “La rupture du contrat”, организиран от Асоциацията на приятелите на френската юридическа култура “Анри Капитан” – 2005 г. .

Международен научно-изследователски проект.”Кодификација на македонското граѓанско и трговско право”- 2008 г.

Международен научно-изследователски проект “The legal regime of the mortgage as a right in immovables. Sicherungsrechte an Immobilien in Europa”- 2008 г.

ЗА ПОТРЕБАТА ОД УРЕДУВАЊЕ НА НОТАРСКИОТ ТЕСТАМЕНТ ВО МАКЕДОНСКОТО НАСЛЕДНО ПРАВО – DE LEGE FERENDA

УДК: 347.65/.68:347.961.4 (497.7)
Original research paper

Апстракт: *Нотарскиот тестамент е еден од најчесто практикуваните тестаменти во Европските држави. Во македонското наследно право, оваа форма на тестамент изречно не е предвидена и покрај тоа што тестаментот составен од нотарот егзистира во правниот живот речиси две децении. Во трудот, авторот прави подробна анализа на законските решенија со цел да докаже дека постојат повеќе разлики помеѓу судскиот и нотарскиот тестамент. Токму формата на нотарскиот акт во која овој тестамент се составува, меѓу другото, е *differentia specificaе* која го прави овој вид на тестамент *sui generis*, различен од судскиот тестамент. Врз основа на посочените и аргументирани разлики, како и решенијата од споредбеното право, авторот се залага за подробно уредување на нотарскиот тестамент во Граѓанскиот законик на Република Македонија и Законот за нотаријат.*

Клучни зборови: *нотаријат, нотарски тестамент, нотарски акт, судски тестамент.*

Една од најзначајните реформи во правниот систем на Република Македонија, од нејзиното осамостојување, беше востановувањето на нотаријатот како јавна служба.¹ Со оваа реформа судовите во значителна мера беа растоварени од неспорните предмети, а на граѓаните им се олесни

* Вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје angelristov@yahoo.com

¹ Во правниот систем на Република Македонија нотаријатот, како самостојна и независна јавна служба, беше востановен пред две децении, со донесувањето на Законот за вршење на нотарските работи на 16 октомври 1996 година. Првите нотари почнаа со работа на 15 јуни 1998 година, а во месец август истата година беше основана Нотарската комора на Република Македонија. На 30 септември 2001 година на Конгресот во Атина, Нотарската комора на РМ беше примена во Унијата на Латинскиот нотаријат. Повеќе види кај Арсен Јаневски, *Воведување на нотаријатот во Република Македонија*, придобивките од него и неговиот натамошен развој, *Нотариус*, Нотарска комора на Република Македонија, бр. 24, Скопје, стр. 28-28.

остварувањето на нивните права.² Во таа смисла, со право професорот Арсен Јаневски истакнува дека „воведувањето на нотаријатот во Република Македонија позитивно се одрази врз целокупното функционирање на правниот систем на државата. Оваа нова јавна служба го олесни правниот промет, овозможи давање на некои правни услуги кои порано не беа давани ... влијаеше врз унапредувањето на т.н. превентивна правна заштита.“³ Во текот на своето речиси две децениско постоење, нотарите со своето професионално, стручно и ефикасно работење придонесоа за зголемување на правната сигурност во правниот промет.⁴ Врз основа на тоа, со текот на времето нивните надлежности, во неколку наврати, беа оправдано проширувани во интерес на граѓаните.⁵

Во сферата на наследното право, можноста нотарот да состави *тестамент според одредбите за судскиот тестамент* беше воведена уште со првичниот Закон за вршење на нотарските работи⁶ од 1996 година. Ваквата можност ја предвидуваше и Законот за нотаријатот⁷ од 2007 година, вклучително и новиот Закон за нотаријат⁸ од 2016 година.⁹ Во Законот за наследувањето¹⁰ од 1996 година, формата на нотарскиот тестамент не е позната и правно уредена.¹¹ Оттука, според словото на законот, *формата нотарски тестамент не постои во нашето наследно*

² Оваа реформа произлезе, пред се, како резултат на преоптовареноста на судовите со голем број на предмети. Покрај ова, таа беше направена и во согласност со Препораката на Советот на Европа од 16 септември 1986 година, со која на земјите членки им се препорачува намалување на обемот на вонсудски предмети и нивно доверување на други вонсудски органи: нотари, извршители и др.

³ Арсен Јаневски, *Воведувањето на нотаријатот...*, стр. 35.

⁴ Повеќе за ова види *Анализа за развојот и работата на нотаријатот во вршењето на јавните овластувања и неговиот придонес за остварување на поефикасен правен систем и правна сигурност*, Нотарска комора на Република Македонија, Скопје, 2017.

⁵ Согласно Стратегијата за судски реформи од 2004 година, во периодот кој следеше, во повеќе законски прописи беа зголемени овластувањата на нотарите во сферата на присилното извршување со издавањето на платниот налог, како и во рамките на водењето на оставинската постапка. Повеќе за проширувањето на надлежностите на нотарите види кај Арсен Јаневски, *Воведувањето на нотаријатот...*, стр. 33-35; Arsen Janevski, „Vanparnične stvari koji bi sud mogao da poveri notarima“ *Pravni život*, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, br. 12/2003; Јадранка Дабовиќ Анастасовска, „Улогата на нотарот и актуелните прашања на практиката за различните видови на договор за дар и договорот за послуга во правото на Република Македонија“ *Нотариус*, Нотарска комора на Република Македонија, бр. 29, стр. 38-65.

⁶ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 59/96, 25/98, 6/2002 и 66/2006.

⁷ Закон за нотаријат „Службен весник на Република Македонија“ бр.55/2007, 86/2009, 139/2009 и 135/11.

⁸ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 72/16.

⁹ Повеќе види кај Марјан Коцевски, „Новини кои произлегуваат од новиот Закон за нотаријатот“ *Охридска школа на правото 2016 - Правната несигурност како клучен фактор за владеење на правото во современите општества*, бр. 4, Iuridica Prima, Скопје, 2017, стр. 55-73; Фиданчо Стоев, „Концептот на новиот закон за нотаријатот“ *Нотариус*, Нотарска комора на Република Македонија, бр. 29, стр. 7-19.

¹⁰ „Службен весник на Република Македонија“ бр.47/96.

¹¹ Повеќе види кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за наследување*, Стоби трејд, Скопје, 2015.

право.¹² Имајќи предвид дека во практиката граѓаните многу често ја користат можноста да состават тестамент кај нотар, се наметнува потребата од подробна анализа на одредбите според кои се составува овој тестамент. Ова, се со цел да одговориме на прашањето дали станува збор за ист тестамент како и судскиот или пак станува збор за *посебен вид на тестамент – нотарски тестамент*, кој има свои специфичности и покрај тоа што законот не го превидел.

Со оглед дека е во тек изготвувањето на Граѓанскиот законик¹³ и реформата на македонското наследно право, една од позначајните новини, меѓу другото,¹⁴ ќе биде и уредувањето на нотарскиот тестамент.¹⁵ Анализата на домашното законодавство и споредбеното наследно право ќе ни овозможи да докажеме дека формата нотарски тестамент е различна од формата судски тестамент, како и да дадеме предлози за нејзино потемелно уредување во македонското наследно право.

1. Специфичности на нотарскиот тестамент наспроти судскиот тестамент

Нотарскиот тестамент е тестамент кој според кажувањето на завештателот го составува нотарот во форма на нотарски акт пред двајца сведоци. Во важечкото право, можноста нотарот да состави тестамент е уредена со Законот за нотаријатот, според кој *„тестамент во форма на нотарски акт* се составува согласно одредбите од Законот за

¹² Види и кај: Чавдар Кирил, *Коментар на законот на наследувањето*, „Академик“, Скопје, 1996; Ристо Ристески, *Наследување врз основа на тестамент*, Друштво за наука и уметност Прилеп, 1995.

¹³ Одлука на Владата на Република Македонија „Службен весник на Република Македонија“ бр. 4/2011. Раководител на Комисијата за изготвување на Граѓанскиот законик на Република Македонија е еминентниот професор Гале Галев. Повеќе за ова види *Кодификација на македонското и граѓанското право*, Зборник на трудови од научна расправа, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје, 2008. Заклучно со месец септември 2017 година изготвени се Нацртите на Книга 3 – Облигациони односи и Книга 4 – Наследноправни односи. Исто така изготвена е и првата верзија од Нацртот на Книга 5 – Семејни односи. Комисијата сеуште ги нема изготвено Нацртите на Книга 1 – Општ дел и Книга 2 – Стварноправни односи.

¹⁴ За ова види повеќе кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Новите предлози за реформи во кодификацијата на македонското наследно право“ *Нотариус*, Нотарска комора на Република Македонија, бр. 29, стр. 21-38.

¹⁵ Види повеќе за ова кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право во Република Македонија*, Стоби Трејд, Скопје, 2016; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, „Реформите во наследното и семејното право и ингеренциите на нотарите“, *Нотариус*, Нотарска комора на Република Македонија, Сопје, 19 декември 2011, стр.73-74; Љиљана Спиrowиќ Трпеноvsка, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2010.

вонпарнична постапка што важат за составување на судски тестамент.¹⁶ Судскиот тестамент е уреден во Законот за наследувањето (ЗН) и во Законот за вонпарнична постапка (ЗВП)¹⁷ од 2008 година.¹⁸ ЗН предвидува дека „тестамент на завештателот, по негово кажување може да состави судија на основен суд, кој претходно ќе го утврди идентитетот на завештателот. Откога завештателот ќе го прочита и потпише ваквиот тестамент, судијата на самиот тестамент ќе потврди дека завештателот во негово присуство го прочитал и потпишал.“¹⁹ Постапката за составување судски тестамент подробно е уредена со ЗВП (чл. 251-264). Поаѓајќи од ова, во пошироката правничка јавност прифатено е мислењето дека не станува збор за нова, различна форма на тестамент, од причина што нотарскиот тестамент се составува според одредбите што важат за составување на судскиот тестамент. Во таа смисла, проф. Љиљана Спиновиќ Трпеновска истакнува дека специфичноста на овој тестамент „се состои во овластувањето на нотарот да составува нотарски акт за изјавата на последната волја, како и фактот дека вака составениот нотарски акт, има форма и дејство соодветни на судски тестамент.“²⁰

Доколку се направи подробна анализа на содржината и условите за составување на нотарски акт ќе се забележат повеќе разлики на тестаментот составен во форма на нотарски акт (нотарскиот тестамент) од судскиот тестамент. *Првата* разлика е во надлежноста. За составување на судскиот тестамент е надлежен судија на основен суд.²¹ За составување на нотарскиот тестамент надлежен е нотар. Нотаријатот е самостојна, независна јавна служба во која се вршат работи од видот на јавни овластувања, врз основа на закон.²² Нотарите се самостојни и независни носители на таа служба.²³ *Втората* разлика е во поглед на актот во кој се составува тестаментот. Судскиот тестамент се составува во форма на *записник*.²⁴ Согласно ЗВП „за дејствијата извршени во вонпарничната постапка се составува записник.“²⁵ Во таа смисла, „тестаментот по кажување на завештателот го составува на записник судија.“²⁶ За разлика

¹⁶ Член 67 од Законот за нотаријат (ЗН). Овој член е насловен „Составување на нотарски акт за изјавите на последната волја“. Законодавецот направил грешка во називот „изјавите“ ова од причина што тестаментот по суштина содржи една изјава на последната волја на завештателот. Најдобро решение би било овој член да носи наслов „Нотарски тестамент“.

¹⁷ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 9/08.

¹⁸ Види кај Чавдар Кирил, *Коментар на законот за вонпарнична постапка*, „Академик“, Скопје, 2008.

¹⁹ Чл. 67 од Законот за наследувањето.

²⁰ Љиљана Спиновиќ Трпеновска, *op. cit.*, стр. 155.

²¹ Организацијата на судовите е уредена со Законот за судовите „Службен весник на Република Македонија“ бр. 58/06, 35/08 и 150/10.

²² Поопширно за ова види кај Арсен Јаневски, „Нотарската дејност и карактерот на постапките коишто се водат пред нотарот“ *Нотариус*, Нотарска комора на Република Македонија, бр. 29, стр. 7-31.

²³ Повеќе за нотарот и нотарската служба види чл. 3 од Законот за нотаријатот.

²⁴ „Записникот за преземените дејствија го потпишуваат лицата кои ги преземаат дејствијата, учесниците во постапката, записничарот и лицата определени со овој закон, ако со овој закон поинаку не е определено.“ Чл. 20 ст. 4 од ЗВП.

²⁵ Чл. 20 ст. 1 од ЗВП.

²⁶ Чл. 253 од ЗВП.

од судскиот, нотарскиот тестамент го составува нотарот во форма на нотарски акт,²⁷ согласно правилата предвидени во Законот за нотаријат и ЗВП.

Трета разлика е фактот што за составување судски тестамент процедурата е посложена. Имено, завештателот мора согласно ЗВП да поднесе предлог за составување судски тестамент во писмена форма.²⁸ Ретки се случаите кога предлогот завештателот го дава усно на записник. Врз основа на доставениот предлог судот закажува рочиште за што писмено го известува завештателот. Постапката за составување нотарски тестамент е многу поедноставна. За составување нотарски тестамент не е потребно завештателот да поднесе предлог во писмена форма, ниту пак усно на записник кај нотарот. Доволно е завештателот само да пристапи кај нотарот и од него усмено да побара составување на нотарски тестамент. Ако нотарот нема закажани обврски, може веднаш да пристапи кон составување на нотарски тестамент, што не е случај со судскиот тестамент. Поедноставната процедура и флексибилноста на нотарот го прави нотарскиот тестамент подостапен за граѓаните.

Четврта суштествена разлика, *differentia specifica*, на нотарскиот тестамент во однос на судскиот тестамент, произлегува од формата што ја бара нотарскиот акт. Тоа е *задолжителното присуство на двајца сведоци*, без разлика дали завештателот е писмен или неписмен!²⁹ Во ЗН е предвидена посебна одредба за составување на судски тестамент ако завештателот не е во состојба да го прочита. Во случај кога завештателот не е во состојба да го прочита тестаментот што му го составил судијата, овој ќе му го прочита на завештателот во присуство на двајца сведоци, па тогаш завештателот во присуство на истите сведоци ќе го потпише тестаментот или ќе стави на него свој ракознак, откако ќе изјави дека тоа е негов тестамент.³⁰ За разлика од ЗН во ЗВП е предвидено дека: „При составување на судскиот тестамент присуствуваат најмалку двајца сведоци (што значи може и повеќе да бидат А.Р.) ако завештателот е слеп, *неписмен*, или не го познава јазикот кој е во службена употреба во судот, или пак не е во состојба од кои и да било причини да го прочита тестаментот.³¹ Доколку, завештателот е писмен, тогаш во постапката за составување судски тестамент законодавецот не бара учество на тестаментални сведоци.³² Во ваков случај, во постапката за составување судски тестамент учествуваат завештателот, судијата и записничарот.

²⁷ За составувањето и содржината на нотарскиот акт види чл. 54 и чл. 65 од Закон за нотаријат.

²⁸ Види чл. 9 ст. 1 од ЗВП.

²⁹ „При составување на нотарски акт се потребни двајца сведоци. Чл. 59 ст. 1 од Закон за нотаријатот.

³⁰ Чл. 68 од ЗН.

³¹ Чл. 255 ст. 1 од ЗВП.

³² Види чл. 67 од ЗН и чл. 253 од ЗВП.

Петтата разлика се однесува во поглед на учеството на одредени учесници. Во постапката за составување судски тестамент, задолжително учествува, покрај завештателот и судијата, *записничар*. Во постапката за составување нотарски тестамент не учествува записничар! Нотарот самиот ја пишува изјавата на последната волја на завештателот. Возможно е на нотарот, при пишувањето на тестаментот на компјутер, да му помага одредено лице кое е вработено во нотарската канцеларија, но сепак, само нотарот е тој кој што според кажувањето на завештателот ја составува последната изјава на волјата и се потпишува во тестаментот, заедно со завештателот и двајцата сведоците.

Шестата разлика се однесува на сведоците на тестаментот. Кај нотарскиот тестамент, освен одредбите кои се однесуваат за сведоци кај судскиот тестамент пропишани со ЗН,³³ се применуваат и дополнителни одредби кои произлегуваат од формата на нотарскиот акт. Во таа смисла, Законот за нотаријат предвидува дека сведоците на идентитетот *мора да бидат лица кои лично го познаваат учесникот* (завештателот А.Р.), а чиј идентитет нотарот ќе го утврди врз основа на важечка лична карта или патна исправа.³⁴ Освен ова, предвидени се и друг услови кои сведоците на нотарскиот тестамент треба да ги исполнат.³⁵ Во Законот за нотаријатот е предвидена и изречна одреба според која „ако со законот поинаку не е определено сведоците на актот мора да бидат присутни во моментот кога нотарот им го чита на учесниците нотарскиот акт и кога тие го потпишуваат.“³⁶ За разлика од правилата за судскиот тестамент, во Законот за нотаријатот е предвидена изречна одредба според која „сведок

³³ „При составувањето на судски тестамент можат да бидат сведоци полнолетни лица на кои не им е одземена деловната способности кои знаат да читаат и пишуваат, а го разбираат јазикот на кој е составен тестаментот.

Не можат да бидат сведоци при составувањето на судски тестамент, ниту тестаментот да го состават по кажување на завештателот во својство на судија: потомците на завештателот, неговите посвоеници и нивните потомци, неговите предци и посвоители, неговите роднини во странична линија до четвртиот степен заклучно со брачните другари на сите овие лица и брачниот другар на завештателот.“ Чл. 70 од ЗН.

„При составувањето на судски тестамент присуствуваат најмалку двајца сведоци ако завештателот е слеп, неписмен или не го познава јазикот кој е во службена употреба во судот, или пак не е во состојба од кои и да било причини да го прочита тестаментот.

Идентитетот на сведоците од ставот 1 на овој член, судијата, ако не ги познава лично, ќе го утврди со исправа издадена од надлежен орган.“ Чл. 255 од ЗВП.

³⁴ Чл. 58 ст. 1 од Закон за нотаријатот.

³⁵ „(1) Сведок на составување на нотарскиот акт мора да биде полнолетно лице кои знае да чита и пишува и кое го знае службениот јазик на кој се составува актот. (2) Сведок на составување на нотарски акт не може да биде лице кое: а) не може да сведочи поради нарушена душевна и телесна состојба; б) е вработено во нотарската канцеларија; в) може да има некоја корист од работата при чие составување сведочел; и г) со учесникот или со оној кој со нотарскиот акт би требало да добие некоја корист, или самиот нотар е во однос поради кој може да се бара изземање на нотарот.“ Чл. 60, *Ibid*.

³⁶ Чл. 61, *Ibid*.

на идентитет може да биде и сведок на акт“.³⁷ Посебни и темелни одредби, исто така, се предвидени кога како учесници се јавуваат не/писмени глуви, неми и глувонеми, како и преведувачи.³⁸

Најпосле, *седма* разлика на нотарскиот, наспроти судскиот тестамент,³⁹ е фактот што ако нотарскиот тестамент е составен кај нотар на чие подрачје завештателот нема живеалиште, нотарот нема обврска да го извести судот или нотарот на чие подрачје завештателот има живеалиште. Ова, меѓу другото, беше причината поради која, неодамна, во нашето законодавство беше воведен Регистарот на тестаменти, за чие водење е надлежна Нотарската комора на Република Македонија. За потребата од негово воведување науката со години наназад се залагаше.⁴⁰ Тоа е една од првите реформи која законодавецот ја прифати во сферата на наследувањето. И покрај тоа што Регистарот на тестаменти беше воведен со Законот за нотаријат од 2016 година, тој сеуште не заживеа во практиката, поради недонесувањето на подзаконските прописи за неговата практична примена!

Имајќи ги предвид погоре посочените разлики, можеме да заклучиме дека формата на нотарскиот акт го прави тестаментот составен од страна на нотарот - нотарскиот тестамент институт *sui generis*. Тој има свои специфичности кои го разликуваат од судскиот тестамент, поради што нотарскиот тестамент треба своето место, како посебна форма, да го најде во рамките на одредбите од Законот за наследувањето, заедно со останатите форми на тестаменти. Во таа смисла, законодавецот треба да предвиди посебен член насловен – Нотарски тестамент, кој ќе содржи одредба според која: „Нотарски тестамент според кажување на завештателот составува нотарот во форма на нотарски акт во присуство на двајца сведоци.“ Ваквата измена нужно наметнува потреба од промени и во рамките на Законот за нотаријатот, во кој секаде каде што се користи терминот тестамент треба да се дополни со терминот „нотарски“.

³⁷ Чл. 58 ст. 2 од Законот за нотаријатот.

³⁸ Види чл. 64, *Ibid*.

³⁹ Види чл. 264 од ЗВП.

⁴⁰ Повеќе за ова да се види кај: Љиљана Спиновиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследното право во Република Македонија.*; Љиљана Спиновиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа.*; Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право во Република Македонија*, Стоби Трејд, Скопје, 2016. Dejan Micković, Angel Ristov, „Kodifikacija naslednog prava u Republici Makedoniji“, *Pravni život*, Udruženje pravника Republike Srbije, 2013.

2. Нотарскиот тестамент во споредбеното право

Нотарскиот тестамент во споредбеното право е широко прифатен.⁴¹ Тој е една од најчесто практикуваните форми на тестамент. Во однос на неговото правно уредување, освен во поглед на надлежноста на нотарот, не постојат униформни и единствени правни правила. Додека во одредени наследноправни системи се користи изречно терминот *нотарски тестамент*, во други се користи терминот *јавен тестамент* или *тестамент составен од нотарот*. Разлики постојат и во однос на учесниците кои учествуваат во неговото составување. Во одредени законодавства е можно составувањето на нотарски тестамент и без присуство на сведоци (Германија, Холандија, Шпанија, Русија, Полска, Србија). Во други, се бара присуство на двајца сведоци (Бугарија, Италија, Турција, Чешка), три сведоци (Грција) или наместо сведоци учество на уште еден нотар (Белгија, Франција).⁴² Освен овие разлики, во одредени законодавства (Германија, Франција, Грција, Шпанија, Италија, Русија), нотарскиот тестамент е прифатен во неговите две варијанти: 1) тестамент составен од нотарот по кажувањето на завештателот во форма на нотарски акт и 2) таен тестамент за кој завештателот пред нотарот изјавува дека е тоа неговата последна изјава на волја.

Во француското право⁴³ јавниот тестамент се составува во присуство на двајца нотари или еден нотар и двајца сведоци, во согласност со изјавената волја на тестваторот.⁴⁴ Тоа е единствената форма на тестамент која можат да ја состават лица кои не можат да пишуваат или да го потпишат тестаментот.⁴⁵ Сведоци на јавниот тестамент можат да бидат само државјани на Франција кои се полнолетни и на кои не им е одземена или ограничена деливната способност (чл. 476 од *Code civil*). Мажот и жената не можат да бидат сведоци на ист тестамент. Сведоците треба да бидат писмени и способни да се потпишат. Во одредбите на чл. 975 од *Code civil* е предвидено дека ниту легатарите ниту нивните родители или роднини до четврти степен на сродство не можат да бидат сведоци. Тоа се однесува и на службениците кои помагаат при реализацијата на тестаментот.⁴⁶ Карактеристично за оваа форма на тестамент е строгата

⁴¹ Поопширно за ова види кај: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Закон за наследувањето*, Стоби Трејд, Скопје, 2015; Љиљана Спировиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2010; Љиљана Спировиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Културна установа „Блесок“, Скопје, 2011.

⁴² Повеќе за ова да се види кај: Louis Garb, *International Succession*, Kluwer Law International, 2004.

⁴³ Поопширно види кај: Guéval Didier, *Successions Libéralités*, Éditions Dalloz, Armand Colin, Paris, 1999.

⁴⁴ Чл. 971 et alt. *Code civil*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibid*, стр. 226.

формалност при неговото составување, која пак од друга страна резултира со понеформални правила при реализацијата на тестаментот, бидејќи не се бара потврдување на неговата полноможност од судот. Тајниот тестамент многу поретко се применува во практиката. Станува збор за тестамент кој откако тестаторот го составил (своерачно или напишан на машина), го доставува запечатен на нотарот во присуство на двајца сведоци (чл. 976 *Code civil*). Потоа, нотарот мора да напише изјава на пликот во кој е запечатен тестаментот со која потврдува, според изјавата на тестаторот, што содржи запечатениот плик кој тој или друг го направил и формата на пишување која ја користел при составувањето на тестаментот.

Во белгиското право јавниот тестамент се составува по кажување на завештателот во присуство на нотарот и двајца сведоци или двајца нотари.⁴⁷ Сведоците треба да бидат деловно способни, писмени и да не се во блиска роднинска врска со завештателот. Откако ќе биде составен тестаментот треба да биде прочитан од страна на нотарот и потпишан од завештателот, нотарот и двајцата сведоци.⁴⁸ Во германското право⁴⁹ јавниот тестамент, односно тестамент составен во форма на јавна исправа, може да биде составен на два начина.⁵⁰ Првиот начин е со давање на последната изјава на волјата на тестаторот пред нотар. Вториот е со доставување на писмен документ за кој тестаторот пред нотарот потврдува дека тоа е неговата последната волја. Притоа, тестаторот може писменото кое ја содржи неговата последна волја, освен во отворен, да го достави и во запечатен плик, додека писменото може да биде напишано од самиот тестатор или од некое друго лице.⁵¹ Шпанското право, исто така, го предвидува јавниот тестамент. Тој се составува пред нотар, откако тестаторот својата писмено напишана изјава на последна волја ќе ја потврди пред него.⁵² Во Шпанија тој претставува најчеста форма на тестамент која се применува во практиката. Кај овој тестамент не се предвидува присуство на сведоци при неговото составување, освен во случај кога тестаторот не може да се потпише, кога е слеп или неписмен или на барање на тестаторот или нотарот (чл. 697 *Código civil*).⁵³ Вториот облик на тестамент во кој учествува нотарот е тајниот тестамент. Тој може да биде составен од самиот тестатор, кој треба да ги парафира сите листови и на крајот да го потпише тестаментот, или пак од трето лице, на

⁴⁷ *Ibid*, стр. 49.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Gottwald Peter, Schwab Dieter, Büttner Eva, *Family and Succession Law in Germany*, Kluwer Law International, Wolters Luwer, 2001

⁵⁰ Види повеќе за ова кај: Љиљана Спиrowиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследувањето во Европа*, Блесок, Скопје, 2011, стр. 279.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Види повеќе кај Lapuente Cámara Sergio, "New Developments in the Spanish Law of Succession" *InDret revista para el analisis del derecho*, Barcelona, 2007.

⁵³ Marie-Hélène Place, Patrick Cauchois le Mière, *Guide pratique de la transmission du patrimoine en Europe*, Editions, Litec, Paris, 1993, стр. 285.

барање од страна на тестваторот. Во овој случај, писменото треба да ја содржи датата и местото на составување на тестаментот, притоа секој лист треба да биде потпишан од страна на тестваторот. Затворениот плик, во кој е ставен тестаментот, запечатен се депонира кај нотар, кој треба да го прими во присуство на пет сведоци. Нотарот го означува на пликот идентитетот на тестваторот и на сведоците и ги заведува нивните потписи. Тајниот тестамент може да го чува самиот тестватор, нотарот или пак друго лице. По смртта на тестваторот, овој тестамент треба да биде доставен на судијата во рок од десет дена. Притоа, во однос на оваа обврска депозитарот одговара и за невниманието. Според *Código civil*⁵⁴ забранети се одредбите со кои на депозитарот му се остава одредена имотна корист со тестаментот. Оваа форма на тестамент мошне ретко се применува во практиката.

Јавниот тестамент (*testamento publico*) е уреден и во италијанското право.⁵⁵ Тој може да биде во составен во форма на нотарски акт или да биде таен јавен тестамент. Јавниот тестамент во форма на нотарски акт, нотарот го составува по кажување на тестваторот во присуство на двајца сведоци (чл. 603 *Codice civile*).⁵⁶ Тајниот тестамент (*testamento secreto*), познат уште како мистичен тестамент, може да биде напишан лично од самиот тестватор или од трето лице. Во последниот случај, тестваторот треба да го стави својот потпис на секоја страница. Тестаментот или пликот кој го содржи тестаментот треба да биде доставен затворен. Нотарот го става ваквиот тестамент во посебен плик, ставајќи печат и нотарски жиг. Притоа, се составува акт за депонирање на кој треба да се стават потписите на тестваторот и двајцата сведоци. Законот за нотаријатот предвидува дека тестаменталните сведоци мора да бидат полнолетни, без разлика дали се италијански државјани или странци кои имаат живеалиште во Италија. Како неспособни да се јават во својството на тестаментални сведоци, законот ги предвидува: слепите лица, глувите и глувонемите, неписмените лица, роднините на нотарот, брачниот другар на тестваторот, роднините во права линија и роднините во странична линија до трети степен на сродство. Треба да се напомене дека италијанското право предвидува одредби според кои во случај тајниот тестамент да биде прогласен за ништовен, поради недостиг на предвидените услови за неговата форма, тогаш истиот ќе се смета како своерачен тестамент (*testament olographe*). Нотарот треба да го проследи отворањето и прогласувањето (публикацијата) на тестаментот, за оние лица-тестватори за кои дознал дека починале.

⁵⁴ *Código civil*, Segunda Edición, Textos Legales Universitarios, Madrid, 2000.

⁵⁵ Palazzo Antonino, *Le successione. Introduzione al diritto successorio. Istituti comuni alle categorie successorie. Successione legale*, Giuffrè, 2000.

⁵⁶ Marie-Hélène Place, Patrick Cauchois le Mière, *op. cit.*, стр. 289.

Во руското право специфично е тоа што сите тестаменти подлежат на задолжителна нотарска заверка.⁵⁷ Тестаментот мора да биде составен во писмена форма и да биде потврден од страна на нотарот.⁵⁸ Потврдувањето на тестаментите од страна на други лица е допуштено само во одредени случаи предвидени со Граѓанскиот кодекс. Непочитувањето на ова општо правило, за писмената форма на тестаментот и неговото потврдување, предизвикуваат неважност на тестаментот.⁵⁹ Исклучок од ова општо правило претставува можноста тестаментот да биде составен во обична писмена форма, меѓутоа само во случаите определени со законот.⁶⁰ Прашањата поврзани со нотарското потврдување на тестаментите, меѓу другите работи, се уредени со Основите на законодавството на Руската Федерација за нотаријатот од 1993 година. Нотаријалното потврдување на тестаментот треба да биде напишано од тестаторот или запишано по негово кажување од страна на нотарот. Притоа, дозволено е да се користат технички средства (компјутер, машина за пишување и др.). Во постапката за потврдување на тестаментот нотарот треба да ги преземе следниве дејствија: 1) утврдување на деловната способност на тестаторот; 2) анализа на текстот на тестаментот соодветно на принципот на слобода на тестирање на тестаторот; 3) појаснување на смислата и значењето на тестаментот на тестаторот; 4) проверка дали содржината на тестаментот соодветствува согласно условите предвидени со законот и 5) сопствено потврдување на тестаментот – ставање на написи за потврдување.⁶¹

Во тестаментот, според општите правила за тестаменталното наследување, треба да биде назначен и датумот и местото на составувањето на тестаментот, освен при составувањето на тајниот тестамент (чл.1126). Како факултативен елемент, за зголемување на сигурноста на тестаментот, руското наследно право предвидува можност

⁵⁷ Повеќе види кај Г.Г. Черемных, *Наследственное право учебник*, Российская академия, адвокатуры и нотариата, Москва, 2009.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Чл. 1129 Граѓански кодекс на Руската Федерација.

⁶¹ Значајно е да се напомене дека нотарот при потврдувањето на тестаментот е должен да му го објасни на тестаторот значењето на институтот задолжителен дел од наследството и да состави документ дека ова дејствие е направено. Понатаму нотарот, исто така, е должен да ги предупреди сведоците и лицето кое го потпишало тестаментот наместо тестаторот, за зачувување на тајноста на тестаментот. Тестаментот напишан од страна на нотарот по кажување на тестаторот, треба да биде во целост прочитан од тестаторот, а по неговото одобрување и потпишан од негова страна. Во случај тестаторот да не е во можност да го прочита, тогаш тоа го прави нотарот, при што треба во тестаментот да ги наведе причините поради кои тестаторот не бил во можност самиот да го прочита тестаментот. Најпосле тестаментот треба да биде потпишан лично од тестаторот. Исклучок од ова правило постои кога тестаторот има физички недостатоци, кога е неписмен или боледува од тешка болест; тогаш тестаторот може да го потпише друго лице во присуство на нотарот. Притоа, во тестаментот треба да бидат наведени причините поради кои тестаторот не можел сам да го потпише тестаментот, како и личните податоци на лицето кое наместо тестаторот го потпишало тестаментот, како и документот со кој е утврден неговиот идентитет.

по волја на тeстаторот при составувањето на тестаментот да може да присуствуваат и сведоци. Во случај сведоците да учествуваат во постапката за составувањето и потврдувањето на тестаментот тие треба да се потпишат на тестаментот, во кој ќе бидат наведени нивните генералии и документот врз основа на кој е утврден идентитетот. Новина во руското наследно право претставува можноста за составување на затворен (таен) тестамент. Согласно одредбите на Граѓанскиот кодекс тeстаторот може да состави тестамент, не претставувајќи ја неговата содржина пред други лица и пред нотарот.⁶²

Јавниот тестамент е предвиден и во Граѓанскиот законик⁶³ на Грција во кој е предвидено дека: „јавен тестамент ќе биде составен од тeстаторот декларирајќи го неговиот тестамент пред нотар во присуство на тројца сведоци или втор нотар и еден сведок.“⁶⁴ Нотарскиот тестамент е предвиден и во бугарското право право.⁶⁵ Во градовите каде што нема нотар, овој тестамент го составува судија надлежен за впишувањата на реонскиот суд.⁶⁶ Нотарскиот тестамент претставува еден од најчесто практикуваните форми на тестамент во Бугарија, кој се составува пред нотар во присуство на двајца сведоци.⁶⁷ Во унгарското право јавниот тестамент може да биде составен во суд или кај нотар.⁶⁸ Кога јавниот тестамент се составува кај нотар тој се прави во форма на нотарски акт.⁶⁹ Во швајцарското право тестамент во форма на јавна исправа се составува во присуство на двајца сведоци пред јавно овластено лице, нотар или пред лице овластено спред кантоналното право.⁷⁰ Во украинското право, исто како и во руското право, тестаментите подлежат на задолжителна потврда

⁶² Тој треба да биде целосно напишан и потпишан своерачно од тeстаторот. Во спротивно нема да биде полноважен. Затворениот (тајниот) тестамент во затворен плик тeстаторот го предава на нотарот во присуство на две лица кои се потпишуваат на пликот. Ваквиот тестамент се запечатува во друг плик од страна на нотарот, кој става напис со податоци за тeстаторот, место и датум на приемот на тестаментот, генералии на сведоците и документите со кои е утврден идентитетот. При приемот на писменото, нотарот е должен да му појасни на тeстаторот дека тестаментот треба да биде своерачно напишан и потпишан за да предизвика полноважно правно дејство. После доставувањето на исправата (доказот) за смртта на тeстаторот, нотарот е должен во рок од 15 дена да го отвори затворениот коверт со тестаментот. Во присуство на најмалку двајца сведоци и заинтересирани лица нотарот ја прогласува содржината на тестаментот, составувајќи протокол на кој се потпишуваат и сведоците. На наследниците им се издава заверена копија од протоколот.

⁶³ *Greek Civil Code*, Translation by Constantin Taliadoros, Athens, 2000.

⁶⁴ Член 1724 од Граѓанскиот закон на Грција.

⁶⁵ Христо Тасев, *Българско наследствено право, осмо издание*, Нова редакција, Георги Петканов, Симеон Тасев, Сиела, Софија, 2006, стр. 62-65.

⁶⁶ *Ibid*, стр.63.

⁶⁷ *Ibidem*. За ова види кај: Марков Методи, *Семјно и наследствено право*, Сиби, Софија, 2009; Цанка Цанкова, *Завещанието в Българското наследствено право*, Фенез, Софија, 1995.

⁶⁸ Чл. 625 ал. 1 Унгарски граѓански законик.

⁶⁹ Чл. 626 *Ibidem*.

⁷⁰ Чл. 499 Швајцарски граѓански законик.

на нотарот.⁷¹ Нотарот го потврдува тестаментот составен од завештателот рачно или со помош на технички средства.⁷² По барање на тестваторот нотарот може да состави тестамент по кажување на завештателот рачно или со користење на технички средства.⁷³ Во ваков случај тестаментот ќе биде прочитан на глас и потпишан од завештателот.⁷⁴ Во грузискиот граѓански законик нотарскиот тестамент е составен од страна нотарот по кажување на тестваторот во присуство на двајца сведоци.⁷⁵ Притоа, може да биде користено општо прифатено техничко средство.⁷⁶ Тестваторот ќе го прочита тестаментот составен од страна на нотарот и ќе го потпише во присуство на нотарот и сведоците.⁷⁷ Нотарскиот тестамент е уреден и во кинеското право,⁷⁸ јапонското право,⁷⁹ аргентинското право,⁸⁰ бразилското право,⁸¹ правото на Квебек,⁸² мексиканското право,⁸³ холандското право,⁸⁴ португалското право,⁸⁵ панамското право,⁸⁶ тајванското право,⁸⁷ турското право,⁸⁸ правото на Венецуела⁸⁹ и др.

Нотарскиот тестамент е застапен и во државите од поранешните југословенски простори. Во хрватското право под поимот јавен тестамент се подведени сите форми на тестаменти во чие составување учествува надлежен државен орган. Во таа смисла, „јавен тестамент на барање на завештателот во Република Хрватска составуваат судија на општинскиот суд, судски советник во општинскиот суд или нотар, а во странство конзуларен, односно дипломатско-конзуларен претставник на Република Хрватска (чл. 32 ст. 2).⁹⁰ Новиот Закон за наследување на Црна Гора од 2008 година, можноста нотарот да состави тестамент по кажување на завештателот ја уредува во рамките на одредбите за судскиот тестамент.⁹¹ Во таа смисла законот предвидува дека „тестамент на завештателот може

⁷¹ Чл. 1248 Граѓански законик на Украина..

⁷² Чл. 1248 ст. 1, *Ibidem*.

⁷³ Чл. 1248 ст. 2, *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Чл. 1358 ст. 1, Граѓански законик на Грузија.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Чл. 1358 ст. 2, *Ibid*.

⁷⁸ Чл. 1191, Кинески граѓански законик.

⁷⁹ Чл. 969, Јапонски граѓански законик.

⁸⁰ Чл. 3654, Аргентински граѓански законик.

⁸¹ Чл. 1864-1867 Бразилски граѓански законик.

⁸² Види кај: Louis Garb, *op. cit.*, стр. 126.

⁸³ Види кај: Louis Garb, *op. cit.*, стр. 419.

⁸⁴ Чл. 4:94 Холандски граѓански законик.

⁸⁵ Чл. 225 Португалски граѓански законик.

⁸⁶ *Ibid*, стр. 472.

⁸⁷ *Ibid*, стр. 595.

⁸⁸ *Ibid*, стр. 612.

⁸⁹ *Ibid*, стр. 652.

⁹⁰ Klarić Petar, Vedriš Martin, *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo, X izdanje*, Narodne Novine, 2006

⁹¹ Kadić Ljiljana, „Osvrt Predlog Zakona o nasleđivanju Crne Gore“ *Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, In memoriam prof. d-r Branislav Tomković*, br. 38, Podgorica, 2008

по негово кажување да му состави судија во основен суд, односно нотар согласно правилата на вонпарничната постапка“ (чл. 69 ст. 1).⁹² Новиот Закон за наследување⁹³ на Република Српска од 2009 година, формата на нотарскиот тестамент ја предвидува во посебна одредба од законот. Согласно законските одредби: „(1) Тестамент на завештателот може да му состави нотар. (2) Нотарот тестаментот ќе го состави во согласност со одредбите од овој закон кои се однесуваат на судскиот тестамент, ако со законот за нотарите не е поинаку регулирано“ (чл. 72). Јавнобележничкиот (нотарскиот) тестамент е уреден и во наследното право на Србија.⁹⁴ Согласно одредбите од Законот за нотаријатот јавнобележнички тестамент составува јавниот бележник по кажување на завештателот во облик на јавнобележнички запис (чл. 111а).⁹⁵

Заклучок

Од направената анализа на важечкото законодавство, можеме да констатираме дека формата „нотарски“ тестамент изречно не постои во нашето наследно право. Законодавецот говори за тестамент составен од нотарот според правилата за судски тестамент, а од друга страна ваквиот тестамент се составува во форма на нотарски акт според правилата на нотаријатот. Токму формата на нотарскиот акт во кој се составува овој вид на тестамент од страна на нотарот го разликува од судскиот тестамент. Формата на нотарскиот акт налага потреба од задолжително присуство на двајца сведоци во сите околности. При составувањето на судскиот тестамент сведоци не се потребни кога завештателот е писмен. Ова укажува дека степенот на формализам и правна сигурност е поголем при составувањето на нотарскиот тестамент, за разлика од судскиот. Од овие причини, неопходно е законодавецот да го именува ваквиот тестамент „нотарски тестамент“ и истиот подробно да го уреди.

Во споредбеното право формата на нотарскиот тестамент е прифатена во голем број законодавства и постојат различни решенија во поглед на неговото уредување. Со оглед на тоа што е во тек процесот на

⁹² Повеќе види кај Velibor Korać, „Doprinos notara sigurnosti pravnog prometa“ *Охридска школа на правото 2017 - Правната несигурност како клучен фактор за владеење на правото во современите општества*, бр. 5, Iuridica Prima, 2018.

⁹³ „Službeni glasnik“ 1/2009.

⁹⁴ Повеќе види кај Дејан Б. Ђурђевиќ, *Институције наследног права*, Правни факултет, Номос, Београд, 2017.

⁹⁵ За надлежностите на нотарите во наследувањето види кај Новак Крстиќ, „Спровођење оставинскиот поступка од стране јавног бележника у праву Републике Србије“, *Охридска школа на правото 2017 - Правната несигурност како клучен фактор за владеење на правото во современите општества*, бр. 5, Iuridica Prima, 2018.

кодификација на граѓанското право, преку изготвувањето на Граѓанскиот законик, сега е вистинскиот момент да се воведат и подробно да се уреди формата на нотарскиот тестамент во двете негови варијанти, како тестамент во форма на нотарски акт и како таен тестамент. Со ова, би се проширила автономијата на волјата во рамките на тестаменталното наследување, а граѓаните би добиле поголем избор во однос на формите на редовни тестаменти.

Со оглед на досегашните сознанија за широката прифатеност на нотарскиот тестамент во практиката, за разлика од судскиот тестамент, во иднина може да се очекува дека формата на нотарскиот тестамент сè повеќе ќе биде прифатена од страна на граѓаните. Причина повеќе за ваквото очекување е фактот дека нотарскиот тестамент во нашето право, за разлика од другите законодавства, бара поедноставна форма. Во таа насока, сметаме дека е неопходно во престојната реформа на наследното право нотарскиот тестамент темелно да се уреди во наследноправната регулатива. Со уредувањето на нотарскиот тестамент во Граѓанскиот законик на Република Македонија, ќе биде коригиран повеќе деценискиот пропуст на законодавецот во однос на посебноста на овој вид на тестамент. Дотогаш, потребно е законодавецот овој тестамент подробно да го уреди во Законот за наследувањето или во Законот за нотаријатот. Јасното предвидување и уредување на спецификите на нотарскиот тестамент ќе обезбеди поголема информираност на граѓаните за постоењето на нотарскиот тестамент. Ваквото решение ќе придонесе за постигнување на поголема систематичност и целовитост на Граѓанскиот законик, што треба да биде една од неговите основни карактеристики.

Др Новак Крстић*

**АКТУЕЛНИ ТРЕНДОВИ У РЕГУЛИСАЊУ НЕОПХОДНОГ
НАСЛЕЂИВАЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ – СА ПОСЕБНИМ
ОСВРТОМ НА ПРАВЦЕ ЊЕГОВОГ РЕГУЛИСАЊА У ПРАВИМА
ЗЕМАЉА БИВШЕ СФРЈ⁹⁶**

УДК: 347.65/.8].05(497.1/7).1990

Original research paper

Апстракт: У раду ће бити сагледани постојећи трендови у регулисању појединих питања неопходног наслеђивања, који се могу уочити у земљама које припадају европско-континенталној породици права. Пажња ће нарочито бити посвећена питањима круга неопходних наследника, величине неопходних делова, одређивања правне природе права на неопходни део и повреди права на неопходни део, односно правцима њиховог преобликовања последњих година у европским законодавствима. Посебан предмет анализе биће решења за која су се определили легислатори у државама бивше СФРЈ, како бисмо упоредно-правном анализом уочили да ли се на овим просторима прате актуелне тенденције у сфери неопходног наслеђивања. Будући да се Србија и Македонија налазе на путу доношења грађанских кодификација, сагледаћемо и идеје које су комисије за израду грађанских законика ових двеју држава изнеле када је реч о реформи неопходног наслеђивања, и изнети предлоге о регулисању појединих питања *de lege ferenda*.

Кључне речи: неопходно наслеђивање, неопходни наследници, трендови у упоредном праву.

*Доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу, novak@prafak.ni.ac.rs

⁹⁶ Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

УВОД

У правима европско-континенталног правног круга установом нужног дела најнепосредније и садржински најефикасније се ограничава слобода завештајног располагања,⁹⁷ а у извесној мери и слобода добродиног располагања имовинским добрима пословима за живота. Нужни део представља законом унапред одређену вредност заоставштине на коју нужни наследници стичу право у тренутку отварања наслеђа, а која им мора припасти уколико то благовремено захтевају, независно од воље оставиоца изражене у правним пословима *mortis causa* и/или *inter vivos*, којима је бестеретно располагао својим имовинским правима. Овим институтом штите се имовински интереси одређеног круга оставиоцу нарочито блиских лица, са којима је био у крвном, адоптивном сродству или неком облику партнерске везе, чија наследноправна дејства признаје законодавство, када их је, барем према схватању друштва оличеној у вољи законодавца, оставилац својим бестеретним располагањима неоправдано заобишао.⁹⁸

Регулатива нужног наслеђивања својеврсно је огледало схватања друштва о значају и утицају породице и породичних веза у одређеном друштву, односно држави. Кроз установу нужног дела преламају се личне и имовинске компоненте породичног односа, јер се на темељу претпостављене чврстине веза међу члановима породице, утврђује круг лица која могу бити нужни наследници, као и услови под којима то могу постати, величина удела у заоставштини која им се гарантује законом, као и начин намирења нужног дела.⁹⁹

У редовима који ће уследити настојаћемо да, сагледавањем постојеће регулативе, укажемо на актуелне трендове у европским правима у погледу дефинисања круга нужних наследника, одређивања величине нужних делова и одређивања правне природе права на нужни део. Нарочита пажња биће посвећена решењима којима су се приклонила законодавства балканских држава – бивших република СФРЈ, како бисмо уочили у којој мери се у овим правима прате савремени токови у регулативи нужног наслеђивања и указати на правце преобликовања постојећих нормативних решења *de lege ferenda*.

⁹⁷ О. Антић, *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација, Београд, 1983, 19.

⁹⁸ Н. Крстић, „Одређивање величине нужног дела“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 65/2013, 438.

⁹⁹ Н. Крстић, „Расправа о кругу лица којима се признаје право на нужни део“, *Social Change in the Global World, First Scientific Conference*, Shtip, Macedonia, 2014, 313.

1. КРУГ НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА

1.1. Кратак преглед важећих решења у европским правима

У упоредном праву уочљива је изразита диверзификација решења у погледу одређивања субјеката којима се гарантује право на минимални део заоставштине. Будући да су нужни наследници посебна, привилегована категорија законских наследника, то је и круг нужних наследника увек мањи од круга законских наследника. Конструкција правила којима се дефинише круг субјеката којима се признаје право на нужни део указује на значај који сродство и брачна веза, као и ванбрачна заједница лица различитог или истог пола, имају у одређеном друштву. Нека права одређују се за шири круг нужних наследника, наглашавајући тако значај породичних веза, док друга права у први план стављају слободу располагања оставиоца и прописују узак круг лица којима се признаје право на нужни део.

Најужи круг нужних наследника у анализираним европским правима прописан је у Холандији, где је право на нужни део признато само потомцима оставиоца, при чему се другостепени и даљи потомци на наслеђе позивају путем права представљања.¹⁰⁰ Шири круг је у француском праву, где се нужним наследницима сматрају сви потомци и супружник оставиоца,¹⁰¹ док у Аустрији и Италији у круг нужних наследника, поред потомака и супружника, улазе и преци преминулог.¹⁰² У Немачкој и Мађарској круг нужних наследника је сужен када су у питању сродници, тако да од предака право на резервисани део имају само

¹⁰⁰ Вид. чл. 4:63, ст. 2 и 4:64, ст. 2 Грађанског законика Холандије – ГЗХ (*Burgerlijk Wetboek*). Супружник и ванбрачни партнер, иако не спадају у нужне наследнике, уживају значајну правну заштиту. Њима припада право да, уколико су живели са оставиоцем у истом стану у часу делације, шест месеци након смрти наставе да живе у стану и користе предмете домаћинства. Уколико на основу завештања нису добили непокретност у којој су живели сами или са оставиоцем у тренутку његове смрти, имају право на плодуживање на том добру, ако то траже. Супружнику и ванбрачном партнеру признаје се и право на плодуживање на осталим добрима из заоставштине, у циљу обезбеђења издржавања. Видети: чл. 4:28–4:30 ГЗХ.

¹⁰¹ Вид. чл. 913, чл. 913-1 и чл. 914-1 Француског грађанског законика – ФГЗ (*Code Civil des Français*). До реформе спроведене 2006. године, када је, између осталог, укинут чл. 914 ФГЗ, право на нужни део имали су и родитељи и остали преци оставиоца, када би били позвани да наследе. Они су имали првенство у остваривању права на нужни део у односу на супружника оставиоца. Ваља нагласити да се одредбе о нужном делу не примењују на цивилне партнере. F. Lipworth, J-P. Le Bouffo, J. Le Bouffo, *France*, International Succession, (eds. L. Garb, J. Wood), Oxford, 2010, 252.

родитељи, а осим потомцима и супружнику, у овим земљама нужни део је признат и партнерима из регистрованих истополних партнерских заједница.¹⁰³

Значајна разлике у дефинисању круга нужних наследника постоје и међу републикама бивше СФРЈ, сада самосталним државама. У свим законодавствима у нужне наследнике сврстани су потомци (и усвојеници и њихови потомци), родитељи (и усвојиоци) и супружник. У Словенији, Црној Гори, Македонији, Федерацији БиХ и Републици Српској у нужне наследнике убрајају се и браћа и сестре, што није случај са Хрватском. Право на резервисани део у Хрватској, осим горе побројаних лица, имају и сви даљи преци, док је у Словенији и Црној Гори од предака ово право признато само још дедама и бабама.¹⁰⁴ Најшири круг сродника којима се гарантује нужни део прописује српско право, где овај статус уживају и браћа и сестре, деде и бабе и остали преци.¹⁰⁵ У словеначком, хрватском, црногорском праву и праву Федерације БиХ, ванбрачни партнер различитог пола изједначен је у наслеђивању са супружником.¹⁰⁶ Мада у

¹⁰² Вид. §§ 762 и 763 Аустријског грађанског законика – АГЗ (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Erbländer*) и чл. 536 Грађанског законика Италије – ГЗИ (*Codice Civile*).

¹⁰³ Вид. § 2303, ст. 2 Немачког грађанског законика – НГЗ (*Bürgerlichen Gesetzbuches*) и чл. 10, ст. 6 Закона о регистрованом животном партнерству Немачке, из 2001. године (*Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz L-PartG)*); § 7:75 Грађанског законика Мађарске – ГЗМ (*Polgári Törvénykönyv*). Право на нужни део регистрованих партнера проистиче из одредаба Закона о регистрованом партнерству Мађарске, из 2009. године (Act No. XXIX 2009 on Registered Partnership, Modification of Legal Rules in Connection with Registered Partnership and Facilitation of Proof of Cohabitation), који је као основно правило прописао да се на регистровану партнерску заједницу примењују иста правила која важе и за брак, ако законом није другачије предвиђено.

¹⁰⁴ Вид. чл. 25, ст. 1 и 2 Закона о dedovanju Slovenije – ЗОНСЛ, *Uradni list SRS*, бр. 15/1976, 23/1978, *Uradni list RS*, 13/1994-ZN, 40/1994 – Odl. US, 117/2000 – Odl. US, 67/2001, 83/2001-OZ, 31/2013 – Odl. US и 63/2016; чл. 69, ст. 1 и 2 Закона о nasljeđivanju Hrvatske – ЗОНРХ, *Narodne novine*, бр. 48/2003, 163/2003, 35/2005, 127/2013 и 33/2015; чл. 30, ст. 1–3 Закона за наследувањето Македоније – ЗОНМК, *Службен весник на РМ*, бр. 47/1996 и 18/2001 – др. закон; чл. 27, ст. 1 и 2 Закона о nasljeđivanju Crne Gore – ЗОНЦГ, *Službeni list CG*, бр. 74/2008; чл. 28, ст. 1 и 2 Закона о nasljeđivanju Federacije Bosne i Hercegovine – ЗОНБИХ, *Službene novine Federacije BiH*, бр. 80/2014 и чл. 30, ст. 1 и 2 Закона о наслеђивању Републике Српске – ЗОНРС, *Службени гласник Р. Српске*, бр. 1/2009, 55/09 – испр. и 91/2016.

¹⁰⁵ Вид. чл. 39, ст. 1 Закона о наслеђивању Србије – ЗОНСР, *Службени гласник РС*, бр. 46/1995, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

¹⁰⁶ Вид. чл. 10, ст. 2 ЗОНСЛ; чл. 8, ст. 2 ЗОНРХ; чл. 9, ст. 2 ЗОНЦГ и чл. 9 ЗОНБИХ.

законским текстовима није јасно прецизирано да они уживају и статус нужних наследника, чини се да је такав закључак несумњив.¹⁰⁷

У Хрватској су истополни партнери, који су склопили животно партнерство пред надлежним државним органом, у потпуности изједначени са брачним друговима у остваривању права наслеђа.¹⁰⁸ На основу чл. 4, ст. 2 наведеног акта, и неформално животно партнерство у погледу наслеђивања има исте последице које су признате и ванбрачној заједници. И у праву Словеније признато је право на узајамно наслеђивање истополним партнерима из регистроване ванбрачне заједнице.¹⁰⁹ Одлуком Уставног суда Словеније из 2013. године право узајамног наслеђивања признато је и хомосексуалним партнерима из фактичких истополних заједница.¹¹⁰ Иако то није експлиците регулисано, мишљења смо да, телеолошким тумачењем норми на које смо указали, и регистроване партнере, и партнере из нерегистрованих заједница особа истог или различитог пола, треба третирати не само као законске, већ и као нужне наследнике у овим правима.

За стицање права на нужни део нису прописани идентични критеријуми за све нужне наследнике. Поједине категорије нужних наследника право на нужни део стичу, осим објективних услова који се траже за све наследнике (да су били живи у тренутку делације, да су позвани на наслеђе, способни и достојни за наслеђивање), уколико кумулативно испуне два додатна услова субјективног карактера: да су трајно неспособни за рад и да немају нужних средстава за живот. Ови услови захтевају се за: браћу и сестре и деде и бабе у црногорском и словеначком праву;¹¹¹ све претке, укључујући ту и усвојиоца, у хрватском

¹⁰⁷ У том смислу: за словеначко право К. Zupančič, *Dedovanje z uvodnimi pojasnili*, Љубљана, 2005, 58; за хрватско право V. Belaj, A. Čulo, „Nasljedno pravo izvanbračnog druga“, *Pravni vjesnik*, 1–2/2007, 130; N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, 220. Супротан став, за црногорско право: Д. Ђурђевић, *Основи наследног права Црне Горе*, Подгорица, 2010, 235.

¹⁰⁸ Вид. чл. 45 Закона о životnom partnerstvu osoba istog spola, *Narodne novine*, бр. 92/2014.

¹⁰⁹ Вид. чл. 22 Закона о registraciji istospolne partnerske skupnosti, *Uradni list RS*, бр. 65/2005.

¹¹⁰ Вид. одлука Уставног суда Словеније, U-I-212/10-15, од 14. 03. 2013. године. Одлука доступна на интернет адреси: <http://odlocitve.us-rs.si/usrs/us-odl.nsf/o/FC62EF78571FE59EC1257B4800408D62..> Овом одлуком неуставном је оглашена одредба чл. 10, ст. 2 ЗОНСЛ, којом је право наслеђа признато само хетеросексуалним ванбрачним партнерима.

¹¹¹ Вид. чл. 27, ст. 2 ЗОНЦГ и чл. 25, ст. 2 ЗОНСЛ.

праву;¹¹² родитеље и браћу и сестре оставиоца у македонском праву;¹¹³ другостепене и даље потомке, усвојеника из непотпуног усвојења и његове потомке, родитеље и браћу и сестре у Федерацији БиХ,¹¹⁴ другостепене и даље оставиочеве потомке, његовог усвојеника и његове потомке, те родитеље и браћу и сестре у Републици Српској.¹¹⁵ У Македонији, потомци оставиочеве деце, као и потомци усвојеника, осим када испуњавају наведене услове, нужни наследници могу бити и уколико су у часу делације живели са оставиоцем или их је он издржавао.¹¹⁶ У Србији, у релативне нужне наследнике сврстани су најближи колатерали, другостепени и даљи асценденти и усвојилац из непотпуног усвојења.¹¹⁷

1.2. Савремени трендови у упоредном праву

У упоредном праву, као основни трендови у одређивању круга нужних наследника могу се идентификовати: јачање позиције супружника, задржавање права на нужни део потомака, али са смањивањем његове величине, укидање права на нужни део предака и других сродника,¹¹⁸ и снажење наследноправног положаја ванбрачних партнера, пре свега из регистрованих истополних партнерских заједница, а у неким правима и из хетеросексуалних заједница.¹¹⁹

Сагледавање важећих решења у европским правима несумњиво показује да је данас друштвени и имовински значај сродства, чињенице која је столећима имала одлучујућу улогу у формулисању правила законског и нужног наслеђивања, умањен. Осим тога, и улога породице у друштву, иако је она природни и правни феномен огромног значаја, опада, нарочито када је реч о породици у ширем смислу. Центар интересовања помера се од групе ка појединцу, кроз афирмацију његових права.¹²⁰ У том контексту, у теорији наследног права све су снажнији позиви да се

¹¹² Вид. чл. 69, ст. 2 ЗОНРХ.

¹¹³ Вид. чл. 30, ст. 3 ЗОНМК.

¹¹⁴ Вид. чл. 28, ст. 2 ЗОНБИХ.

¹¹⁵ Вид. чл. 30, ст. 2 ЗОНРС.

¹¹⁶ Вид. чл. 30, ст. 2 ЗОНМК.

¹¹⁷ Вид. чл. 39, ст. 2 ЗОНСР.

¹¹⁸ J. M. Fontanellas Morell, *La profession iuris sucesoria*, Madrid, 2010, 287.

¹¹⁹ Детаљно о овоме: Ј. Видић Тринић, „Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 68/2014, 408 и даље.

¹²⁰ З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац, 2007, 36.

установа нужног дела укине, или бар модификује, а појединцу омогући шира слобода располагања својим имовинским правима.¹²¹ Предузети су и први практични кораци у том правцу,¹²² а чини се и да ће се приликом рада на унификацији европског цивилног права ићи ка његовом укидању.^{123, 124}

Иако о укидању нужног дела не може бити речи, јасна је интенција да се оставиоцу пружи што шира могућност да добрима располаже по својој вољи, која се, пре свега, огледа у сужавању круга сродника који уживају статус нужног наследника. Када је о оставиоцевим партнерима реч, ту је ситуација битно другачија. У великом броју земаља супружник ужива право на нужни део (изузети су Чешка, Холандија, Шведска, Финска, па и Норвешка, у којој супружник ипак ужива посебну заштиту). Осим тога, европска законодавства уважавају чињеницу да су се обрасци породичног живота драстично изменили, и да брак више није тако доминантан облик заједничког живота два лица, као што је столећима био. Савремена права ванбрачну заједницу сагледавају као нов институционални оквир заједнице жене и мушкарца (или особа истога пола) и регулишу њена дејства и у наследноправним прописима.

Код нас се непризнавање права узајамног наслеђивања ванбрачним партнерима може образложити чисто формалним разлозима – у наследном праву, када је у питању стицање и могућност остваривања наследноправних овлашћења, све је подређено форми, а како код ванбрачне заједнице форме нема – нема ни услова за признање права

¹²¹ Више о овим настојањима видети код: S. Cámara Lapuente, „Freedom of Testation, Legal Inheritance Rights and Public Order under Spanish Law“, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, (eds. M. Anderson, E. Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing, 2011, 283–289.

¹²² У Италији је била покренута иницијатива за измену Грађанског законика у циљу укидања нужног дела, коју италијански Парламент није разматрао. Видети документ: Disegno di legge No. 576, од 16. 05. 2008. године, који је доступан на интернет адреси: <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/40632.htm>.

¹²³ J. C. Sonnekus, „The New Dutch Code on Succession as Evaluated Through the Eyes of Hybrid Legal System“, *Zeup*, 2005, 84.

¹²⁴ Можда ће у том правцу највећи искорак учинити македонски кодификатор. Наиме, Комисија за израду Грађанског законика Македоније става је да домен примене права на нужни део треба значајно сузити, те да би ово овлашћење требало гарантовати деци оставиоца само ако су неспособна за рад и немају нужних средстава за живот. Овакво решење оправдава се тиме што је људски век сада дужи, па се деца јављају као наследници родитеља најчешће када су већ формирали своје породице и материјално су ситуирани. Такође, родитељи троше данас велика средства на издржавање и школовање деце, те би им требало омогућити да преосталом имовином располажу слободно, осим ако занста постоји потреба да се обезбеди егзистенција деце. Micković, D. Ristov, A. „The Reforms of the Inheritance Law in the Process of Codification of the Macedonian Civil Law“, *Harmonius*, 2016, 160–161.

наслеђа. Сматрамо да је позивање на недостатак форме, код ванбрачних заједница, само изговор којим се замагљује суштина. Да ли је оправдано да се право наслеђа признаје супружницима, који су у браку били веома кратак временски период, а не и ванбрачним партнерима, који су деценијама живели заједно и изродили потомство? Чак и када потомства нема, да ли је трајнија заједница живота невенчаних партнера, која има све карактеристике брака, довољна да определи признавање права на узајамно наслеђивање? Ванбрачне заједнице, дубоко смо убеђени, не смеју остати изван сфере интересовања наследноправних прописа. Оне су реалност пред којом не смемо затварати очи, и право ту реалност треба да уважи, не само у области породичног права, већ и када је о наслеђивању реч.¹²⁵

У правима бивших југословенских република још увек се прилично широком кругу крвних сродника гарантује право на нужни део, те треба очекивати да ће се он сузити у годинама које следе. Готово све бивше југословенске републике (осим Србије и Македоније),¹²⁶ далеко су одмакле у признавању права наслеђа ванбрачним партнерима, уважавајући на тај начин динамичне промене које су евидентне у породичним односима последњих година и деценија. У српском праву чињеница ванбрачне везе не придаје се никакав значај у сфери наслеђивања, нити има наговештаја да ће у будућој кодификацији грађанског права то бити промењено. С друге стране, будући да су сроднички односи у нашој земљи на вредносној скали још увек позиционирани веома високо, нужни део гарантован је најширем кругу сродника у компарацији са решењима из упоредног права. Наведено показује да српски легислатор не иде у корак са променама које се већ више од две деценије одвијају у Европи.

¹²⁵ Н. Крстић, *Расправа о кругу субјеката којима се признаје право на нужни део*, стр. 324.

¹²⁶ Иако према постојећем стању ствари Македонија не признаје наследноправне конеквенце ванбрачним заједницама, Комисија за израду Грађанског законика предложила је признавање права законског наслеђивања и ванбрачним партнерима (између којих нема брачних сметњи), уз услов да је ванбрачна заједница трајала најмање пет година, односно најмање три године, ако партнери имају заједничко дете. Д. Мицковиќ, А. Ристов, „Кодификација наследног права у Републици Македонији“, *Правни живот*, 10/2013, 457–458. Из предложених решења, међутим, није јасно да ли би ванбрачни партнер уживао и статус нужног наследника. Свакако да би тако нешто требало бити прописано.

2. КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА РЕШЕЊА О ВЕЛИЧИНИ НУЖНИХ ДЕЛОВА НУЖНИХ НАСЛЕДНИКА, СА ОСВРТОМ НА АКТУЕЛНЕ ТРЕНДОВЕ КОЈИ ПОСТОЈЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

У упоредном праву разликују се два концепта одређивања величине нужног дела. У систему колективног (скупног) нужног дела, величина нужног дела одређује се у односу на целу заоставштину, и у зависности је од броја и квалитета нужних наследника који у конкретном случају наслеђују. На име нужног дела појединим наследницима, под одређеним условима, може припасти и само право на плодуюживање, на делу или целој заоставштини. У систему појединачног нужног дела, величина нужног дела одређује се у унапред одређеном проценту од величине законског наследног дела за сваког нужног наследника – најпре се за све наследнике који у конкретном случају наслеђују израчунавају законски наследни делови, да би се потом од њих одредили нужни делови сваком нужном наследнику. Процент за који се законски део умањује како би се одредио нужни део, законом је одређен за сваку категорију нужних наследника и не зависи непосредно од броја нужних наследника који у конкретном случају наслеђују, већ од неког другог критеријума за који се законодавац определио: од припадности одређеном наследном реду, статуса нужног наследника (да ли је апсолутни или релативни), и слично. Услед наведеног, наилазимо на различита решења у погледу величине нужних делова појединих нужних наследника у страним правима.

У француском и италијанском праву, који су се приклонили концепту скупног нужног дела, његова величина примарно зависи од броја деце оставиоца.¹²⁷ У оба права, уколико оставилац има једно дете, нужни део износи 1/2 заоставштине. У Италији скупни нужни део је 2/3 заоставштине ако оставилац има двоје или више деце,¹²⁸ док је у

¹²⁷ Величина скупног нужног дела у Француској првенствено је опредељена бројем деце оставиоца (брачне, ванбрачне деце, или усвојеника), при чему се у обзир узима и дете оставиоца које не може или не жели да наследи, уколико има своје потомке, јер долази до примене права представљања. Ако се дете одрекло наслеђа, оно се неће прибројавати приликом одређивања колективног нужног дела, осим ако има потомство, као што је споменуто, или уколико је дужан да врати поклоне, сходно чл. 845 ФГЗ. Вид. J. Maury, *Successions et Libéralités*, Paris, 2007, 204.

¹²⁸ Вид. чл. 537, ст. 1 и 2 ГЗИ. Потомци деце која не наслеђују имају право на нужни део, који добијају *per stirpes*. A. Fusaro, „Freedom of Testation in Italy“, *The Law of Succession*:

Француској скупни нужни део 2/3, уколико оставилац има двоје деце, а када има троје или више – нужни део је 3/4 заоставштине, и дели се међу децом на једнаке делове.¹²⁹ Супружник може бити нужни наследник тек уколико оставилац нема потомака који наслеђују, а величина његовог нужног дела утврђена је на 1/4 заоставштине, уз услов да брак није разведен и да није постојала намера супружника да до развода дође.¹³⁰ Величина нужног дела супружника у Италији варира у зависности од тога са ким конкурише на наслеђе.¹³¹

У правима која су се приклонила концепцији појединачног нужног дела, чини се, још су веће разлике у одређивању величине нужних делова. Половину од законског наследног дела, на име нужног дела, добијају сви нужни наследници у холандском,¹³² као и у немачком праву, независно од наследног реда коме припадају.¹³³ У Мађарској, новим Грађанским закоником, величина нужног дела свих нужних наследника редукована је

Testamentary Freedom, European Perspectives, (eds. M. Anderson, E. Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing, 2011, 196.

¹²⁹ Вид. чл. 913, ст. 1 ФГЗ.

¹³⁰ Постојање овакве намере, као и утврђивање тренутка од када је намера за разводом брака постојала, веома је тешко. О томе: М-С. Forgeard, R. Crône, B. Gelot, *La Réforme des Successions*, Paris, 2002, 51.

¹³¹ Ако наслеђује сам, супружнику припада половина заоставштине, а када наслеђује са једним дететом, и супружник и дете имају право на по 1/3 заоставштине. Ако супружник конкурише на наслеђе са два или више детета, његов нужни део износи 1/4, а деци припада 1/2 заоставштине на једнаке делове. Када се на наслеђе позива са прецима, супружник добија половину, а преци четвртину заоставштине. Коначно када су преци једини нужни наследници, они добијају трећину заоставштине. Вид. чл. 542, ст. 1 и 2, чл. 544, ст. 1 и чл. 538, ст. 1 ГЗИ.

¹³² Вид. чл. 4:64, ст. 1 ГЗХ.

¹³³ Вид. § 2301, ст. 1 НГЗ. Вредност коју супружник (или истополни партнер) може да оствари, на име нужног дела, може бити различита. Наиме, уколико супружник није одређен за завештајног наследника или испорукопримца, имаће право на тзв. мали нужни део, који ће се одредити од законског наследног дела, који није увећан за вредност удела у заједничкој имовини. Ако је супружник постављен за завештајног наследника или испорукопримца, имаће право на тзв. велики нужни део – половину од вредности законског наследног дела из § 1931, ст. 1 и 2 НГЗ, увећаног за вредност доприноса у брачној тековини. Услов је да је оно што је добио завештањем, мање од половине од законског наследног дела, у ком случају стиче право на допуну до великог нужног дела. Вид. § 1371, ст. 2 у вези са ст. 1 НГЗ. Више: D. Leipold, *Erbrecht, Grundzüge mit Fällen und Kontrollfragen*, Tübingen, 2002, 58.

са половине, на трећину од законског наследног дела.¹³⁴ Када супружнику/регистрованом партнеру, као законском наследнику, припадне право на плодуживање, и на име нужног дела добија плодуживање, ограничено у мери којом се задовољавају његове потребе.¹³⁵ Према Аустријском грађанском законнику, нужни делови свих нужних наследника нису идентични. Право на половину од законског наследног дела признаје се супружнику и потомцима, док је нужни део предака фиксиран на 1/3 од законског.¹³⁶ Аустријско право предвиђа и једно специфично решење: чак и у случају када је разбаштињен из наследства, нужни наследник увек има право на нужно издржавање.¹³⁷

Примарни критеријум од кога су пошла законодавства држава бивших југословенских република, приликом одређивања величине нужног дела, јесте припадност нужног наследника одређеном нужном наследном реду. Разлика у величини нужног дела разликује се између припадника првог и осталих наследних редова. Тако, нужни део нужних наследника првог нужног наследног реда (потوماка, усвојеника и његових потомака, супружника, а у оним правима која признају наследноправна дејства ванбрачним заједницама лица различитог и/или истог пола – и партнера из ових заједница) увек износи половину,¹³⁸ а наследника другог и осталих нужних наследних редова, трећину од законског наследног дела.¹³⁹

У Федерацији БиХ и Републици Српској, величина нужног дела у директној је зависности од чињенице да ли нужни наследник ово својство стиче уз испуњење само објективних или објективно-субјективних услова. Овако неуобичајено решење за последицу има разликовање величине

¹³⁴ Упор. § 7:82, ст. 1 новог ГЗМ, са § 665, ст. 1 донедавно важећег Грађанског законика из 1959. године.

¹³⁵ Вид. § 7:82, ст. 2 ГЗМ. Величину нужног дела супружника одређује суд, узимајући у обзир вредност заоставштине коју је наследио.

¹³⁶ Вид. §§ 765 и 766 АГЗ. Ипак, због непостојања блиских веза са нужним наследником, осим у случају када је сам оставилац неоправдано спречавао успостављање блиских веза, он може умањити нужни део нужних наследника за половину – свима осим супружнику. Н. Koziol, R. Welser, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band. II, Wien, 2007, 548.

¹³⁷ Вид. § 795 АГЗ.

¹³⁸ Нужни део супружника, односно ванбрачног или истополног партнера, увек је половина од законског наследног дела, без обзира да ли у конкретном случају наслеђује у првом или другом наследном реду.

¹³⁹ Вид. чл. 28, ст. 2 ЗОНЦГ; чл. 70, ст. 3 ЗОНРХ; чл. 26, ст 2 ЗОНСЛ; чл. 31, ст. 2 ЗОНМК и чл. 40, ст. 2 ЗОНСР.

нужног дела међу наследницима који припадају истом нужном наследном реду.¹⁴⁰ Тако, нужни део деце, усвојеника (у Федерацији БиХ само када је реч о усвојенику из потпуног, не и из непотпуног усвојења, који је релативни нужни наследник) и супружника оставиоца је половина од законског наследног дела. Остали нужни наследници, за које се захтева и да су трајно неспособни за рад и без нужних средстава за живот, имају право на трећину од законског наследног дела.¹⁴¹

Заједничка карактеристика оба концепта огледа се у већ наглашеној чињеници да је величина нужног дела унапред одређена законом. Овим видом одређивања учешћа императивних наследника у заоставштини преминулог, потпуно изван сфере интересовања остају неке друге околности, које би можда могле бити релевантне. Оно што се може приметити из изложеног јесте да су, по правилу, у систему скупног нужног дела већа ограничења слободе завештајног располагања него у концепту појединачног нужног дела. То је нарочито случај када има наследника првог наследног реда, што је у пракси и најчешће, где се са повећањем броја деце увећава и колективни нужни део.

Анализа решења о величини нужног дела у европским правима показује да је приметан тренд смањења величине нужног дела, који „прети“ да прерасте у тенденцију. У неким скандинавским правима, још је током XX века редукована величина нужних делова.¹⁴² У односу на раније важећа решења, новим Грађанским закоником Мађарске умањени су нужни делови нужним наследницима. Дискусије се у том правцу воде и у немачком, шпанском и другим правима.¹⁴³ Извесно је да у будућности

¹⁴⁰ О негативним странама оваквог решења: О. Антић, „Први Закон о наслеђивању Републике Српске“, *Зборник радова Правног факултета у Источном Сарајеву*, Пале, 5/2009, 26.

¹⁴¹ Вид. чл. 29, ст. 1 и 2 ЗОНБИХ и чл. 31, ст. 2 ЗОНРС.

¹⁴² Примера ради, у Норвешкој је још 1937. године величина скупног нужног дела смањена са 3/4 на 2/3 заоставштине. Вид. Р. Hambro, „The Norwegian Approach to Forced Share, the Surviving Spouse’s Position and Irrevocable Wills“, *The Law of Succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, (eds. М. Anderson, Е. Arroyo i Amayuelas), Europa Law Publishing, 2011, 231.

¹⁴³ У немачком праву, у првој деценији XXI века, актуелно је било питање смањења нужног дела и условљавања квоте нужног дела вредношћу заоставштине. Иако до корекција решења НГЗ, у том смислу, није дошло, ова питања остала су отворена за неку каснију

можемо очекивати и у осталим законодавствима промене које ће се кретати у истом правцу, и којима ће се увећати слобода завештајног, и уопште добродоног располагања оставиоца.

Ипак, нама се чини исправним опредељење већине легислатора на територији бивше СФРЈ да задрже решење још из савезног Закона о наслеђивању из 1955. године, и направе разлику у величини нужних делова међу наследницима првог и осталих наследних редова, при чему је нужни део супружника увек исти, без обзира у ком наследном реду наслеђује. Такође, сматрамо да су однос и који је међу њима утврђен, као и сама величина нужних делова постављени на рационалној основи. Утврђена величина нужних делова је таква да се слобода оставиоца да имовинским правима располаже по својој вољи не сужава у претераној мери, а истовремено се довољно штите интереси његових нужних наследника.

Сматрамо да је решење које постоји у Федерацији БиХ и Републици Српској, које смо изнели, а по коме су нужни делови унука и даљих потомака мањи у односу на нужне делове оставиоцеве деце, утемељено на погрешним премисама. Нелогичним нам се чини и прописивање посебних субјективних услова за потомке оставиоцеве деце, како би могли бити нужни наследници, јер смо мишљења да емотивна везаност предака за своје даље потомство (унуке, праунуке) није мањег интензитета у односу на децу. Исти је случај и у Македонији (чл. 30, ст. 2 ЗОНМК), с тим што је величина нужних делова свих потомака нужних наследника иста, и износи половину од законског дела.

3. ПРАВНА ПРИРОДА ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО – ПОСТОЈЕЋИ КОНЦЕПТИ И САВРЕМЕНИ ТОКОВИ

Савремена законодавства, која уређују установу нужног дела, својим прописима одређују правну природу права на нужни део,

дискусију о редиговању наследноправних регула. Смисао измена о којима се дискутовало крајње је практичан, и тиче се проширења права оставиоца-предузетника да добра која користи за обављање предузетничке делатности остави оном лицу за које сматра да ће најквалитетније обављати дату делатност, након његове смрти.

опредељујући се, при томе, за једну од две доминантне концепције – облигационоправну или наследноправну (стварноправну). Суштина разликовања правне природе права на нужни део јесте у начину намирења нужног дела, и у чињеници да ли нужни наследник, у тренутку делације, постаје универзални сукцесор, или има само положај повериоца према заоставштини.

Права која се ослањају на римску правну традицију и француски *Code Civil* (све до измена из 2006. године), право на нужни део регулишу као наследно (стварно) право, те нужни наследник на име нужног дела добија удео у стварима и правима из заоставштине. С друге стране, у германском праву развила се новија, модернија концепција,¹⁴⁴ која право на нужни део схвата као облигационо право – новчано потраживање које нужни наследник има према заоставштини. Треба, међутим, истаћи да сва савремена права, која познају установу нужног дела, полазе од правила да је одређивање правне природе права на нужни део у диспозицији завештаоца и да спада у домен слободе завештајног располагања, те да ће се законска правила применити само уколико оставилац није другачије одредио.

Исплату нужног дела у новцу предвиђају законодавства Немачке,¹⁴⁵ Аустрије,¹⁴⁶ Холандије,¹⁴⁷ Мађарске.¹⁴⁸ У француском праву, изменама *Code Civil*-а из 2006 године,¹⁴⁹ учињен је значајан заокрет у дефинисању правне природе права на нужни део, тако што је вредносно

¹⁴⁴ У средњовековном пруском праву ударени су темељи ове концепције, одређењем да нужном наследнику припада право на тзв. новчани захтев (*Geldanspruch*) према заоставштини (*Allgemeines Landrecht für die preussischen*, II 2 С 392). Наведено према: О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2009, 175, фн. 475.

¹⁴⁵ Вид. § 2303 НГЗ.

¹⁴⁶ Вид. § 784 АГЗ. Дворским декретом од 31. 01. 1844. године, протумачено је да нужни наследник у Аустрији, на име нужног дела, нема право на сразмерни део заоставштине, већ само на вредност нужног дела у новцу, према процени суда. Наведено према: Д. Аранђеловић, *Аустријски грађански законик (превод)*, Београд, 1921, 211.

¹⁴⁷ Вид. чл. 4:80 ГЗХ.

¹⁴⁸ У мађарском праву усвојен је дуалистички коцепт нужног дела, те од правила да је нужни део облигационог карактера постоје два одступања. Природу нужног дела може променити сам оставилац, не само у завештању, већ и располагањима *inter vivos*, као и суд, ако процени да би захтев за намирење у новцу био неправичан за дужника или повериоца. Вид. § 7:86, ст. 3 и 4 ГЗМ.

¹⁴⁹ Закон бр. 2006-728, од 23. 06. 2006. године, на снази од 01. 01. 2007. године.

намирење утврђено као правило, а намирење у природи као изузетак.¹⁵⁰ Тиме се желела оснажити правна сигурност, и спречити спорови до којих је долазило услед чињенице да се нужни део намиривао у стварима и правима из заоставштине, који су доводили до сложених и дуготрајних судских поступака.¹⁵¹ Ипак, француски законодавац није се одрекао могућности да се у појединим случајевима нужни део намири *in natura*, те је овластио поклонопримца или испорукопримца да у року од три месеца од дана када га је нужни наследник позвао да се определи на који начин ће му намирити нужни део, одлучи да нужни део подмири у природи, под условом да је и даље власник дарованог добра и да је оно ослобођено свих терета.¹⁵²

Наследноправној концепцији природе нужног дела приклонила се, рецимо, Италија,¹⁵³ а верне су јој остале и балканске државе настале распадом СФРЈ (све осим Србије), и у новим наследноправним прописима које је већина ових држава донела након распада Југославије (за исто решење определио се и законодавац у Републици Српској).¹⁵⁴ Правну природу права на нужни део може променити само оставилац, ако одреди да нужни наследник из заоставштине прими тачно одређене ствари, права или новчани износ. Нови ЗОНБИХ, за разлику од старог, прописује и могућност да промену правне природе права на нужни део допусти и суд, ако оцени да је захтев који је у том правцу истакао нужни наследник, оправдан.¹⁵⁵

У европским правима уочљив је тренд да се нужни део намирује у новцу, а не у природи. Такво решење више одговара вољи оставиоца, који је, пропуштајући да намири нужни део својих нужних наследника, исказао став да не жели да они учествују у расподели његове заоставштине и

¹⁵⁰ Иако чл. 912 ФГЗ дефинише нужни део као удео у наследивим стварима и правима оставиоца, новим чланом 924 ФГЗ јасно је афирмисан принцип намирења нужног дела у новцу. Група аутора, *Successions et libéralités, Régime juridique et fiscal*, Levallois, 2011, 107.

¹⁵¹ А. Delfosse, J-F. Peniguel, *La Réforme des Successions et des Libéralités*, Paris, 2006, 177; Н. Стојановић, „Намирење нужног дела, повређеног завештајним располагањима и поклонима – у француском и српском праву“, *Правни живот*, 10/2010, 737–738.

¹⁵² Вид. чл. 924-1, ст. 1 и 2 ФГЗ.

¹⁵³ Вид. чл. 536 ГЗИ.

¹⁵⁴ Вид. чл. 27 ЗОНСЛ; чл. 29 ЗОНЦГ; чл. 70, ст. 1 и 4 ЗОНРХ; чл. 32 ЗОНМК, чл. 30, ст. 1 ЗОНБИХ и чл. 32 ЗОНРС.

¹⁵⁵ Вид. чл. 30, ст. 2 ЗОНБИХ.

стекну имовинска добра која су му припадала. Наведено решење, које пуну афирмацију, али и аргументацију дугује немачком и аустријском праву,¹⁵⁶ проширило се од средине прошлога века из германског права у многа друга права у Европи. Осим раније поменутих права Холандије и Мађарске, које су трансформисале правну природу нужног дела у облигационоправну 1954. односно 1959. године, савременијој концепцији придружиле су се касније Пољска, и шпанске покрајине Каталонија и Галиција.

Иако је јасно профилисан талас измена у регулативи начина намирења нужног дела, ипак је већина законодавстава остала верна раније усвојеном концепту. Са променама у француском праву, до којих је дошло након реформе 2006. године, треба очекивати, у годинама које следе, да ће она права која се у материји грађанског права ослањају на *Code Civil*, кренути путем којим је кренуо француски законодавац, „притиснути“ и аргументацијом која указује на предности исплате нужног дела у новцу.

Заговорника ове идеје има све више и на простору Балкана, где су све чешћи гласови који указују на целисходност оптирања за облигациону природу нужног дела. У македонском праву предузети су и важни кораци у том правцу, с обзиром да је Комисија за израду Грађанског законика предложила да убудуће у Македонији нужни део има облигациони карактер.¹⁵⁷ Заслугу за то свакако има и важећи Закон о наслеђивању Републике Србије, за сада једини наследноправни пропис од земаља бивше СФРЈ, који се приклонио модернијој концепцији нужног дела.

¹⁵⁶ То произлази из чињенице да су велики грађански кодекси, донети у Аустрији и Немачкој у XIX веку, извршили снажан утицај на многа европска права. Опширније о облигационом карактеру нужног дела и његовом утицају, код: D. Leipold, 307; H. Koziol, R. Welser, 545.

¹⁵⁷ О разлозима који су руководили Комисију за израду ГЗ да предложи промену природе права на нужни део из наследноправне у облигационоправну, када оставилац није сам одредио начин на који ће нужни део бити подмирен, више: Д. Мицковиќ, А. Ристов, 458; А. Ристов, „Реформите во наследното и семејното право во Република Македонија“, *Нотариус*, 25/2013, 28–29.

Чинећи радикалан заокрет у односу на раније важеће прописе, ЗОН Србије из 1995. године усвојио је савременији, облигационоправни концепт права на нужни део, задржавајући, при томе, дуалистички систем правне природе права на нужни део. Законска правила о начину одређивања нужног дела примениће се ако из завештања не следи што друго. У диспозицији завештаоца је, дакле, одређење правне природе права на нужни део, и, самим тим, начин његовог намирења.¹⁵⁸ До промене правне природе нужног дела у наследноправну доћи ће уколико завештањем нужном наследнику буде одређен удео у заоставштини, довољан да се нужни део подмири. Закон о наслеђивању Републике Србије, међутим, учинио је још један значајан искорак у погледу могућности промене правне природе права на нужни део, тако што је нужном наследнику оставио могућност да захтева од суда да му, на име нужног дела, додели део ствари и права из заоставштине.¹⁵⁹ До промене правне природе, у овом случају, може доћи само уз испуњење двеју претпоставки: ако завештањем правна природа нужног дела, и начин његовог намирења нису одређени, и ако суд, поступајући по захтеву нужног наследника, нађе да је он оправдан.¹⁶⁰

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Сужавање круга крвних сродника као нужних наследника, снажење наследноправног положаја супружника, и признавање права наслеђа (и права на нужни део) ванбрачним партнерима, јасни су трендови који се уочавају у савременом упоредном праву. У правима бивших југословенских република чињеница сродства још увек има значајан утицај на конструкцију правила којима се уређује круг нужних наследника. Истовремено, у већини ових законодавстава признају се наследноправна дејства ванбрачним заједницама, у неким правима само хетеросексуалним, у другима и хомосексуалним. Важећа регулатива у праву Србије анахрона је, будући да српски легислатор гарантује право на нужни део најширем кругу крвних сродника у компарацији са осталим

¹⁵⁸ То несумњиво произлази из одредбе садржане у чл. 43, ст. 3 ЗОН. Завешталац је овлашћен да на једнак начин одреди природу нужног дела према свим нужним наследницима, као што може одредити и да се нужни део једном нужном наследнику намири у новцу, а другом у природи. С. Сворцан, „Право на нужни део по Закону о наслеђивању Србије из 1995. године“, *Гласник права*, књ. 6, Крагујевац, 1997, 95.

¹⁵⁹ Видети: чл. 43, ст. 2 ЗОН.

¹⁶⁰ Р. Рачић, „Правна природа права на нужни део“, *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године*, Зборник радова, Крагујевац, 1998, 113.

европским правима, док ванбрачним партнерима не признаје никаква наследноправна овлашћења. Мишљења смо да је неминовно да се пре или касније регулатива нужног наслеђивања у Републици Србији мора кретати у правцу признавања права наслеђа (и права на нужни део) ванбрачним партнерима, за почетак хетеросексуалне оријентације. Истовремено, става смо да би из круга нужних наследника требало елиминисати браћу, сестре, деде, бабе и остале претке, уз задржавање могућности да им се, у случају немања основних средстава за живот, обезбеди издржавања из заоставштине за одређени временски период након делације. То би имало за последицу губитак категорије релативних нужних наследника, будући да сматрамо да родитељи треба да задрже својство апсолутних нужних наследника.

У упоредном праву присутан је и тренд смањења величине нужних делова и самим тим омогућавање шире слободе оставиоцу да имовинским правима располаже по својој вољи. Ипак, утисак је да су решења у правима земаља – екс република СФРЈ таква да величина нужног дела не сужава у превеликој мери слободу располагања оставиоца, и истовремено адекватно штити интересе нужних наследника, те не сматрамо потребним да се величина нужних делова редукује, приликом будућих редакција законских текстова.

У погледу правне природе права на нужни део, бивше југословенске републике, све осим Србије, и даље су остале верне наследноправној концепцији, и поред све присутније тенденције у многим правима да се нужни део исплаћује у новцу. Треба очекивати да ће се, притиснуте аргументацијом, али и прагматичним разлозима, будући да намирање нужног дела у новцу спречава потенцијалне спорове између нужних наследника и дужника облигације нужног дела, ове балканске државе придружити решењу којем се крајем прошлог века приклонила и Србија, и усвојити савременију облигационоправну концепцију природе права на нужни део, уз остављање простора да се нужни део намири и *in natura* у законом прописаним случајевима. Оно где видимо простора за унапређење постојећег решења у праву Србије јесте прописивање могућности намирења нужног дела у природи не само када је такав захтев истакао нужни наследник, већ и на предлог завештајног стипендијског и/или поклонопримца, као дужника облигације нужног дела, када суд нађе да је такав захтев нарочито оправдан. Ако би се са оваквим захтевом дужника нужног дела сагласио нужни наследник, одлука суда била би декларативног карактера.

Assistant Professor Novak Krstić, LL.D.
Faculty of Law, University of Niš

**CURRENT TRENDS IN FORCED HEIRSHIP REGULATION IN
COMPARATIVE LAW – WITH PARTICULAR REFERENCE TO
THE WAYS OF IT'S REGULATION IN EX YUGOSLAV
REPUBLICS' LAWS**

Summary

In this paper the author analyzes current trends of regulation of some issues of forced heirship, which can be noticed in the Continental European Law (Civil Law). The special is attention payed to the issues of the circle of compulsory heirs, the ammount of compulsory portion, as well as the legale nature of compulsory portion. The author signified actual tendencies in these issues in contemporary comparative law, and reforms that have been made by European legislators in recent decades. Special attention was payed to the present solutions in ex Yugoslav republics' legislatives. The author notices that main trends in European laws are restriction of the circle of relatives entitled to compulsory portion, deminution of ammount of compulsory heirs' compulsory shares, and also improvement of legal position of the spouses and cohabitants. In most of Balkan countries there is still wide circle of relatives that have the right to compulsory portion. Alongside, many countries recognize the right of mutual succession among cohabitants. In Serbian law, one should expect that in the future brothers and sisters of a decedent, as well as grandparents and further ascendants are going to lose their legal position as compulsory heirs. In the same time, it should be expected that heterosexual cohabitants would be recognized as legal, but also compulsory heirs, and would have the same legal status as spouses.

Key words: forced heirship, compulsory heirs, ammount of compulsory portion, trends in comparative law.

СПЕЦИФИЧНОСТИ И ДИЛЕМИ ВО ОДНОС НА ИСКЛУЧУВАЊЕТО НА НУЖНИТЕ НАСЛЕДНИЦИ

. УДК: 347.65/.68 (497.7)

Review paper

Анстракт: Завештателот може, да го исклучи нужниот наследник од наследство, под определени услови и форма предвидени во законот. Освен исклучувањето од наследство, во нашето позитивно наследно право завештателот може, почитувајќи го законот, предвидените услови и форма, да изврши и лишувањето од правото на нужен дел во корист на потомците. Во овој труд ќе стане збор за исклучувањето од наследство (*exhereditatio nota causa*), како наследно – правен институт. Имено, целта на трудот е да се изврши поимно определување на исклучувањето од наследството, да се разрешат дилемите во однос на исклучувањето, да се определат лицата кои се исклучуваат од наследството, да се согледа обемот на тоа исклучување, а особено внимание во трудот посветувам на причините за исклучувањето од наследство и временскиот момент во однос на тоа кога е потребно да се цени постоењето на причината за исклучување од наследство. Во овој контекст, сметам, за што ќе стане збор во трудот, прво, дека, потребно е да се воведат уште еден случај кога завештателот може да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел и второ, да се направи определена промена во однос на моментот кога ќе се цени постоењето на причината за исклучувањето од наследство. Со оглед на застапеното истражувањето и проучувањето, сметам дека е постигната интенција на трудот.

Клучни зборови: завештател, тестамент, исклучување, нужен дел, причини, услови.

1. Вовед

Завештателот може, во согласност со законот да го исклучи од наследство нужниот наследник. Имено, под определени услови и форма завештателот може да изврши исклучување на нужните наследници. Како наследно – правен институт, исклучувањето од наследство, има свое значење. Можноста завештателот да го исклучи од наследство нужниот наследник претставува одреден инструмент во неговите раце. Дали ќе го исклучи нужниот наследник од наследството или не зависи од неговата волја, бидејќи се работи за диспозитивен акт на самиот завештател.

Во трудот се врши научно проучување, истражување и анализа, на исклучувањето од наследство. Поимно се определува исклучувањето од наследството, се истражува можноста да се определи целосно или делумно исклучување, се разрешуваат определени дилеми во врска со исклучувањето, се врши определување на лицата кои од страна на завештателот се исклучуваат од наследство, во определена мера се согледуваат последиците, а во трудот своето внимание особено го насочувам на причините за исклучување од наследството и на моментот кога е потребно да постои причината за исклучување од наследство за самата полноважност на исклучувањето од наследство, односно во кој момент се цени постоењето на причината за исклучувањето.

Во оваа насока, за што во трудот ќе стане збор, прво, кога се работи за причините за исклучување од наследство сметам дека е потребно да се воведат уште еден случај кога завештателот може да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел, и второ, сметам дека е потребно да има определена промена во однос на моментот кога се цени постоењето на причината за исклучување од наследство. Во овој контекст, предлагам, прво, воведување на трет случај кога завештателот може да го исклучи од наследството наследникот кој има право на нужен дел, и тоа кога ќе се оддаде на неработење и нечесен живот и, второ, да се цени постоењето на причината за исклучување од наследство, по исклучок и во времето на смртта на оставителот, впрочем во мојот магистерски труд ова беа и две од споредните хипотези.

2. Поимно определување на исклучувањето од наследство

Исклучувањето од наследство, односно од нужниот дел, од содржинска гледна точка, претставува граѓанско – правна казна за самиот наследник. Од волјата на завештателот зависи дали завештателот ќе го исклучи нужниот наследник. Се работи за диспозитивен акт на самиот завештател. Меѓутоа, доколку завештателот се одлучи да направи исклучување од наследство, односно да го исклучи нужниот наследник, тоа може да го направи од причини кои во законот јасно се предвидени, во форма која исто така законот ја пропишува. Имено, за полноважност на исклучувањето од наследство, како што ќе видиме подоцна во трудот потребно е исполнување на определени услови. Така, во согласност со законот завештателот, може да го исклучи од наследство лицето кое има право на нужен дел. Имено, самата смисла на исклучувањето е губење на наследни права, во зависност од обемот на направеното исклучување.

Како граѓанско – правна казна, исклучувањето од наследство го погодува нужниот наследник, поради неговото однесување. Станува збор за противправно однесување спрема оставителот и точно определени со

законот блиски лица, имајќи ги предвид причините поради кои завештателот согласно нашето позитивно наследно право може да го исклучи лицето кое има право на нужен дел. Така, услов за ова исклучување е да постои вина на наследникот, па така завештателот во согласност со законот, да го казни со целосно или делумно губење на правото на нужен дел од конкретна оставина.

Во позитивното право на Република Македонија, во Законот за наследување од 1996 година¹⁶¹ во член 46, став 1, меѓу другото стои дека: „Завештателот може да исклучи од наследство наследник кој има право на нужен дел ...“. Така исклучувањето има важност и за делот кој му следува по закон, односно за законскиот дел на нужниот наследник, а не само за правото на нужен дел, доколку сепак има примена законското наследување.¹⁶² Тоа значи дека е исклучен од наследство, па така, на тоа лице кој влегува во кругот на нужни наследници, не му следува законски наследен дел.

За да располага со целата оставината оставителот, потребно е согласно законот, само да ги исклучи нужните наследници. Потребно е нужните наследници да ги исклучи од нивниот нужен дел, а не и од законскиот дел од наследството, односно законскиот наследен дел. Имено, и доколку има исклучување од наследниот дел, согласно законското наследување, односно законскиот дел, тогаш значи дека и од нужниот дел лицето е исклучено. Кога завештателот исклучил некој од наследство, односно од законскиот наследен дел, тоа значи да е исклучен и од нужниот дел.¹⁶³

Лицата кои можат да стекнат својство на нужни наследници можат и да бидат исклучени од наследство, така што во позитивното наследно право во Република Македонија, од правото на наследството може да бидат исклучени следниве законски наследници: децата на оставителот, неговите посвоеници и неговиот брачен другар.¹⁶⁴ Потоа потомците на децата на оставителот и на неговиот посвоеник, како и родителите на оставителот и неговите браќа и сестри, доколку ги исполнуваат дополнителните услови пропишани со законот.¹⁶⁵ Имено, сите вака определени лица можат да бидат исклучени, доколку постојат законски предвидени причини.

*Доцент, МИТ Универзитет Скопје, Факултет за правни науки, меѓународни односи и дипломатија,

ristoi@yahoo.com

¹⁶¹ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 47/96.

¹⁶² На пример, ако недостоен за наследување е тестаменталниот наследник.

¹⁶³ Види повеќе кај: Slavko Marković, *Nasledno pravo*, Novinska – izdavačka ustanova Službeni list SFRJ, OOUR »Knjige«, Beograd, 1981, str. 199.

¹⁶⁴ Види подетално член 30, став 1 и став 4, а во врска со член 46, став 1 од Законот за наследувањето од 1996 година.

¹⁶⁵ Види подетално член 30, став 2 - 4, а во врска со член 46, став 1 од Законот за наследувањето од 1996 година.

Доколку некое лице е законски наследник, а не е нужен наследник, а завештателот не сака да добие нешто од оставината, во тој случај не е потребно од страна на завештателот да биде исклучен од наследство, туку завештателот доволно е преку тестамент да направи распоред на својот имот, определувајќи наследници и легатари.¹⁶⁶

3. Причини за исклучување од наследство

Завештателот доколку сака да ги исклучи од наследство нужните наследници, а со тоа неограничено да располага со својот имот, треба за тоа да постојат причини кои законот ги предвидува. Така не е оставена можноста слободно завештателот да направи исклучување на нужните наследници, надвор од причините кои законот ги определил дека завештателот може да направи исклучување од наследство на наследникот кој има право на нужен дел. Законодавецот го уредува овој наследно – правен институт и пропишува причини за исклучување од наследство. Во член 46 став 1 од Законот за наследувањето од 1996 година, се пропишува дека: „Завештателот може да исклучи од наследство наследник кој има право на нужен дел ако:

- 1) потешко се огрешил спрема оставителот со повреда на некоја законска или морална обврска и
- 2) со смисленост сторил некое потешко злодело спрема него или неговиот брачен другар, дете или родител.“

Имено, согласно погоре наведеното, завештателот може да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел во два случаи. Поранешниот републички Закон за наследувањето од 1973 година¹⁶⁷ и сојузниот Закон за наследувањето¹⁶⁸ од 1955 година уредуваа по четири причини кога завештателот можеше да го исклучи од наследство наследникот кој имаше право на нужен дел. Така, имајќи го предвид републичкиот Закон за наследувањето од 1973 година, завештателот можеше да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел: ако потешко се огрешил спрема оставителот со повреда на некоја законска или морална обврска, ако со смисленост сторил некое потешко кривично дело спрема него или неговиот брачен другар, дете или родител, ако сторил кривично дело управено кон поткопување на власта на работничката класа и на работните луѓе, независноста на земјата,

¹⁶⁶ Доколку завештателот во тестаментот не му оставил ништо на нужниот наследник, тоа не значи дека нужниот наследник од страна на завештателот е исклучен од наследство. Имено, ќе стане збор подоцна во трудот, исклучувањето од наследство мора да биде направено на несомнен начин.

¹⁶⁷ „Службен весник на СРМ“ бр. 35/73 и 27/78.

¹⁶⁸ „Службен лист на ФНРЈ“ бр. 20/55, „Службен лист на СФРЈ“ бр. 12/65 и 42/65 – пречистен текст.

нејзината одбранбена сила или социјалистичката изградба и ако се оддал на неработење и нечесен живот (член 45, став 1). Додека според сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година, завештателот можеше да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел: ако потешко се огрешил спрема оставителот со повреда на некоја законска или морална обврска, ако со смисленост сторил некое потешко кривично дело спрема него или неговиот брачен другар, дете или родител, ако сторил кривично дело управено на поткопување на народната власт, независноста на земјата, нејзината одбранбена сила или социјалистичката изградба и ако се оддал на неработење и нечесен живот (член 47, став 1). Компаративно гледано, во овој контекст имајќи го предвид Законот за наследувањето на Србија од 1995 година,¹⁶⁹ завештателот може да го исклучи нужниот наследник од наследство кој со повреда на некоја законска или морална обврска потешко се огрешил спрема него, ако навредливо или грубо се однесувал спрема него завештателот, ако со смисленост сторил кривично дело спрема завештателот, неговото дете, посвоеник, брачен другар или родител, ако се оддал на неработење и нечесен живот (чл. 61, ст.1). Што се однесува до хрватскиот Закон за наследување од 2003 година¹⁷⁰ истиот предвидува четири причини кога завештателот може да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел. Така, завештателот може да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел: ако со повреда на некоја законска или морална обврска која произлегува од неговиот родителски однос со оставителот потешко се огрешил спрема оставителот, ако намерно сторил некое потешко казнено дело спрема него, или неговиот брачен другар, дете или родител, ако сторил казнено дело против Република Хрватска или вредностите заштитени со меѓународното право и ако се оддал на неработење или нечесен живот (член 85, став 1). Согласно член 44, став 1 од Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година¹⁷¹, се предвидени три причини кога завештателот може да го исклучи од наследство нужниот наследник. Така, завештателот, може да го исклучи од наследство нужниот наследник: ако со повреда на некоја законска или морална обврска потешко се огрешил спрема оставителот, ако со умисла сторил некое потешко кривично дело спрема оставителот или неговиот брачен другар, детето, посвоеникот или родителот и ако се оддал на неработење и нечесен живот (чл. 44, ст. 1).

¹⁶⁹ Текстот на законот може да се види на следнава интернет страница:

http://www.paragraf.rs/propisi_download/zakon_o_nasledjivanju.pdf, пристапено на 29.06.2017 година.

¹⁷⁰ Текстот на законот може да се види на следнава интернет страница:

<https://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>, пристапено на 29.06.2017 година.

¹⁷¹ Текстот на законот може да се види на следнава интернет страница:

<http://www.sluzbenilist.me/PravniAktDetalji.aspx?tag=%7B4E8FCC1E-3A73-40C4-B53E-45BFE22B9AF6%7D>, пристапено на 29.06.2017 година.

Имено, како што се забележа, во нашето позитивно наследно право постојат два случаи, односно две причини, поради кои завештателот може да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел. Сметам дека потребно е да се во воведи уште една причина, односно уште еден случај кога завештателот ќе може да го исклучи од наследство наследникот кој има право на нужен дел, а тоа е кога нужниот наследник „се оддал на неработење и нечесен живот“. Воведувањето на ова решение секако е во насока на поголема слобода на завештателот кога станува збор за исклучувањето на наследниците кои имаат право на нужен дел, а со тоа и располагање со сопствениот имот. Со воведувањето на ова решение повторно во правниот систем на Република Македонија, завештателот ќе може да го исклучи од наследство, наследникот кој има право на нужен дел и кога постои мотивација на страна на завештателот да ги заштити и интересите на наследникот кој што го исклучува. Во врска со оваа причина кога завештателот го исклучува наследникот кој има право на нужен дел, колку за пример ќе го наведиме случајот кога едно лице со иницијали Б.Б. ја напуштило работата, избегнува да работи, не сака да работи и се оддало на коцкање и пијанчење. Во теоријата се среќава дека, дека, „под нечесен живот треба да се разбере сето она што по објективните мерила на една средина се смета за нечесно, како: коцка, пијанчење, просјачење, неморал и слично.“¹⁷²

Ваквото решение беше карактеристично и за поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година (чл. 45, ст. 1. т. 4). Решението за исклучување од наследство, во случај ако се оддал на неработење и непоштен живот, беше предвидено уште во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (чл. 47, ст.1, т.4).

Како што од погоре наведеното може да се забележи, согласно позитивното наследно право на Република Македонија, причините за исклучување од наследство од страна на завештателот, се таксативно наведени во законот. Нивно проширување по пат на аналогија не е можно. Имено, како што стана збор се работи за два случаи каде во продолжение посебно и подетално ќе бидат опишани:

- *Потешко се огрешил спрема оставителот со повреда на некоја законска или морална обврска.* Овде станува збор за повреда на некоја законска или морална обврска и тоа спрема оставителот. Меѓутоа треба да се има предвид дека потребно е да се работи за потешко огрешување. Во врска со законската обврска, не мора да е пропишана изричито со закон, таа може да произлезе, од општиот содржински контекст на семејните односи. Може да е изричито регулирана со законски прописи, а може и да произлегува несомнено од определени прописи. Во врска со моралната обврска, таа на пример може да биде помагање и почитување на

¹⁷² Киро Николовски, Наследно право на ФНРЈ, Скопје, 1959 година, стр. 30.

завештателот, понатаму на пример културно однесување, или на пример посетување на оставителот итн.

Значење има степенот на повреда, како што стана збор треба да се работи за потешко огрешување. Само потешкото огрешување доведува до полноважно исклучување од наследство. Се поставува прашањето, дали мора да биде ова потешко огрешување кривично дело, или мора да биде прекршок? Одоговорот е дека не мора. Не мора да се работи за кривично дело или прекршок. Потребно е секако осуда од јавноста, посебно таму каде што живеат оставителот и наследникот кој што го исклучува од наследството. Доволно е оставителот, психички да почувствува, такво огрешување, па оттука несакајќи да добие наследство таквиот наследник, го исклучува од наследство. Имено, од завештателот, од неговата оценка, зависи во што во конкретниот случај се појавило, непочитувањето, неизвршувањето, пропуштање на извршувањето на овие обврски.

Во однос на тоа што претставува потешко огрешување, несомнено судската практика низ годините ќе изврши на најдобар начин дефинирање. Така, во судската практика меѓу другото се забележува дека: „И детето може да го исклучи од наследството својот татко ако тој го занемарил неговото воспитување или ако се оддал на нечесен живот.“¹⁷³ Понатаму во судската практика е забележано дека: „Причината за исклучување од наследство е остварена кога синот потешко се огрешил во својата морална обврска спрема мајка си, скратувајќи и го на груб и навредлив начин должното почитување.“¹⁷⁴

Меѓутоа оваа причина за исклучување од наследство е многу широко поставена. Оттука, се поставува прашањето дали судот е врзан за она што го навел завештателот во тестаментот, кога ја испитува всушност оваа причина. Имено, дали во утврдувањето на факти, судот може да излезе од рамките на основот наведен од страна на завештателот кој што го исклучува наследникот кој што има право на нужен дел. Одговорот од страна на Сојузниот Врховен суд е негативен, при што се забележува меѓу другото дека: „При оценка на прашањата дали оставителот со тестаментот основано го исклучил од наследство својот нужен наследник судот може да се

¹⁷³ СВС, Гж. Бр. 54/55, цитирано според Миле Хаџи Василев – Вардарски, *Наследно право*, Култура, Скопје, 1983 година, стр. 170.

¹⁷⁴ Одлука на Врховниот суд на Хрватска, Гж. Бр. 1280/59, цитирано според: Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Граѓанско применето право (наследно право)*, Културна установа Блесок, Скопје, 2011, стр. 100.

впушти во утврдување само на оние факти и на оцена само на оние основи што во тестаментот се наведени како причина за исклучување од наследство“.¹⁷⁵ Како што ќе се види понатаму во трудот, наведувањето на причината за исклучување во тестаментот е корисно, па така за полноважност на исклучувањето не мора од страна на завештателот изрично да биде наведена. Овде ќе додадеме, дека судот треба да има предвид, дали со извршувањето на законската или моралната обврска, би се предизвикале штетни последици за самиот нужен наследник, односно дали можел да ја изврши конкретната обврска (законска или морална) а во отсуство на штетни последици за него.

- *Со смисленост сторил некое потешко злодело спрема него или неговиот брачен другар, дете или родител.* Овде е од значење кривично – правната материја и практика, бидејќи според неа првенствено се цени, кога постои со смисленост сторување на некое потешко злодело, спрема него завештателот или неговиот брачен другар, дете или родител. Така, со оглед на оваа причина, кога завештателот може да го исклучи нужниот наследник, станува јасно дека постои заштита и на интегритетот на оставителот и на интегритетот на неговите најблиски во законот одредени лица. Законодавецот тука ја употребува терминологија, „потешко злодело“. Поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година и сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година ја употребуваа терминологијата, „потешко кривично дело“.¹⁷⁶ Докажувањето на постоењето на кривичното дело, не мора да биде со пресуда на кривичен суд, каде наследникот е огласен за виновен.¹⁷⁷ Имено, доколку кривичната постапка, не е водена, или нема услови за нејзино поведување, колку за пример овде ќе ги наведат амнестијата или помилувањето, тогаш доколку нема спор постоењето на кривично дело и други околности е оставено да ги утврдува оставинскиот суд, односно да цени оставинскиот суд, а доколку има спор, наадлженост да одлучува има парничниот суд.¹⁷⁸ Доколку

¹⁷⁵ Savezni vrhovni sud, Gz-54/55, цитирано според Priručnik, Porodično – pravnih propisa i propisa o nasleđivanju sa najnovijom važećom sudskom praksom Vrhovnog suda Jugoslavije i republičkih vrhovnih sudova, Zbirka Propisa, Prosveta, Beograd, 1969, str. 81.

¹⁷⁶ Види: чл. 45, ст. 1, т. 2 од поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година и чл. 47, ст. 1, т. 2 од сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година.

¹⁷⁷ Во друга ситуација, доколку има ослободителна пресуда, тогаш и не постои оваа основа за исклучување.

¹⁷⁸ Во врска со ова види подетално чл. 173, ст. 2, т. 4 од Закон за вонпарнична постапка (Службен весник на Република Македонија бр. 9/08).

постои осуда на наследникот за тоа кривично дело, тогаш оставинскиот суд е врзан со таквата осуда. Во правната наука стои дека, „доколку постои пресуда на кривичниот суд за така стореното дело, таа го обврзува оставинскиот суд.“¹⁷⁹ Меѓутоа дали ќе се работи за потешко кривично дело квалификацијата ја дава оставинскиот суд или кога има спорни определени околности парничниот суд.

Во однос на тоа дали се работи за потешко, од значење е и законската одредба во однос на кривичното дело, казната која е пропишана, околностите, последиците кои се предизвикани во однос на во законот определените лица. Постои мислење дека потребно е да се проценува во секој конкретен случај, односно да се цени од случај во случај, спрема околностите, со оглед на казната која е пропишана, па дури иако е пропишана поблага казна, може да се работи за дело кое е потешко, ако резултатот е навистина потешки последици за лицата кои во законот се набројани.

Треба да се работи за со смисленост сторено потешко злодело. Не треба да станува збор за кривично дело стоорено од небрежност. Не постои причина за исклучување од наследство, односно завештателот нема да може да го исклучи наследникот, кога делото е направено во нужна одбрана или крајна нужда. Исклучувањето од наследство, завештателот може да го направи и кога наследникот е директен извршител на таквото кривично дело, но и кога таквиот наследникот е соучесник, потикнувач или помагач.

4. Обем на исклучување од наследство

Кога станува збор за исклучувањето од наследство, секако предизвикува внимание, обемот на исклучување што може да го направи самиот завештател. Така се поставува прашањето дали завештателот може исклучиво само целосно да го исклучи од наследство нужниот наследник, или тоа може да го направи и делумно. Во нашето позитивно наследно право, можно е и целосно и делумно исклучување од наследство. Така во член 46, став 2 од Законот за наследувањето од 1996 година се предвидува дека: „Исклучувањето од наследство може да биде целосно или делумно.“ Идентична одредба предвидуваше и поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година (чл. 45, ст. 2). Во оваа смисла беше и решението содржано уште во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (чл. 47, ст. 2). Во врска со ова, решение каде во однос на исклучувањето дека тоа може да биде целосно или делумно, застапуваат и Законот за наследување на

¹⁷⁹ Љиљана Спировиќ – Трпеновска, *Наследно право*, 2 Август, Скопје, 2009, стр. 133.

Србија од 1995 година (чл. 61, ст. 2), хрватскиот Закон за наследување од 2003 година (чл. 85, ст. 2) и Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година (чл. 44, ст. 2).

Постојењето на изречната одредба одредени теоретичари, ја спорат. Се забележува во смисла дека не е неопходно, имајќи предвид дека општоприфатено правно правило е кој може повеќе може и помалку.¹⁸⁰ Сметам дека не би требало да се спори потребата од една ваква одредба, со оглед на тоа што со постојењето на ова решение, нема да се остави простор за сомневање и можност на некое друго толкување.

Дали во конкретниот случај завештателот ќе определи целосно исклучување од наследство или само делумно, пресудна е неговата волја, значи волјата на завештателот. Кога се работи за целосно исклучување, нужниот наследник не добива ништо, никаква корист од оставината. Кога се работи за делумно исклучување од наследство, тоа значи дека она што ќе го добие нужниот наследник е помалку од вредноста на нужниот дел, доколку завештателот не го исклучеше, односно користа што ја добива ваквиот наследник е помала од вредноста на неговиот нужен дел. Колку што определил завештателот со тестаментот толку ќе добие нужниот наследник, при што нема право да бара дополнување на делот до она што претставува него нужен дел. Делумното исклучување, може да биде изрично определено од страна на завештателот, со намалување на нужниот дел на тој наследник, или индиректно, односно на индиректен начин, со тоа што ќе му се остави нешто од оставината, додека за останатото да се кажи, односно наложи дека се исклучува.

5. Услови за полноважност на исклучувањето од наследство и последици

Исклучувањето од наследство за да произведува правни последици, да биде полноважно, независно дали се работи за целосно или делумно исклучување од наследство, потребно е да се исполнети потребните услови согласно законот. Кога се работи за условите за полноважност за исклучувањето од значење е член 47 од Законот за наследувањето од 1996 година.

Имено, во член 47, став 1 се пропишува дека: „Завештателот којшто сака да исклучи некој наследник мора тоа да го изрази во тестаментот на несомнен начин, а корисно е да ја наведе и причината за исклучување“. Во оваа смисла беа и решенијата застапени во поранешниот

¹⁸⁰ Види повеќе кај: Borislav T. Blagojević, Oliver B. Antić, *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, XVII izmenjeno I dopunjeno izdanje, Savremena administracija, izdavačko- štamparsko-knjižarska radna organizacija, Beograd, 1986, str. 239.

Закон за наследувањето од 1973 година (чл. 46, ст. 1) и сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (чл. 48, ст. 1).¹⁸¹

Доколку завештателот сака да направи исклучување од наследство, тоа мора да биде направено со тестамент. Разбирливо тестаментот мора да биде полноважен, така што при составувањето суштествените услови за полноважност да се исполнети.¹⁸² Така, само лице кое е способно да состави полноважен тестамент, може да направи исклучување. Меѓутоа од страна на завештателот потребно е исклучувањето да го изрази во тестаментот на несомнен начин.¹⁸³

Се поставува прашањето, дали исклучувањето мора да биде исклучиво изрично или освен изрично завештателот може да го исклучи наследникот и премолчено. Во правната наука мислењето е поделено, па така едни правни теоретичари сметаат дека кога се работи за исклучувањето, мора да биде направено тоа изрично, а други правни теоретичари го застапуваат становиштето, дека освен изрично, можно е и премолчено исклучување. Во овој контекст, изгледа можеби најдобро е заземањето на едно средно решение. Имено, завештателот може да го исклучи наследникот кој има право на нужен дел, на пример употребувајќи ги зборовите „го исклучувам“. Завештателот може изрично да го исклучи од наследство, наследникот, но сметам дека исклучувањето може да биде направено и премолчано па да се работи за премолчано исклучување. Така, ќе се работи за премолчано исклучување, кога во еден конкретен случај со оглед на околностите, содржината на тестаментот, на несомнен начин произлегува дека завештателот го исклучил наследникот кој има право на нужен дел, односно нужниот наследник, иако завештателот не наведол во тестаментот на пример: „го исклучувам“.

¹⁸¹ Во врска со ова, во Законот за наследување на Србија од 1995 година во член 62, став 1 се предвидува дека: „Исклучувањето мора да биде направено во облик на тестамент“, додека во наредниот став 2 се пропишува дека: „Исклучувањето мора да биде изразено на несомнен начин, а корисно е да се наведе и причината за исклучување“. Што се однесува до Законот за наследување на Хрватска од 2003 година, во член 86, став 1 е предвидено дека: „Завештателот кој сака да го исклучи некој наследник мора тоа да го направи во тестамент на изричит начин и да ја наведе причината за исклучување“. Од ова се гледа дека хрватското наследно право, не ја допушта можноста за премолчано исклучување. Додека пак во Законот за наследување на Црна гора од 2008 година во член 45, став 1 се пропишува дека: „Завештателот кој сака да исклучи некој наследник мора тоа да го изрази во тестамент на несомнен начин.“

¹⁸² Во науката се забележува дека, „исклучувањето може да се врши со било кој тестамент, што се однесува до формата, но битно е тестаментот како и во поглед на останатите наредби, мора да биде полноважен.“ Slavko Marković, *op. cit.*, str. 204.

¹⁸³ Низ судската практика се забележува дека: „Исклучувањето од наследството мора да биде изразено во тестаментот на несомнен начин.“ Vrhovni sud AP Vojvodina, Gž-325/59, цитирано според Priručnik, „Porodično – pravnih propisa i propisa o nasledivanju sa najnovijom važećom sudskom praksom Vrhovnog suda Jugoslavije i republičkih vrhovnih sudova“..., str. 82.

Понатаму во однос на причината за исклучување од наследство, истата од страна на завештателот е корисно да биде наведена во тестаментот. Така, од аспект на полноважноста на исклучувањето, нема значење дали причината е наведена или не во тестаментот. Незадолжителноста на причината да биде наведена во тестаментот е оправдано ако се има предвид деликатноста на определени случувања во семејството. Во овој контекст завештателот, може да не сака да изнесува во тестаментот определени факти.

Во наредниот став 2 од член 47, е предвидено дека: „Причината за исклучување мора да постои во времето на составување на тестаментот.“ Во оваа смисла беа и решенијата застапени во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година (чл. 46, ст. 2) и сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (чл. 48, ст. 2).¹⁸⁴

Имено, причината за исклучување од наследство, треба да е предвидена во законот, како што стана збор, а исто така причината за исклучување мора да постои во време на составување на тестаментот. Ако основот, односно причината не постоела за време на составувањето на тестаментот, но настанала подоцна, до моментот на смртта на оставителот, тогаш нема да се земе во предвид. Доколку завештателот со тестамент на несомнен начин го исклучил од наследство некој нужен наследник поради законски предвидена причина која постоела во времето на составувањето на тестаментот, значи основот постоел за време на составувањето на тестаментот, но подоцна отпаднал, до смртта на оставителот, тогаш исклучувањето се смета дека останало, доколку завештателот не го отповикал направеното исклучување што всушност било и негова волја, на начин кој е законски можен.¹⁸⁵ Исклучувањето од наследството може да биде отповикано со составување на нов тестамент, во форма во која тестаментот всушност може да се состави.¹⁸⁶ Во оваа смисла во судската практика се забележува дека: „Тестаментот со кој тужителот е исклучен од наследство и од нужниот дел, не престанал да важи со самото тоа што оставителот пред смртта се помирил со тужителот.“¹⁸⁷

Како што стана збор согласно позитивното право, потребно е причината за исклучување да постои во времето на составување на

¹⁸⁴ Во Законот за наследување на Србија од 1995 година, во член 62, став 3, спротивно од нашиот Закон за наследувањето од 1996 година, предвидува дека: „Причината за исклучување мора да постои во време на смртта на оставителот“. Како и нашето позитивно наследно право, во таа смисла се и решенијата застапени во хрватскиот Закон за наследување од 2003 година (чл. 86, ст. 2) и Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година (чл. 45, ст. 2).

¹⁸⁵ Во врска со ова види подетално член 117-119 од Законот за наследувањето од 1996 година.

¹⁸⁶ Види подетално член 66-95 од Законот за наследувањето од 1996 година.

¹⁸⁷ Одлука на Врховниот суд на Војводина, Гж. Бр. 659/61, цитирано според Љиљана Спировиќ Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследно право во Република Македонија*, Блесок, Скопје, 2010 година, стр. 173.

тестаментот. Меѓутоа сметам дека вака прифатениот концепт треба да се промени. Сметам дека треба да се направи определена промена во однос на временскиот момент кога ќе се цени постоењето на причината за исклучувањето.

Конкретно, да ја разгледаме следнава ситуација, на која и науката укажува: Завештателот кој одлично го познава својот нужен наследник, бил сигурен, само било прашање на време кога тој наследник би се однесувал на начин што согласно законот би било причина за исклучување од наследство. Поради тоа завештателот го исклучува од нужен дел нужниот наследник, но причината за исклучување не постоела за време на правењето на тестаментот, туку настанала подоцна, после правењето на тестаментот. Завештателот бил сигурен дека ќе се однесува таквиот наследник на начин, што би претставувала причина за исклучување од наследство и после правењето на тестаментот до тоа и доаѓа. Се поставува прашањето што со ваквата ситуација? Имено, без оглед на тоа што причината не постоела за време на составувањето на тестаментот сметам дека треба да биде полноважно ваквото исклучување. За тоа секако треба соодветна интервенција во законската одредба на член 47, став 2 од Законот за наследувањето од 1996 година. Имено, самото постапување на таквиот наследник, после составувањето на тестаментот на начин што законодавецот определил дека претставува причина за исклучување, е во насока на оправдување на исклучувањето.

Така, со цел да се опфатат и други случаи кои немаат законска основа во постоечкото решение, сметам дека е потребно решението во член 47, став 2 од Законот за наследувањето од 1996 година, да се дополни со зборовите: „или по исклучок, во времето на смртта на оставителот.“ Така, причината за исклучување мора да постои во времето на составување на тестаментот „или по исклучок, во времето на смртта на оставителот.“

Во однос на тоа, што доколку има спор за основаноста на исклучувањето, и на кого паѓа должноста на докажување, во член 47, став 3 се пропишува дека: „Во случај на спор за основаноста на исклучувањето должноста за докажување дека исклучувањето е основано лежи на оној којшто се повикува на исклучувањето.“ Во оваа насока беа и решенијата застапени во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година (чл. 46, ст. 3) и во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (чл. 48, ст.3).¹⁸⁸ Имено, најчесто се случува да постои спор помеѓу наследниците,

¹⁸⁸ Законот за наследување на Србија од 1995 година предвидува дека: „Докажувањето на основаноста на исклучувањето е товар на оној кој на исклучувањето се повикува“ (чл 62, ст.4). Имајќи го предвид нашето позитивно наследно право, согласно Законот за наследувањето, во овој контекст се и решенијата застапени во Законот за наследување на Хрватска од 2003 (чл. 86, ст.3) и Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година (чл. 45, ст. 3).

во врска со исклучувањето од наследство направено од завештателот, и тоа особено во однос на основата, односно причината. Спорот, и тоа како особено настанува, ако завештателот не ја навел причината за исклучување во тестаментот. Наследникот што е исклучен од страна на завештателот не се согласува со тоа што е исклучен, наведувајќи дека нема причина за тоа, додека другите наследници тоа на исклучениот наследник му го оспоруваат. Имено, како што се забележува во нашето право, должноста за докажување паѓа на оној што се повикува на исклучувањето. Така, товарот за докажување ќе падне на тестаменталните и законските наследници, кога нужниот наследник ќе истакне приговор дека исклучувањето од правото на нужен дел од страна на завештателот е неосновано.¹⁸⁹ Во судската практика стои дека: „За полноважноста на исклучувањето од наследство не е доволно во тестаментот на завештателот само да се наведат причините за исклучување од наследство, туку е потребно оние што се повикуваат на основаноста на тоа исклучување, во спор да докажат дека основите за исклучување од наследството постојат.“¹⁹⁰

Што се однесува до последиците од исклучувањето од наследство, законодавецот во врска со ова во член 48 од Законот за наследувањето од 1996 година пропишал дека: „Со исклучувањето наследникот ги губи наследните права во мерката во која е исклучен, а правата на другите лица кои можат да го наследат оставителот се определуваат како да умрел исклучениот пред оставителот.“ Во оваа насока беа и решенијата застапени во поранешниот Закон за наследувањето од 1973 година (чл. 47) и сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (чл. 49).¹⁹¹ Во однос на последиците од исклучувањето истите зависат од тоа дали се работи за целосно или делумно исклучување од наследство. Кога се работи за целосно исклучување, при расправање на оставината се смета дека така исклучениот наследник од страна на завештателот, умрел пред оставителот. Така, на негово место на наследство се повикуваат неговите потомци според правото на претставување, кои наследуваат врз основа на сопствено право на нужен дел.¹⁹² Кога завештателот направил делумно

¹⁸⁹ Се работи за исклучок од правилото кое Законот за вонпарнична постапка од 2008 го регулира во член 176, став 1. Имено, тука се пропишува дека: „Судот ќе го упати да поведе парнична, односно управна постапка оној учесник чие право го смета за помалку веројатно.“

¹⁹⁰ Решение на Врховниот суд на РМ, Рев. Бр. 1590/94 од 7.XI. 1995 година, цитирано според Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, Наследно право, Стоби Трејд – Кочани, Скопје, 2016, стр. 167-168.

¹⁹¹ За повеќе во однос на решенијата застапени во законските наследно – правни прописи на Србија, Хрватска и Црна Гора види: член 63 во Законот за наследување на Србија од 1995 година, член 87 од Законот за наследување на Хрватска од 2003 година и член 46 во Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година.

¹⁹² Види член 14, а во врска со член 30 и член 32 од Законот за наследувањето од 1996 година.

исклучување од наследство, тогаш имајќи ја предвид погоре наведената законска одредба, таквиот наследник ги губи наследните права во онаа мерка во кој е исклучен. Во овој случај, кога станува збор за делумно исклучување, ќе се смета дека вака исклучениот наследник починал пред оставителот само за оној нужен дел на исклучениот наследник, на кој всушност исклучувањето направено од страна на завештателот се однесува.

Заклучок

Завештателот може, во согласност со законот, под определени услови и форма, да изврши исклучување на нужните наследници. Имено, дали ќе направи или не исклучување, зависи од волјата на самиот завештателот. Во овој контекст, завештателот, може да го определи обемот на исклучувањето, така што можно е и целосно и делумно исклучување од наследство. Од содржински аспект, исклучувањето од наследство, односно од нужниот дел, претставува граѓанско – правна казна за самиот наследник.

Во позитивното наследно право на Република Македонија, причините поради кои завештателот може да исклучи наследник кој има право на нужен дел, како што опишавме се таксативно наведени во законот. Се работи за два случаи. Сметам дека како што стана збор и во трудот е потребно да се воведат уште еден случај кога завештателот ќе може да го исклучи наследникот кој има право на нужен дел, и тоа кога нужниот наследник „се оддал на неработење и нечесен живот“.

Имајќи го предвид, позитивно наследно право, завештателот што сака да исклучи некој наследник мора во тестаментот тоа да го изрази на несомнен, начин, додека причината за исклучување корисно е да биде наведена. Понатаму, што се однесува до причината за исклучување, истата мора да постои во времето на составување на тестаментот. Овде кога станува збор за моментот според кој треба да постои причината за исклучување и да се цени полноважноста на исклучувањето, сметам дека потребно е да има промена. Така, сметам како што во трудот стана збор, треба да се предвиди, дека причината за исклучување мора да постои во времето на составување на тестаментот „или по исклучок, во времето на смртта на оставителот.

Може да се случи, да постои спор во однос на основаноста на исклучувањето. Ова, особено ако завештателот не ја навел причината поради која го исклучува наследникот. Така, имајќи го предвид Законот за наследувањето, должноста за докажување дека се работи за основано исклучување, лежи на оној на кој се повикува на исклучувањето. Додека што се однесува до самите последици од исклучувањето, согласно законот, наследникот ги губи наследните права во мерката во која е исклучен, додека што се однесува до правата на останатите лица кои можат да го

наследат оставителот, се определуваат како исклучениот да умрел пред оставителот.

Имено, исклучувањето од наследство, како граѓанско – правна казна, има значење за завештателот, за да си ја оствари својата волја.

Risto Ilioski, PhD
Assistant Professor, Faculty of Law,
MIT University, Republic of Macedonia

SPECIFICITY AND DILEMMAS WITH REGARD TO THE EXCLUSION OF THE COMPULSORY HEIRS

Abstract: *The testator can, to exclude the compulsory heir from heritage, under certain conditions and the form provided in the law. Besides the exclusion from heritage, in our positive inheritance law, the testator can, law abiding, the predicted conditions and form, to perform and deprivation of the right to compulsory share for the benefit of the descendants. This paper will focus on the exclusion from heritage (exheredatio nota causa), as inheritance – legal institution. Namely, the aim of this paper is to carry out a conceptual determination of the exclusion from heritage, to solves dilemmas regarding of exclusion, to designate the persons who are excluded from heritage, to perceive the scope of this exclusion, and particular attention in the paper is dedicated to the reasons for exclusion from heritage and the point of time as to when necessary to appreciate the existence of a reason for exclusion from heritage. In this context, I think, which will be discussed in the paper, first, that, it is necessary to introduce another case where the testator can to exclude from heritage heir who has the right to compulsory share and secondly, to make certain change regarding of time when will appreciate of reason of exclusion from heritage. In view of the research and study, I think the intention of the paper is achieved.*

Key words: *testator, will, exclusion, compulsory share, reasons, conditions.*

DOPRINOS NOTARA SIGURNOSTI PRAVNOG PROMETA

УДК: 347.961 (497.16)

Original research paper

Apstrakt: Sve države na prostoru ex Jugoslavije ponovo su uvele notarijat u svoj pravni sistem koji je bio ukunut Odlukom AVNOJ-a iz 1944 godine. Ideja o ponovnom uvođenju notara došla je na talasu šireg pokreta javnobilježničke reforme u srednjoj i istočnoj Evropi početkom 90-ih godina prošlog vijeka, nakon pada komunizma u socijalističkim zemljama. U tim tzv. tranzicijskim zemljama u procesu afirmacije vladavine prava i reforme pravosuđa insistiralo se na uvođenju notarijata. Crnogorski zakonodavac se opredijelio za tzv. latinski model notarijata i pored uobičajene nadležnosti za ove javne službenike propisao je notarski zapis kao bitnu formu za pravne poslove kojima se prenosi pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima. Dužnosti notara da tačno utvrdi identitet stranaka, da utvrdi sposobnost za ugovaranje, da razjasni činjenice i ispita volju (namjeru) stranka, da ih poduči o pravnim posljedicama namjeravanog pravnog posla i takve izjave stranaka potpuno, jasno i određeno unese u notarski akt, pružaju dobru garanciju da će pravni posao biti punovažan i da će stranke ostvariti namjeravane pravne posljedice. Pored toga, notarski zapis predstavlja dispozitivnu javnu ispravu koja sadrži pravni posao za koju važi pretpostavka istinitosti sadržaja, a koja u određenim slučajevima može biti i izvršna isprava. Multifunkcionalnost notarske forme ad solemnitatem za ove pravne poslove dopriniće pravnoj sigurnosti u ovoj oblasti, posebno kod ugovora o kupoprodaji nepokretnosti i ugovora o hipoteci, kao najčešćih pravnih poslova koji za predmet imaju nepokretnost.

Ključne riječi: Notarijat.- Notarski zapis.-Pravna sigurnost.

I Zakonsko regulisanje

Notarijat je uveden u pravni sistem Crne Gore Zakonom o notarima 2005. godine.¹⁹³ Time se Crna Gora pridružila većini evropskih i vanevropskih država koje imaju tradiciju u primjeni ovog instituta. Ovdje, za razliku od nekih država koje imaju stogodišnje iskustvo u primjeni notarske službe, nije do sada bilo značajnijeg uticaja notara. U srednjovjekovnim primorskim gradovima (Kotor, Budva, Bar, Ulcinj) koji pripadaju Crnoj Gori bio je vrlo razvijen

* Saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, velibork@ac.me

¹⁹³Sl. list RCG, 68/05.

notarijat, ali je u Staroj Crnoj Gori uticaj notara bio neznatan, u mjeri uticaja mletačkog i austrougarskog prava. Notarijat se nije praktično afirmisao ni dok je Crna Gora bila u Kraljevini Jugoslaviji, odnosno u vrijeme važenja Zakona o javnim bilježnicima iz 1930. godine. Ni u kasnijim državnim aranžmanima u kojima je bila Crna Gora nijesu postojali notari (javni bilježnici). U pravnom sistemu FNRJ, SFRJ i SRJ nije bilo notara. Nakon donošenja Odluke o ukidanju notara 1944. godine i prekida kontinuiteta sa pravom Jugoslavije prije Drugog svjetskog rata, izgrađen je novi pravni i društveni poredak u kojem je dominirala državna, odnosno društvena svojina i planska privreda, a privatna svojina bila je svedena na minimum.

Ideja o ponovnom uvođenju notara u pravni sistem Crne Gore došla je na talasu šireg pokreta javnobilježničke reforme u srednjoj i istočnoj Evropi početkom 90-ih godina prošlog vijeka, nakon pada komunizma u socijalističkim zemljama. U tim tzv. tranzicijskim zemljama u procesu afirmacije vladavine prava i reforme pravosuđa insistiralo se na uvođenju ili privatizaciji notarijata. Taj zahtjev bio je široko podržan od vlada zapadnoevropskih zemalja, pravosudnih organa, pravnih fakulteta, brojnih stručnih udruženja, pojedinaca i međunarodnih strukovnih organizacija, posebno Međunarodne unije latinskog notarijata (UINL) i Vijeća notarijata Evropske unije.¹⁹⁴

Crnogorski zakonodavac, usvajanjem Zakona o notarima, opredijelio se za latinsku koncepciju notarijata. Tzv. latinski model notarijata podrazumijeva pravno uređenu i organizovanu službu koju obavljaju notari kao samostalni i nezavisni profesionalci, fizička lica na koja je država prenijela ovlašćenja da sastavljaju javne isprave koje, pod određenim uslovima, mogu biti izvršni naslovi. Tako su građani i drugi pravni subjekti dobili pravo na slobodan i nezavisan notarijat sa mogućnošću izbora notara od sopstvenog povjerenja.¹⁹⁵ Izbor ovog modela notarijata bio je razumljiv. Tradicija, uporedno iskustvo drugih zemalja i praktični razlozi bili su opredjeljujući da se uvede slobodni latinski notarijat, a ne državna notarska služba. Iako Crna Gora nije imala značajnije iskustvo u funkcionisanju notarske službe, začetke ovog modela notarijata nalazimo u statutima srednjovjekovnih primorskih gradova, a njegov dosljedan pojavni oblik imao je Zakon o javnim bilježnicima Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine.

Međutim, uvođenje notarijata u naš pravni sistem nije opredijelila samo potreba praćenja savremenih pravnih tokova, već je motivisano i povećanjem pravne sigurnosti u poslovima koji su povjereni notarima, potrebom rasterećenja sudova i organa uprave, kao i ubrzanjem pravnog prometa, posebno u poslovanju sa inostranstvom. Jačanje pravne sigurnosti jedan je od značajnih

¹⁹⁴Klaus Woschnak., 'Javnobilježničkareforma u Srednjoj Evropi od 1989. do 1995. iz austrijske perspektive' (39/2013) Javni bilježnik, 9.

¹⁹⁵Stefan Zimmerman, Andreas Schmitz-Vornmoor, 'Javnobilježnička služba u Evropskoj uniji, Filozofija struke i trendovi razvoja, harmonizacija i ujedničavanje' (6/2009) Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, 1224.

razloga koji navode svi predlagači zakona o uvođenju notarijata. Pravna sigurnost, kao jedan od vodećih principa u pravu, podrazumijeva izvijesnost o sadržaju i primjeni pravnih normi koje čine pravni poredak u državi.¹⁹⁶ Notari kao pravni profesionalci sa javnim ovlaštenjima čiji je rad pod nadzorom državnih organa, povećavaju pravnu sigurnost građana i pravnih lica u ostvarivanju i zaštiti prava. Pružanjem stručnih usluga i savjeta oni brinu da opšte pravne norme budu pravilno tumačene i konkretizovane u praksi.

Doprinos povećanju pravne sigurnosti notarska služba ostvaruje na dva načina: davanjem savjeta strankama prilikom sačinjavanja pravnog posla i jačanjem pravne svijesti građana.¹⁹⁷ Podučavanjem, savjetovanjem i pojašnjavanjem posljedica pravnog posla koji stranke sklapaju i nastojanjem da se utvrdi prava volja učesnika, notar prevenira sporove. Kao nepristrasan sastavljač pravnog posla notar brine da stranke ne sklope pravni posao koji bi bio suprotan imperativnim propisima i moralu društva. U slučaju da do spora povodom zaključenog pravnog posla ipak dođe, ponudiće se javna isprava sa punom dokaznom snagom.¹⁹⁸ Zbog toga što notari kao nosioci javnih ovlaštenja određene pravne poslove prethodno provjeravaju i odobravaju, notarijat se označava kao preventivno pravosuđe, odnosno „drugi stub pravosuđa“.¹⁹⁹

Doprinos notara pravnoj sigurnosti razmotrićemo u okviru tri pitanja: 1) obaveze notara da savjetuje stvarne prilikom sklapanja pravnih poslova, 2) obaveze notara da podučava stranke i 3) obavezne forme notarskog zapisa za pravne poslove o prometu nepokretnosti.

II Princip savjetovanja i upozorenja

Sačinjavanje notarskih akata i savjetovanje stranaka osnovni su zadaci notara. Savjetovanje je vezano za nepristrasnost notarske profesije. Nepristrasno poučavanje i podučavanje stranaka esencijalna je dužnost notara, utemeljena još poznatim francuskim Zakonom 25 *Ventôse* iz 1803. godine koji je postavio osnove savremenom modelu latinskog notarijata.²⁰⁰ Iako danas u francuskom pravu, za razliku od njemačkog,²⁰¹ nema o tome izričite odredbe ona je u praksi

¹⁹⁶Vladimir Pezo, (gl. ur.), *Pravni leksikon*(Zagreb 2007)1198.

¹⁹⁷Vidi Marinko Plavšić, 'Historijski razvoj i organizacija notarske službe' u: Enes Bikić, Sefedin Suljević, Meliha Povlakić, Marinko Plavšić, *Notarsko pravo* (Sarajevo 2013) 17 i dalje.

¹⁹⁸Vidi Velibor Korać, 'Dokazna snaga notarskog zapisa' (12/2016) *Pravni život*, 19-33.

¹⁹⁹Christian Seger, *op.cit.*, 20.

²⁰⁰ Detaljnije Dragana Knežić-Popović, 'Zakon Ventôse, kodeks modernog notarijata', *Arhiv za pravne i društvene nauke*, br. 1-2/2009, 49; Uporedi: „Charte constitutive du notariat moderne, la loi française du 25 Ventôse An XI (1803) 22 circonscrit la profession autour du statut d'officier public traditionnellement reconnu au notaire“, Alain Roy, *Notariat et multidisciplinarité: Reflet d'une crise d'identité professionnelle?*(106/2004) *Revue du Notariat*, 8 i literaturu tamo navedenu.

²⁰¹ §24/1 BNotO.

vlo rano i odlučno afirmisana i smatra se esencijalnom karakteristikom francuskog notara.²⁰² Karakterističnim odlukama sudova, prvo iz 1841. godine, a onda više od jednog vijeka kasnije, Kasacioni sud je potvrdio taj stav naglašavajući da je zakon notarima povjerio dostojanstveniju i veću ulogu od davanja svojstva javne isprave aktima koje sačinjavaju, smatra ih savjetnikom bez interesa prema strankama.²⁰³ I na Međunarodnom kongresu latinskih notara, održanom u Meksiku 2004. godine, je zaključeno da je nepristrasnost notara, kao javnog službenika, u svim njegovim aktivnostima, pa i u savjetovanju stranaka, temelj latinskog notarijata koji štiti ne samo učesnike pravog posla, nego i treća lica.²⁰⁴

Notari kao nepristrasni zapisivači volja stranaka dužni su da ih upoznaju o prirodi i obimu njihovih prava i obaveza i da to jasno i nedvosmisleno unesu u notarski akt. To podrazumijeva da notar kroz razgovor sazna, utvrdi i analizira interese stranka, razmotri dopuštene opcije i alternative, otkloni eventualne konflikte interesa i ponudi najpovoljnije rješenje.²⁰⁵

Zakon o notarima Crne Gore, po ugledu na uporedno zakonodavstvo,²⁰⁶ sadrži odredbu o podučavanju stranaka koja se odnosi na dva pravila: ispitivanje volje stranaka i njeno unošenje u notarski akt. Prije nego pristupi sačinjavanju notarskog akta notar ima obavezu da ispita pravu volju stranaka i da ih poduči o pravnim posljedicama koje proizvodi pravni posao koji namjeravaju da zaključe.²⁰⁷ Ispitivanje prave volje stranaka obično započinje pripremnim razgovorom koji notar vodi u svojoj kancelariji gdje nakon izjava učesnika pravnog posla postavlja pitanja i razmatra podatke koji su mu ponuđeni. Notar treba prvo da sazna relevantne podatke o pravnom poslu koji stranke žele da bi mogao da pruži pouku i poduku. To ne znači da treba nekritički da slijedi izjave

²⁰² Jean-François Pillebout, Jean Yaigre, *Droit professionnel notarial* (Paris 2012), 129.

²⁰³ „Les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner l'authenticité aux actes qu'ils rédigent, dans son esprit et dans ses motifs memes, la loi qui les institue a etendu leur conférer un role plus digne et plus élève, elle les considere comme des conseils désintéressés des parties“, Cass., 3 aout 1958: S. 1959, 1, 350, citirano prema J.-F. Pillebout, J. Yaigre, *op.cit.*, 8; Još u *l'exposé des motifs* za Zakon 25 ventôse savjetnik *Real* određuje notare kao savjetnike bez interesa prema strankama i kao nepristrasne redaktore njihove volje „...conseils désintéressés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté...“ J.-F. Pillebout, J. Yaigre, *op.cit.*, 7.

²⁰⁴ (Conclusions (1), Theme I, Impartiality of the Notary: ensuring certainty in contractual relationship, XXIV International Congress of the Latin Notariat, Mexico City, October 2004) dostupno na adrsi <http://www.docstoc.com/docs/46413499/XXIV-INTERNATIONAL-CONGRESS-OF-T>, pristup ostvaren 03.10.2013. godine.

²⁰⁵ Christoph Schalast, u: Povlakić, M. *et al.*, *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, (Sarajevo 2009), 14.

²⁰⁶ Uporedi § 17/1 Zakona o sastavljanju isprava Njemačke (BeurKG) koji propisuje da notar istražuje volju stranaka, razjašnjava činjenično stanje, poučava stranke o pravnim posljedicama pravnog posla i jasno i nedvosmisleno bilježi njihove izjave.

²⁰⁷ Član 48. st. 1. Zakona o notarima.

stranaka, već da kroz razgovor sa njima provjeri njihovo razumijevanje konkretnog pravnog posla.²⁰⁸ On prilikom izvršavanja ove obaveze treba da pronade najpovoljnije rješenje za stranke da ostvare namjeravanu svrhu sa što manje troškova; na primjer, da ne zaključuju predugovor prije zaključenja glavnog ugovora ako za to nema opravdanog razloga.²⁰⁹ Pri tome treba da razjasni njihove izjave i da ih upozori kad smatra da su one nejasne, nerazumljive i dvosmislene, sa izričitom obavezom da stranke upozori na moguće pravne smetnje i sudske sporove do kojih može doći zbog takvih izjava. Njegova je obaveza da otkloni sve nejasnoće, zablude i sumnje, a posebno da pouči i zaštiti neiskusne i nevješte stranke.²¹⁰ Notar treba da utvrdi koja je strana slabija i da obezbijedi da ona ne bude pretjerano ugrožena. To je „izjednačavajuća uloga“ notara koja se ispoljava u uspostavljanju ravnoteže između stranaka u slučaju disbalansa zbog ekonomskih, obrazovnih, zdravstvenih i drugih razloga.²¹¹ Ako stranke i pored upozorenja notara insistiraju da takve njihove izjave ostanu, notar ih mora unijeti u akt koji sačinjava, ali će u njemu istovremeno navesti činjenicu da ih je upozorio na posljedice takvih izjava.²¹²

Pravi se razlika između opštih i posebnih pouka koje je notar dužan da daje.²¹³ Opšta dužnost savjetovanja odnosno poučavanja propisana je zakonom i obavezuje notara u svim poslovima, a posebna se odnosi na određene pravne poslove gdje je notar dužan da ukaže na posebne rizike koji se odnose na konkretni pravni posao. Među opšte pouke navodi se ukazivanje strankama na prirodu pravnog posla, pravne pretpostavke koje moraju biti ispunjene za njegovu punovažnost, dejstva i posljedice koje proizvodi pravni posao, očekivanja i razvoj pravnog posla, manjkavosti u pogledu zastupanja ili davanja odobrenja za sklapanje pravnog posla, uz posebnu obavezu notara da strankama ukaže na primjenu imperativnih propisa. Posebna poučavanja zavise od vrste pravnog posla i odnose se, na primjer, na podatke o nepokretnostima u javnim knjigama, na potrebu da se zaključeni sporazum, za koji se plaća porez, treba prijaviti nadležnom organu, na obavezu da je kod sklapanja dvostranih ugovora neophodno prisustvo obje stranke, na postojanje prečeg prava kupovine i sl.²¹⁴

Što se tiče unošenja izjava o pravnom poslu u notarski akt moglo bi se reći da taj postupak ima tri faze. Prvo notar jasno, potpuno i određeno unosi

²⁰⁸Vesna Rijavec, 'Civilnopravna odgovornost notariev' (11/98) Pravna praksa, III.

²⁰⁹Vesna Softić u: Povlakić, M. et al. *Komentar zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, 185.

²¹⁰Vesna Softić, *op. cit.*, 177.

²¹¹Ola Jingryd, 'Impartial Contract-Engineering in Real Estate Transactions', *The Swedish Broker and the Latin Notary*, (Stockholm 2008), 112, dostupno na adresi https://www.mah.se/upload/FAKULTETER/TS/TS_old/Utbildning/SFAMH/US/Olasavhandling.pdf, pristup ostvaren 03.03.2014. godine.

²¹²Član 48. st. 3. Zakona o notarima.

²¹³Vesna Rijavec, *op. cit.*, str. III i IV.

²¹⁴*Ibid.*

izjave stranka u akt koji sačinjava, zatim strankama čita tekst izjava koje je zapisao, a onda neposrednim pitanjima provjerava da li sadržaj notarskog akta odgovara volji stranaka.²¹⁵ Preciziranjem izjava stranaka, razjašnjavanjem pravnih pitanja i pojašnjenjem pravnih dejstava posla koji stranke žele preveniraju se sudski sporovi povodom sačinjavanja notarskog akta.

Notar se ne može osloboditi obaveze savjetovanja, bez obzira na kompetentnost stranaka²¹⁶ ili činjenicu da one imaju advokata ili drugog stručnog konsultanta koji im pomaže u pregovaranju i sačinjavanju pravnog posla. Ali, obim savjetovanja će svakako zavisiti od kompetentnosti stranka, vrste i prirode pravnog posla i valjanosti priložene dokumentacije. U tom pogledu on strankama treba da pruži „istu snagu oružja“. Ako je jedna ugovorna strana profesionalac (na primjer, banka ili prodavac stanova za tržište) a druga neiskusna potrošač (kupac stana, korisnik kredita) onda će notar posebnu pažnju obratiti na zaštitu slabije strane.²¹⁷

U pravnoj teoriji i sudskoj praksi obaveza savjetovanja notara razdvaja se „na obavezu objašnjavanja strankama i obavezu ličnog istraživanja“.²¹⁸ Obaveza objašnjavanja podrazumijeva pružanje kompletnih informacija strankama o pozitivnim i negativnim posljedicama pravnog posla, tumačenje pojedinih stručnih izraza, davanje odgovora na postavljena pitanja, kao i pojašnjavanje i drugih posljedica, pogodnosti i nepogodnosti pravnog posla koje nisu pravnog karaktera (ekonomski efekti, fiskalne dažbine, administrativne obaveze i sl.).²¹⁹ Ima mišljenja da notar nije dužan da podučava stranke o ekonomskim efektima pravnog posla i ekvivalentnosti davanja,²²⁰ da nema obavezu savjetovanja o ekonomskim i fiskalnim posljedicama namjeravanog pravnog posla.²²¹ Smatramo da notar prvenstveno treba da ukaže na manjkavosti koje dovode do ništavosti ili rušljivosti pravnog posla, ali može, naročito kad se radi o nekoj ili neiskusnoj stranci ukazati i na druge posljedice preduzetog

²¹⁵ Član 48. st. 2. Zakona o notarima.

²¹⁶ Uporedi: „Le notaire n'est pas déchargé de son devoir de conseil par les compétences personnelles de son client“ (Cass. 1e civ. 28 novembre 1995 n° 93-15.659), dostupno na adresi <http://www.conseil-droitcivil.com/article-droit-civil-1025-La-responsabilite-civile-du-notaire.html>, pristup ostvaren 03.05.2014. godine.

²¹⁷ Meliha Powlakić, 'Odgovornost notara za prouzrokovanu štetu u obavljanju notarske službe', *Referat na stručnoj Konferenciji – Uloga i perspektiva notarske službe u BiH* (Sarajevo 2013) 10.

²¹⁸ Dragana Knežić-Popović, 'Nepriistrasnost javnog beležnika', 540.

²¹⁹ Marko Đurđević, 'Notarijat i ugovori', u: Dragor Hiber (ur.), *Javnobeležničko pravo* (Beograd 2006), 222.

²²⁰ Vesna Rijavec, *op.cit.*, str. III; Ovaj stav je zaspupljen u njemačkoj literaturi, vidi Rolf Gaupp, *Die Unparteilichkeit des Notars: Eine garantie des vertragsrechts (Thema I), XXIV. KONGRESS DES LATEINISCHEN NOTARIATS BERICHT DER DEUTSCHEN DELEGATION, 2003*, 31, fn. 28 i literaturu tamo navedenu. Na istom stanovištu stoji i švajcarska teorija.

²²¹ Vidi N. Frenz, u: Hrost Eylman, Hans-Dieter Vaasen (Hrsg.), *Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz: BNotO BeurkG, Kommentar*, (München 2011), 1146, br. 18 i 19 za §17 BeurkG.

pravnog posla. U svakom slučaju, notar „ne sme biti pasivni i ćutljivi sastavljać isprave“, već aktivni sudionik koji ima zadatak da nadomjesti neznanje stranaka, da ih stručno podučić i onda kad one misle da to nije potrebno ili da se radi o opštepoznatim ćinjenicama.²²² Na isti naćin postupiće notar i u slućaju kad stranke podnesu gotov nacrt pravnog posla.²²³ To što je nacrt pravnog posla saćinio advokat ili drugi pravni stručnjak ne oslobađa notara obaveze da ispita stvarnu volju stranka i ukaže na pravne posljedice koje taj pravni posao proizvodi. Cjelovito i kompetentno razjašnjjenje svih relevantnih elementa i ćinjenica pravnog posla sprjećava rizike njegove nepunovažnosti i djelotvornosti i obezbjeđuje pravne pretpostavke da notarski akt bude izvršen kako glasi. Zadatak notara je da stranke budu potpuno informisane i pravno podučene.

Da bi notar mogao strankama da objasni prirodu i posljedice pravnog posla koji namjeravaju da sklope, ćesto je potrebno da se on upozna, odnosno da sam preduzme odrećena istraživanja radi kompletiranja informacija koje nije iz raznih razloga mogao dobiti od stranka ili su mu one pogrešno predoćene. Doktrina lićno istraživanje notara, kao drugi dio obaveze savjetovanja stranaka, rasćlanjuje na tri elementa: 1) provjeru taćnosti informacija koje su dale stranke, 2) utvrćivanje sposobnosti stranaka koje namjeravaju da saćine pravni posao i 3) provjeru svih dokumenata na osnovu kojih treba da se saćini notarski akt.²²⁴

Obaveza savjetovanja povezana je sa obavezom upozorenja koju notar ima u slućaju kad smatra da stranka nema pravo da sklopi odrećeni pravni posao.²²⁵ Ona djeluje preventivno i treba da otkloni svaku neizvijesnost u pogledu punovažnosti pravnog posla i iskljući mogućnost kasnijeg nastanka spora i voćenja parnice.²²⁶ Tako, na primjer, u slućaju kad jedan od zajednićara insistira da zakljući ugovor o prodaji notar treba da ga upozori i podučić da je za prenos prava zajednićke svojine potrebna saglasnost svih zajednićara; ili da roditelji ne mogu otućiti nepokretnost djeteta bez saglasnosti organa starateljstva.²²⁷ Time je sada gotovo iskljućena mogućnost da jedan od suprućnika bez saglasnosti drugog otući pravo iz zajednićke imovine ili optereti stvar koja je predmet zajednićke svojine, što je ranije u praksi bio ćest slućaj. Ako stranka i pored upozorenja notara insistira da on saćini notarski akt o pravnom poslu koji zahtijeva, notar će ga sastaviti, ali će u aktu naznaćiti da je stranku upozorio na posljedice manjkavosti pravnog posla. U slućaju da se stranka tome protivi notar će odbiti sastavljanje notarskog akta, kao što će ga

²²² Dragana Knezić-Popović, ‘Nepriistrasnost javnog beležnika’ 540.

²²³ Vesna Softić, *op.cit.*, 178.

²²⁴ Dragana Knezić-Popović, ‘Nepriistrasnost javnog beležnika’ 540.

²²⁵ Ćlan 29. st. 1. Zakona o notarima.

²²⁶ Aleksandar Jakšić, ‘Notarijat kao javna slućba’, u: D. Hiber, (ur.), *Javnobeležnićko pravo* (Beograd 2006), 101.

²²⁷ Uporedi Vicko Pranćić, ‘O dućnosti poduzimanja i uskrati slućbene radnje javnog bilježnika’ (4/2008) Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 1112.

odbiti i u slučaju kad je sačinjavanje takvog akta zakonom izričito zabranjeno.²²⁸

U slučaju propuštanja notara da izvrši obavezu savjetovanja i upozorenja stranaka u toku postupka sačinjavanja notarskog akta mogu nastupiti negativne posljedice. To prije svega može dovesti do toga da stranke zaključče nepunovažan pravni posao. Zbog toga može nastati šteta za koju će biti odgovoran notar. Pored imovinskopravne odgovornosti notar može, zbog neobavljanja poslova u skladu sa zakonom, odgovarati disciplinski, a nije isključena ni krivičnopravna odgovornost.

III Princip podučavanja stranaka

Nakon pripreme faze, u kojoj se provjerava da li su ispunjeni zakonski uslovi za sačinjavanje pravnog posla u formi notarskog zapisa, notar pristupa stadijumu pismene redakcije pravnog posla. Sastavljanje notarskog zapisa notar vrši po kazivanju stranaka. On utvrđuje njihovu pravu volju i unosi je u ispravu koju sačinjava pazeći da li je sadržina pravnog posla u skladu sa zakonom. I ovdje notar, kao i u pripremnom stadijumu, provjerava ispunjenost uslova za punovažnost pravnog posla. Formulacije treba da su nedvosmislene, jasne i da ne zahtijevaju tumačenje.²²⁹

Možda najvažniji segment notarskog posla u ovoj fazi sačinjavanja notarskog akta jeste njegova obaveza da podučava i upozori stranku o pravnim posljedicama namjeravanog pravnog posla. Preduzimanjem radnji koje čine sadržinu ove obaveze notara u najvećoj mjeri se ostvaruje svrha notarske forme. U njemačkoj literaturi se navodi da odredbe o poučavanju stranaka predstavljaju srž zakona²³⁰ i primjenjuju se samo na postupak sačinjavanja notarskih zapisa o pravnim poslovima i izjavama volje.²³¹ Princip podučavanja stranaka proizlazi iz izvornih javnih ovlašćenja notara i kao takvog ga nije moguće sporazumom eventualno mijenjati.²³² Oblikovanje (kreiranje) savjeta je suštinski dio postupka sačinjavanja isprave. Savjet mora da bude ne samo tačan nego i prikladan, svrsishodan i koristan.²³³

Princip podučavanja stranaka se sastoji od obaveza notara da 1) razjasni činjenice, 2) da ispita volju (namjeru) stranka, 3) podučih ih o pravnim

²²⁸ Član 28. st. 2. i 3. Zakona o notarima.

²²⁹ Vidi Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *Kommentar zur Notariatsordnung* (Wien 2006), 243 br. 14 za § 52.

²³⁰ „Die Vorschrift stellt das Kernstück des Gesetzes dar“. N. Frenz, u: H. Eylmann, H.-D. Vaasen, *op.cit.*, 1139, br. 1 za § 17 BeurkG.

²³¹ N. Frenz, u: H. Eylmann, H.-D., Vaasen, *op.cit.*, 1139 i 1140, br. 1 i 3 za § 17 BeurkG.

²³² Uporedi N. Frenz, u: H. Eylmann, H.-D. Vaasen, *op.cit.*, 1145, br. 16 za § 17 BeurkG.

²³³ Christian Armbrüster, u: Christian Armbrüster, Nicola Preuss, Tomas Renner, *Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, BeurkG, DONot – Kommentar*, (Berlin 2009), 272, br. 15 za § 17 BeurkG.

posljedicama namjeravanog pravnog posla i 4) takve izjave stranaka potpuno, jasno i određeno unese u notarski akt.²³⁴ Dužnosti iz člana 48 Zakona notar mora ispuniti lično.²³⁵ One se ne mogu delegirati na nekog drugog ili na zaposlenog u notarskoj kancelariji.

1) *Razjašnjavanje činjenica*. Ispitivanje i utvrđivanje volje učesnika postupka sačinjavanja notarskog akta, a samim tim i podučavanje stranaka je jedino moguće ako notar razjasni sve činjenice. Utvrđivanje činjenica je osnov za pravilno podučavanje.²³⁶ Notar će tačnost činjeničnih tvrdnji stranaka sam ispitivati. On treba da pouči stranke o značenju pravnih termina koje koriste i da li ih koriste u pravom značenju.²³⁷

2) *Ispitivanje volje stranaka*. Isprava treba da odražava stvarnu volju (namjeru) stranaka. Tako je dužnost notara da utvrdi da li pravna terminologija koju stranka koristi, ako je koristi, zaista odgovara njenoj volji.²³⁸ I notar se ne oslobađa dužnosti utvrđivanja prave volje stranaka i ako su stranke savjetovane (ili im je, na primjer, sačinjen ugovor) od strane kvalifikovanog lica.²³⁹

3) *Podučavanje o pravnim posljedicama namjeravanog pravnog posla*. Notar mora učesnicima pojasniti pravni značaj njihovih izjava i neposredne pravne uslove za nastanak namjeravanog pravnog uspjeha. Pouka obuhvata sve aspekte koji su po stvarnoj volji učesnika potrebni za realizaciju formalno važeće (valjane) isprave.²⁴⁰ Ovaj princip je u određenoj mjeri ograničen, jer notar nema obavezu podučavanja i savjetovanja o ekonomskim ili fiskalnim posljedicama konkretnog pravnog posla.²⁴¹ Radi se o indirektnim posljedicama pravnog posla u koje spada i mogućnost pobijanja pravnog

²³⁴ Vidi čl. 48. st. 1. i 2. Zakona o notarima; Uporedi Christian Armbrüster, u: Ch. Armbrüster, N. Preuss, T. Renner, *op.cit.*, 273, br. 17 za § 17 BeurkG.

²³⁵ Tako Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *op.cit.*, 240 br. 1 za § 52; N. Frenz, u: H. Eylmann, H.-D. Vaasen, *op.cit.*, 1140, br. 2 za § 17 BeurkG; Ch. Armbrüster, u: Ch. Armbrüster, N. Preuss, T. Renner, *op.cit.*, 279, br. 43 za § 17 BeurkG.

²³⁶ Uporedi Kurt Wagner, Gerhard Knechtel, *op.cit.*, 242, br. 8 za § 52.

²³⁷ C. Armbrüster, u: C. Armbrüster, N. Preuss, T. Renner, *op.cit.*, 273, br. 20 za § 17 BeurkG.

²³⁸ N. Frenz, u: H. Eylmann, H.-D. Vaasen, *op.cit.*, 1141, br. 5 za § 17 BeurkG.

²³⁹ Uporedi C. Armbrüster, u: C. Armbrüster, N. Preuss, T. Renner, *op.cit.*, 274, br. 21 za § 17 BeurkG.

²⁴⁰ N. Frenz, u: H. Eylmann, H.-D. Vaasen, *op.cit.*, str. 1143, br. 9, za § 17 BeurkG. Uporedi: „U pravni domet izjave volje se računaju pravne pretpostavke koje su neophodne da se postigne kako željeni uspjeh tako i željeno dejstvo (posljedice) tog posla, odnosno da se stranke upozore na mogućnost nastupanja neželjenih pravnih posljedica.“ Vesna Softić, u: M. Powlakić, *et al.*, *Komentar Zakona o notarima u Bosni i Hercegovini*, 180 bez pozivanja. Uporedi: „Poučavanje stranaka o domašaju pravnog posla znači da javni beležnik mora da im razjasni pravni značaj njihove izjave i sve pravne pretpostavke neophodne da bi nastupilo pravno dejstvo kojem one teže. Pri tome, notar je posebno dužan da stranke upozori na eventualne smetnje koje bi mogle da spreče željeni pravni efekat ili da ga umanje.“ Dejan Đurđević, *Javnobeležnička delatnost* (Beograd 2014), 83 i pozivanje na praksu njemačkog Saveznog vrhovnog suda.

²⁴¹ Vidi N. Frenz, u: H. Eylmann, H.-D. Vaasen, *op.cit.*, str. 1146, br. 18 i 19 za § 17 BeurkG.

posla.²⁴² Ističe se da notar nije dužan da pribaviocu ukaže na mogućnost pobijanja pravnog posla od strane povjerilaca prenosioca, jer se radi o činjenicama koje su irelevantne za nastanak pravnog posla.²⁴³

IV Notarska forma *ad solemnitatem* kao doprinos pravnoj sigurnosti

Crnogorski zakonodavac usvojio je rješenje o obaveznoj formi notarskog zapisa za pravne poslove čiji je predmet prenos prava svojine i drugih stvarnih prava na nepokretnostima. Rješenje o notarskoj formi *ad solemnitatem* za ove pravne poslove predstavlja praktično najznačajniju novinu u radu notarske službe.²⁴⁴ Propisivanje notarskog zapisa kao bitne forme za pravne poslove kojima se prenosi pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima ima, po našem mišljenju, puno opravdanje. Pošto se radi o stvarima veće vrijednosti i značajnom privrednom resursu regulisanom većim brojem propisa čiji je promet često predmet sudskih sporova, notarski zapis je najoptimalnija forma za ugovore kojima se prenose prava na ovim stvarima. Ovakav stav zastupa se u pravnoj teoriji nekih drugih država bivše SFRJ koje su prihvatile slično rješenje. Ovo rješenje Zakona o notarima dopriniće pravnoj sigurnosti u ovoj oblasti, posebno kod ugovora o kupoprodaji nepokretnosti i ugovora o hipoteci, kao najčešćih pravnih poslova koji za predmet imaju nepokretnost. Time će se u znatnoj mjeri otkloniti očigledne slabosti evidencije nepokretnih stvari u javnom registru. Katastar nepokretnosti još uvijek nije izrađen za cijelu teritoriju države, dešavaju se i netačni podaci, a i ažurnost nije potpuna. Stoga će notari doprinijeti sigurnosti u prometu prava na nepokretnosti, provjeravati vlasništvo prenosioca, ažurirati upise u katastar i sprječavati višestruke prodaje. Obaveznom formom notarskog zapisa zamijenjena je ranija privatna isprava o pravnom poslu kojim se prenose prava na nepokretnostima javnom ispravom koja može biti i izvršni naslov. Otklonjena je ranija praksa da ugovore o nepokretnostima sačinjavaju same stranke na obrascima, nadripišari i agencije za posredovanje u prodaji gdje često nije poštovano pravo preče kupovine, postojanje zajedničke svojine bračnih drugova, pravni i materijalni nedostaci, što je uzrokovalo brojne parnice o poništenju ugovora. Pored obaveze da sačinjavaju notarske zapise ugovora o nepokretnostima, notarima se mogu voljom stranaka povjeriti i drugi poslovi u vezi sa nepokretnostima, kao što je neposredan uvid u javni registar,

²⁴²C. Armbrüster, u: C. Armbrüster, N. Preuss, T. Renner, *op.cit.*, str. 277, br. 31 za § 17 BeurkG.

²⁴³Dejan Đurđević, *Javnobeležnička delatnost*, 88. Njemačka teorija u ovim slučajevima govori da se radi o podučavanjima koja su „nasumična“ (*ins Blaue hinein*), štaviše, mogu biti štetna ako skreću pažnju učesnika sa bitnih tačaka. Vidi C. Armbrüster, u: C. Armbrüster, N. Preuss, T. Renner, *op.cit.*, 275 br. 25 i 277 br. 30 za § 17 BeurkG i pozivanje.

²⁴⁴Velibor Korać, 'Notarial form ad Solemnitatem in Montenegrin Law'(3/2016) *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, 221-240.

pribavljanje saglasnosti trećeg, kontrolisanje dospelosti cijene, isplata cijene preko notarskog računa za stranke, podnošenje zahtjeva za uknjižbu, predbilježbu i zabilježbu u katastru nepokretnosti. Sada notari provjeravaju da li je prodavac odnosno drugi prenosilac stvarnog prava isključivi vlasnik ili se radi o pravu svojine više lica (zajedničara). Time on prevenira parnice koje su se često vodile u slučaju kad jedan bračni drug otuđi ili založi nepokretnost bez znanja drugog bračnog druga. Isto tako, on može provjeriti poreski dug koji tereti odnosnu nepokretnost kao i tzv. režijske obaveze (naknada za utrošenu struju, vodu, komunalne usluge) koje prenosilac prava na toj nepokretnosti nije izmirio. Ovim rješenjem će se ubuduće eliminisati vanknjižno vlasništvo koje ranije nije bilo rijetkost, jer su se ponekad, naročito u periodu dominacije društvene svojine, zaključivali kupoprodajni ugovori ili ugovori o poklonu ali na osnovu njih nije vršen upis prava svojine u javne knjige. Uz to, obavezna notarska forma obezbjeđuje uredno izvršavanje poreskih obaveza u vezi sa prometom nepokretnosti, pošto notar primjerak notarskog zapisa dostavlja nadležnom poreskom organu. Dalje, notar prilikom sačinjavanja zapisa o sticanju stvarnih prava na nepokretnostima kontroliše obim prava stranaca da stiču pravo svojine na nepokretnostima u Crnoj Gori i istovremeno provjerava klijenta kad postoji rizik od pranja novca ili finansiranja terorizma.

CONTRIBUTION OF NOTARY TO THE CERTAINTY OF LEGAL TRANSACTION

***Abstract:**All countries in the territory of the former Yugoslavia re-enacted notariat into their legal system, which was abolished by the AVNOJ Decision of 1944. The idea of re-introducing notaries came on a wave of a wider movement of public notaries' reform in Central and Eastern Europe beginning of 90s of the last century, following the fall of communism in socialist countries. In these so-called transition countries in the process of affirmation of the rule of law and judiciary reform the emphasis was on introduction or privatization of notaries. That request was widely supported by the governments of the Western European countries, judiciary authorities, faculties of law, numerous professional associations, individuals and international vocational organizations, especially by International Union of Latin Notaries (UINL) and the Council of the Notariats of the European Union (CNUE). Montenegrin legislator adheres to the Latin concept of notary service and, besides usual jurisdiction for these civil servants, prescribed a notarial deed as an essential form for legal transactions for transferring ownership and other in rem rights on immovable property. Obligations of the notary to accurately establish the identity of the parties, to determine the ability to contract, to clarify facts, examine the will (intention) of parties, instruct them on legal consequences of intended legal transaction and fully, clearly and specifically to enter such statements of the parties into the notarial act, provides a good guarantee that legal transaction will be valid and that the parties will achieve the intended legal consequences. In addition, the notary deed represents dispositive (constitutive) public document for which there is assumption of content accuracy, and which in certain cases may also be an enforceable document. Multifunctionality of a notarial form ad solemnitatem for these legal transactions will contribute to legal certainty in this area, especially in the case of immovable property sale and hypothec contracts, as the most common legal transactions whose subject is transfer or acquisition of ownership or other in rem rights on immovable property*

Key words: Notary.- Notary deed.– Legal certainty.

НОТАРСКИ ПЛАТЕН НАЛОГ

УДК: 347.961.3/4 (497.7)

Review paper

Абстракт: *Нотарскиот платен налог е нов институт во македонското законодавство, кој се вовеле со Законот за нотаријатот донесен во месец април 2016 година (Сл. весник на РМ бр, 72/16 и 142/16). Овој институт започна со примена од 1 јануари 2017 година, како изворна надлежност на нотарот уредена со Законот за нотаријатот. Пред започнувањето со примена на овој нов институт, нотарот постапуваше во двојна улога и тоа како повереник на судот во доверените извршни предмети и изворно по предлозите за донесување на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа поднесени од доверителите директно кај нотарот. Начинот на постапување во овие случаи беше уреден со измените и дополнувањата на Законот за извршување (Сл. Весник на РМ бр. 83/09), кој се применуваше од 1 јули 2011 година. Бидејќи станува збор за изворна надлежност на нотарот при постапувањето во оваа постапка, логично и целисходно беше оваа материја да се уреди во Законот за нотаријатот, каде ќе биде уредена целокупната постапка за примена на овој нов институт. Тоа се направи со новиот Закон за нотаријатот, кој во посебна глава ги разработува и уредува начинот и условите за издавање на нотарски платен налог, а посебно содржината на предлогот за издавање на решение за нотарски платен налог, основот за издавање на решение за нотарски платен налог, приговорот против решението, потврдата за правосилност и извршност и нејзино укинување, формата и содржината на решението за нотарски платен налог и начинот на достава на писмена.*

Клучни зборови: *нотар, нотарски платен налог, решение, печат и потпис на адвокат, приговор, клаузула на правосилност и извршност, достава.*

I. Вовед

Нотарскиот платен налог е нов институт во македонскиот правен систем, воведен и уреден со Законот за нотаријатот²⁴⁵ донесен во месец април 2016 година, а кој започна со примена од 1 јануари 2017 година. Поточно во глава V од законот, комплетно е уредена постапката за издавање на нотарски платен налог, која всушност ја заменува досегашната постапка за донесување на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа, која нотарот ја спроведуваше според одредбите на Законот за извршување.

Голем дел од одредбите на Законот за извршување кои ја уредуваа оваа постапка се преземени и преточени во Законот за нотаријатот, со одредени допрецизирања кои се покажаа за потребни во досегашната пракса на нотарите, а дел од одредбите се комплетно нови решенија кои предизвикаа поинаков тек на оваа постапка, која во суштина не е нова постапка во нашиот правен систем.

Во натамошниот текст на овој труд, ќе бидат наведени новините предвидени со новиот Закон за нотаријатот (во понатамошниот текст ЗН), кои се однесуваат на постапката за издавање на нотарски платен налог, со краток осврт на дилемите и спорните прашања кои произлегоа од досегашната примена (неполна една година) на одредени одредби.

II. Новини во постапката за издавање на нотарски платен налог

Како што е напоменато во воведот, нотарскиот платен налог е нов институт, но не и нов инструмент за наплата на пристигнати парични побарувања, туку со последниот Закон за нотаријатот конечно го доби вистинскиот назив и место на уредување, што е сосема оправдано бидејќи веќе шест години претходно беше во исклучива надлежност на нотарот, а од друга страна се разграничи од судскиот платен налог. Бидејќи постапката за издавање на нотарски платен налог во суштина е постапка за издавање на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа, во натамошниот текст ќе бидат изнесени само законските решенија кои битно се разликуваат од претходните решенија кои ја уредуваа оваа постапка.

*Нотар во Куманово.

²⁴⁵Законот за нотаријатот е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 72 од 12.4.2016 година. Овој закон влезе во сила осмиот ден од денот на објавувањето во „Службен весник на Република Македонија“, а требаше да започне да се применува по четири месеци од денот на неговото влегување во сила. Со Законот за изменување на Законот за нотаријатот објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 142 од 1.8.2016 година, примената на Законот за нотаријатот се одложи од 1.1.2017 год.

➤ **Постапка за издавање на нотарски платен налог**

1) Ново законско решение е член 68 став (2)²⁴⁶ од ЗН, во кое таксативно е утврдено кои поднесоци во текот на постапката за донесување на решение за издавање на нотарски платен налог задолжително треба да бидат составени од адвокат и да содржат адвокатски печат и потпис, освен доколку доверител е Република Македонија која ја застапува државниот правобранител согласно со Законот за државното правобранителство. Тоа значи дека предлозите за донесување на решение за нотарски платен налог како и редовните правни лекови, задолжително ги составува адвокат и содржат адвокатски печат и потпис. Од ова правило се предвидени исклучоци во три ситуации, и тоа:

1) кога доверител е Република Македонија,

2) за парични побарувања по фактури кои произлегуваат од комунални сметки и тоа:

- за вода, смет и одржување на заеднички простории за парично побарување од веродостојна исправа до 2.000,00 денари,

- за електрична или топлинска енергија за парично побарување од веродостојна исправа до 6.000,00 денари,

- за телефонија, мобилни оператори или кабелски оператори за парично побарување од веродостојна исправа до 2.000,00 денари, се поднесува непосредно до нотарот.

Меѓутоа, за ваков вид предлози за издавање на решение за нотарски платен налог треба да се има предвид дека според член 240 став (1) од Законот за извршување²⁴⁷, доверителот е должен пред да поднесе предлог за донесување на нотарски платен налог, непосредно да поднесе барање за вонсудска наплата на долг преку Комората на извршители.

²⁴⁶Според член 68 став (2) од Законот за нотаријатот „Предлог за издавање на решение за нотарски платен налог врз основа на веродостојна исправа, приговорот против решението со кое е издаден нотарски платен налог или по однос на одлуката за трошоците, приговорот против решението на нотарот со кое се отфрла предлогот како неуреден, предлогот за укинување на потврдата на правосилност и извршност, приговорот против решението на нотарот за укинување на потврдата за правосилност и извршност, приговорот против одлуката на нотарот со која се одбива предлогот за укинување на потврдата на правосилност и извршност, жалбата против решението на судот, задолжително ги составува адвокат и содржат адвокатски печат и потпис, освен доколку доверител е Република Македонија.”

²⁴⁷Законот за извршување е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 72 од 12.4.2016 година. Законот за изменување на Законот за извршување е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 142 од 1.8.2016 година.

Кога станува збор за комуналните услуги значајна новина е измената на член 27 став (3) од Нотарската тарифа²⁴⁸, според кој за платните налози за комунални услуги кога должник е физичко лице (струја, вода, парно, смет, тековно одржување на заеднички простории во етажна сопственост), нотарот има право на награда во износ од 10% од вредноста на вкупното побарување зголемено за износот на надоместокот за судска такса и за реалните трошоци. Во овој член не се опфатени телефонија, мобилни оператори и кабловски оператори и не се однесува на правните лица како должници.

3) кога доверители се правни лица (банка, штедилница, финансиско друштво и др.) за износите на побарувањето кој не го надминуваат износот од 10.000 евра во денарска противвредност.

Тоа значи дека во овој случај доверителите до нотарот доставуваат предлог за издавање решение за нотарскиот платен налог составен од нивните стручни служби, меѓутоа доколку побарувањето е поголемо од 10.000 евра, во денарска противвредност, во таков случај предлогот треба да биде составен од адвокат.

Во случај кога предлогот за издавање на нотарски платен налог не е составен согласно член 68 став (2) од ЗН, нотарот ќе постапи согласно со член 71 став (5) од истиот закон, односно предлогот ќе го врати на доверителот или адвокатот како полномошник на доверителот да го уреди според дадените насоки во рок од осум дена од денот на приемот на известувањето. Ако доверителот или адвокатот како полномошник на доверителот не го достави предлогот во определениот рок, нотарот ќе донесе решение со кое предлогот ќе се смета за повлечен.

2) Видовите на веродостојни исправи сега се сведуваат само на: фактура, меница и чек со протест и повратна сметка, извод од заверени деловни книги (но само од банки, штедилници, финансиски друштва, друштва за финансиски лизинг и осигурителни друштва), јавни исправи и исправи кои според посебни прописи имаат значење на јавни исправи. Оваа новина е предвидена во членот 70 став (2) од ЗН и содржи разлика во однос на член 16-в став (2) од претходниот Закон за извршување, која всушност ја следи измената на Законот за парничната постапка²⁴⁹ содржана во член 418-а), и како веродостојни исправи повеќе не се предвидени – „според закон заверена приватна исправа“ и „пресметката на камата“. Исто така, битна разлика помеѓу видовите на веродостојни исправи во постапките пред суд и нотар е тоа што за разлика од ЗН, во Законот за

²⁴⁸ Нотарската тарифа е објавена во Службен весник на Република Македонија бр. 226 од 30.12.2016 година, а започна со примена од 1.1.2017 год.

²⁴⁹ Законот за изменување и дополнување на Законот за парничната постапка е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 124 од 23.7.2015 година.

парничната постапка како веродостојна исправа воопшто не е предвиден изводот од заверени деловни книги.

Според член 11 став (1) точка 13) од важечкиот Закон за извршување, како веродостојна исправа во смисла на овој закон се смета фактура, пресметка на камата, јавна исправа, извод од заверени деловни книги, осигурителна полиса, товарен лист, временна градежна ситуација и други исправи кои според закон имаат карактер на јавна исправа. Имајќи ја предвид оваа одредба, произлегува дека под поимот „фактура“ во смисла на член 70 став (2) точка 1) од ЗН може да се подведе и третира и пресметката на камата.

3) Во член 71 став (3) од ЗН утврдена е нова обврска на нотарот, кога во својство на должникот се јавува државен орган основан со закон (Закон за организација и работа на органите на државната управа), решението покрај државниот орган да биде доставено и до Државниот правобранител на РМ. Тоа значи дека нотарот би требало да врши две доставки на решението за издавање на нотарски платен налог со предлог и прилозите.

4) Член 71 став (8) од ЗН е новина во однос на досегашната практика бидејќи во случај на неплаќање на судска такса за поднесениот предлог, нотарот ќе донесе решение со кое предлогот се смета за повлечен поради неплатена судска такса. Во досегашната практика неплаќањето на судската такса во рок од осум дена значеше повлекување на предлогот при што не се донесуваше посебно решение. Меѓутоа, за разлика од член 417-а) од ЗПП, кој ја задржува таквата практика, наведениот став (8) налага нотарот да донесе формално решение, кое треба да биде доставено до доверителот.

5) Според член 72 став (1) од ЗН должникот може да изјави приговор против решението со кое е издаден нотарски платен налог, како и за одлуката за трошоците. За разлика од претходното законско решение, сега одлуката за трошоците повеќе не се напаѓа со жалба, туку со приговор по кој одлучува надлежниот суд согласно со член 428-б) од Законот за парничната постапка.

Со член 72 став (3) нотарот до кого е доставен приговор е должен во рок од три дена од денот на поднесениот приговор да ги достави списите до надлежниот основен суд на чие подрачје е седиштето на нотарот кој постапува по предлогот. Ставот (3) претставува ново законско решение, различно од член 16-д) став (2) од Законот за извршување, што значи дека нотарот повеќе нема законска надлежност да ја оценува навременоста, дозволеноста и целосноста на доставениот приговор. Оваа новина ја следи измената на Законот за парничната постапка, со која се воведува нов член 428-а за постапка по приговор по нотарски платен налог (се применува од 31.01.2016 год.), според кој по приемот на приговорот против решението за издавање на нотарски платен налог, нотарот е должен предметот со сите списи да го достави до надлежниот основен суд во рок

од три дена, а според став (3) ненавремените, нецелосните или недозволените приговори на нотарскиот платен налог ќе ги отфрли судот без одржување на рочиште. При доставувањето на списите на предметот, како и досега, нотарот треба да води сметка за стварната надлежноста судот за одлучување по приговор, што зависи од висината на утуженото парично побарување.

6) Ново законско решение е предвидено и во членот 78 од ЗН - форма и содржина на решението за нотарски платен налог, односно сега е пропишана исклучива форма на штембил²⁵⁰, кој е пандан на поранешниот судски платен налог.

Исто така, за разлика од претходното законско решение, сега прецизно е утврдена и следнава содржина на решението за нотарски платен налог:

- податоци за нотарот кој го издава платниот налог,
- назначување дека е решение со кое се усвојува нотарскиот платен налог и се задолжува должникот во рок од осум дена по приемот на решението да ги намири побарувањата на доверителот заедно со каматата, одмерените трошоци на постапката, вклучувајќи ја нотарската награда, трошоците и наградата на адвокатот и судските такси, како и предупредување дека ќе следи присилно извршување ако не постапи по решението,

- правна поука дека против решението со кое е издаден нотарскиот платен налог и против одлуката за трошоците, должникот има право да поднесе приговор во рок од осум дена од денот на приемот на решението преку нотарот кој го донел решението до надлежниот основен суд и

- датум на донесување на решението, потпис и печат на нотарот.

7) Со член 73 од ЗН подетално е уредено прашањето на ставање потврда на правосилност и извршност на решението за нотарски платен налог, на кој начин се операционализира досегашното законско решение од член 12 став (2) од Законот за извршување. Според став (1) потврдата на правосилност, по службена должност, ја става нотарот ако во рокот од осум дена не прими приговор, меѓутоа, очигледно е дека при редакцијата на законот е направена грешка и во последниот дел од реченицата, погрешно се вметнати зборовите: „односно приговорот го отфрли како ненавремен или недозволен“, бидејќи нотарот повеќе нема надлежност да одлучува за навременост, дозволеност и целосност на изјавениот приговор. Според став (3) потврдата на извршност ја става нотарот по службена должност,

²⁵⁰ Штембилот за издавање на нотарски платен налог (Образец бр. 20) е уреден со Правилникот за формата и содржината на службениот печат, сувиот жиг, жигот за восок и штембилите на нотарот, како и начинот на нивното издавање, замена, одземање и поништување.

откако ќе истече рокот за доброволно исполнување, кој се поклопува со рокот за правосилност во случај кога против решението не е изјавен приговор. Меѓутоа, според став (3) нотарот и по барање на доверителот или адвокатот како полномошник ќе стави потврда за правосилност и извршност на неговиот примерок од решението со кое е издаден нотарски платен налог, кое му е доставено. На ваков начин на доверителот му се овозможува да располага со извршна исправа која, со предлогот за извршување, ќе ја достави до надлежниот извршител за поведување постапка за извршување согласно со Законот за извршување.

8) Со член 74 од ЗН за прв пат детално е уредено прашањето на укинување на потврдата на правосилност и извршност на решението за нотарски платен налог. Неосновано ставените потврди на правосилност и извршност, нотарот со решение ќе ги укине по писмен предлог на странката или по службена должност²⁵¹. Со оваа новина е пополнета празнината која досега постоеше во работењето на нотарот, па во вакви случаи се постапуваше по член 12 став (3) од претходниот Закон за извршување.

9) Со член 75 од ЗН детално е уредено прашањето на наградата и трошоците во постапката за издавање на нотарски платен налог. Од став (1) сосема јасно се заклучува дека нотарот својата награда и трошоците ги наплатува согласно со Нотарската тарифа, а адвокат според Адвокатската тарифа. Тоа значи дека во овој случај не може да дојде до примена член 153 став (6)²⁵² од ЗН со кој е уредена поделба на трошоците меѓу нотарот и адвокатот (тите).

Според ставот (3) од истиот член нотарот е должен на доверителот да му даде пресметка на наплатената награда и трошоците, а според став (4) за трошоците кои настанале по донесување на нотарскиот платен налог кои не се опфатени со него, нотарот е должен на доверителот да му издаде пресметковен лист кој претставува составен дел на нотарскиот платен налог. Со цитираниот став (4) се разрешува досегашниот проблем поврзан со трошоците кои се неизвесни и настануваат по издавање на нотарскиот платен налог. Сега е јасно дека составениот пресметковен лист на трошоците е составен дел на решението за платен налог, а тоа значи дека по правосилноста и извршноста на истиот, нотарот и по присилен пат има можност да ги наплати дополнително создадените трошоци.

²⁵¹ Оваа новина е уредена со член 74 од Законот за нотаријатот.

²⁵² Член 153 став (6) гласи: „Доколку во постапката пред нотар со овој закон е пропишано задолжително учество на адвокат, адвокатите без оглед на нивниот број во конкретно правно дејствие пред нотар имаат право на вкупна награда и трошоци во висина од 50% од наградата и трошоците за преземање на соодветното правно дејствие пропишани со Нотарската тарифа, додека нотарот кој го преземал соодветното правно дејствие има право на останатите 50% од наградата и трошоците.“

10) Со член 76 од ЗН е уредено прашањето на повлекување на предлогот за издавање на нотарски платен налог. Имено, доверителот или адвокатот како полномошник на доверителот може да побара повлекување на предлогот без согласност на должникот, само до поднесување на приговор. Ако предлогот за издавање на платен налог биде повлечен, нотарот со решение ќе констатира повлекување на предлогот и ќе го укине донесеното решение, а доколку доверителот или адвокатот како полномошник на доверителот не бара изготвување на формално решение, нотарот на записник ќе го констатира повлекувањето без да донесе формално решение. Фактички, со наведената законска одредба, прифатена е досегашната нотарска практика во поглед на ова прашање, која е уредена во ЗПП (член 428 став (1))²⁵³. Новина е таа што сега нотарот, во случај кога не изготвува формално решение, има обврска да состави записник во кој ќе се констатира дека со писмен поднесок доверителот го повлекол предлогот и дека постапката по предметот е завршена.

11) Според член 177 став (2) од ЗН, постапките за донесување на решение врз основа на веродостојна исправа што започнале според Законот за извршување („Сл. весник на РМ“ бр. 35/05) продолжуваат според одредбите од тој закон. Како ден на започнување на постапката треба да се смета денот кога предлогот за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа е поднесен до нотарот (заклучно со 31 декември 2016 год. кога Законот за нотаријатот влезе во примена). Тоа значи дека по примените предлози до наведената дата нотарот ќе поставува според одредбите од Законот за извршување, кои се однесуваат на постапка за донесување на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа.

➤ **Нов начин на доставата на нотарските писмена**

За прв пат во ЗН, се воведуваат одредби за вршење на достава на нотарски писмена, па прашањата поврзани со достава на писмена и достава со јавна објава се уредени со членовите 79 и 80. Иако, оваа новина е уредена во главата за нотарски платен налог, сепак зборува за достава на сите нотарски писмена кои произлегуваат од работењето на нотарот.

Во членот 79 став (1), (2) и (3) од ЗН на детален начин е утврден начинот на доставата на писмената кои произлегуваат од работата на нотарот предвидени со овој закон, и истата ќе се врши со непосредно предавање на писменото од страна на нотарот или по пошта. Ако живеалиштето или престојувалиштето, односно седиштето на учесникот е непознато за нотарот чие писмено се доставува, или пак нотарот не можел да изврши уредна достава до учесникот во согласност со одредбите од

²⁵³ Член 428 од ЗПП гласи: „Тужителот може да ја повлече тужбата без согласност на тужениот само до поднесувањето на приговорот. Ако тужбата биде повлечена, судот со решение ќе го укине судскиот платен налог.“

член 79 од овој закон, нотарот доставата ја врши со јавна објава согласно член 80.

Објавата нотарот ја врши преку дневен печат кој е во оптек на целата територија на Република Македонија, секојдневно во текот на три последователни изданија. Објавата се врши и со еднократна објава во Службен весник на Република Македонија.

III. Дилеми и проблеми во постапката за издавање на нотарски платен налог

Кога станува збор за постапката за издавање на решение за нотарски платен налог, во досегашната примена на Законот за нотаријатот, главните проблеми и дилеми се појавија при примената на одредбите кои се однесуваат на наплатата на побарувања кои произлегуваат од комунални услуги и на одредбите кои се однесуваат на доставата на нотарските писмена, кои ќе бидат изнесени поединечно.

➤ Наплата на побарувања од комунални услуги

По однос на измените во постапката по нотарски платен налог, особено за наплатата на паричните побарувања од комунални услуги, како најспорно се постави прашањето дали одредбата со која е пропишано дека доверителот за побарување кое произлегува од комунални услуги, против должниците должен е непосредно да поднесе барање за вонсудска наплата на долг, пред започнување на постапката за нотарски платен налог, се однесува на секоја поединечна веродостојна исправа или пак на вкупниот износ стасан за утужување.

Со член 68 став (3) од Законот за нотаријатот е уредено прашањето под кои услови, за комунални услуги, доверителот може да достави предлог за издавање на нотарски платен налог, врз основа на веродостојна исправа, непосредно до нотарот. Меѓутоа, со член 240 став (1)²⁵⁴ од

²⁵⁴Член 240 став (1) од Законот за извршување гласи: Доверителот за побарување кое произлегува од комунални услуги опишани во членот 11 точка 14) од овој закон, против должниците должен е непосредно, да поднесе барање за вонсудска наплата на долг, пред започнување на постапка за донесување на решение со кое се дозволува извршување врз основа на веродостојна исправа, согласно одредбите на Законот за нотаријатот и тоа:

- за веродостојна исправа за вода, смет и одржување на заедничките простории за износ до 2.000,00 денари,
- за веродостојна исправа за електрична или топлинска енергија за износ до 6.000,00 денари,
- за веродостојна исправа за телефонија, мобилни оператори или кабелски оператори за износ до 2.000,00 денари.

Доколку износот на неплатените комунални услуги го надминува износот определен со овој став, доверителот поведува постапка за донесување на решение со кое се дозволува

Законот за извршување е утврдено дека доверителот за побарување кое произлегува од комунални услуги, против должниците должен е непосредно да поднесе барање за вонсудска наплата на долг, пред започнување на постапка за донесување на решение со кое се дозволува извршување врз основа на веродостојна исправа, а според став (2) доколку износот на неплатените комунални услуги го надминува износот од став (1), доверителот поведува постапка за донесување на решение со ко се дозволува извршување врз основа на веродостојна исправа, согласно со одредбите од Законот за нотаријатот.

Иако во досегашната судска, а и нотарската практика, предлозите кои доверителите ги доставуваат за наплата на комуналните услуги, по правило се темелат врз повеќе веродостојни исправи (фактури), сепак за ова прашање, Комората на извршители има донесено Правилник за начинот на распределба на предметите по извршители од страна на Комората, содржината и начинот на барање на доверителот до Комората, содржината на одговорот на Комората, и начинот на доставување на одговорот на Комората до доверителот, каде во член 2 алинеја 3 е предвидено дека износ на главното побарување за вонсудска наплата на долг е висината на главниот долг од секоја поединечна веродостојна исправа односно износот на секое поединечно доспеано побарување.

При ваквата законска регулатива следува заклучок дека предлогот за вонсудска наплата на долгот се однесува на секоја поединечна веродостојна исправа односно на секое поединечно доспеано побарување кое се однесува на ткн. комунални услуги. Дали ова е навистина правично и економско законско решение, ќе покаже понатамошната пракса, како и податоците за бројноста и успешноста во реализација на поднесените барања за вонсудска наплата на долгови пред извршител.

Иако во членот 11 став (1) точка 14 од Законот за извршување како комунални услуги се наброени електрична енергија, топлинска енергија, вода, смет, телефонија, мобилни оператори, кабелски оператори, трошоци за редовно одржување на заедничките делови на зградата што е во етажна сопственост, сепак во оваа насока, како спорно се поставува прашањето што се може да се подведе под комунална услуга, а при тоа имајќи го предвид Законот за комуналните дејности²⁵⁵, кој во член 14²⁵⁶ експлицитно ги набројува видовите на комунални услуги.

извршување врз основа на веродостојна исправа, согласно со одредбите на Законот за нотаријатот

²⁵⁵ Законот за комунални дејности е објавен во Службен весник на Република Македонија бр. 95 од 26.7.2012 год.

²⁵⁶ Член 14 од Законот за комунални дејности гласи:

- (1) Комуналните услуги се делат на услуги за задоволување на индивидуалната потрошувачка и услуги за задоволување на заедничката потрошувачка.
- (2) Во услуги за задоволување на индивидуалната потрошувачка спаѓаат:

➤ **Достава на писмена и достава со јавна објава**

Со новиот ЗН, за прв пат се регулира начинот на достава на нотарските исправи до странките. Сегашниот начин на достава е идентичен со доставата која ја вршат извршителите уредена во Законот за извршување, но сосема различен од доставата која се врши според одредбите на Законот за парничната постапка.

Овие нови одредби се нефункционални и спротивни на основните принципи утврдени во Законот за парничната постапка, а тоа е личната достава уредена во член 137, која задолжително треба да се применува кога се работи за нотарски платен налог, што впрочем важи и се применува и за судскиот платен налог, а се применуваше и во постапката за донесување на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа. Бидејќи нотарот врши надлежности кои се слични на судските постапки, како што е постапката по нотарски платен налог, а дел од нив ги извршува како повереник на судот како што е оставинската постапка, соодветно е да се применуваат и одредбите за достава од Законот за парничната постапка.

Кога станува збор за доставата со јавна објава, спорно е прашањето дали одредбите од членот 80, според кои објавата нотарот ја врши преку

-
- обработка и снабдување со вода за пиење,
 - обработка и испорака на технолошка вода,
 - одведување и пречистување на отпадни води,
 - превоз на патници во патниот сообраќај,
 - собирање и транспортирање на комунален отпад,
 - изградба и одржување на гробните места,
 - користење на продажно место на отворени и затворени пазари,
 - чистење на оџаци и опрема за одведување на чад,
 - отстранување на хаварисани возила, одржување на септички јами,
 - испорака на гас до мерен инструмент на корисник и
 - испорака на топлотна енергија до мерниот инструмент на корисникот.
- (3) Во услуги задоволување на заедничка потрошувачка спаѓаат:
- одведување и испуштање на атмосферски води,
 - реконструкција и заштита на локални патишта, улици и други инфраструктурни објекти,
 - одржување на јавната чистота,
 - одржување и чистење и користење на паркови, зоолошки градини, парк шуми, рекреативни површини и зеленило,
 - одржување на сообраќајната сигнализација на улици и општински патишта,
 - јавно осветлување,
 - одржување на гробишта, придружните објекти и инфраструктурата на гробиштата,
 - одржување на објектите на отворени и затворени пазари на големо и мало и
 - ерадикација на животни скитници, украсување на населени места, одржување на санитарни јазли и одржување на урбаната опрема.

дневен печат кој е во оптек на целата територија на Република Македонија, секојдневно во текот на три последователни изданија и со еднакратна објава во Службен весник на Република Македонија, треба да се применуваат кумулативно или алтернативно. По однос на ова прашање постојат навистина различни мислења, иако со оглед на начинот како законодавецот го уредил прашањето на јавната објава, не постои законска обврска доставата едновремено да се врши според член 80 став (2) и став (3) од ЗН. Ваквиот заклучок се темели врз основа на граматичко систематско толкување на член 80 став (2) и (3) од ЗН, кои претставуваат две одделни законски одредби. Доколку законодавецот имал намера објавувањето на јавниот оглас да биде кумулативно, односно во дневен печат и во Службен весник на Република Македонија, во таков случај тоа би го сторил во став (2) во кој (во продолжение) би го внел и објавувањето од цитираниот став (3). Бидејќи законодавецот така не определил, би требало да се толкува дека станува збор за две одделни законски одредби кои не треба да бидат применувани кумулативно. Исто така, се отвара прашањето на кој начин ќе се авансираат трошоците за доставата со јавна објава, со оглед на тоа што не станува збор за мали и незначителни трошоци.

IV. Заклучок

Со Законот за изменување и дополнување на Законот за извршување во 2009 и Законот за изменување на Законот за извршување во 2010 година се креираше системот на трансфер на извршните предмети од судовите кај нотарите и извршителите и се определи новата надлежност на нотарите – спроведување на постапка и донесување решенија со кои се дозволува извршување врз основа на веродостојна исправа, која започнаа да ја вршат од 1 јули 2011 година. Почнувајќи од тогаш па до 1 јануари 2017 година оваа постапка успешно се спроведуваше од страна на нотарите и се покажа дека се оствари целта на измените на Законот за извршување, а тоа е растеретување на судовите од неспорните работи. Бидејќи станува збор за исклучива надлежност на нотарот, оправдано и целисходно беше оваа постапка дефинитивно да биде уредена со матичниот закон кој ја регулира нотарската служба, и тоа навистина се направи со последниот Закон за нотаријатот, донесен во месец април 2016 година.

Иако немаше потреба од значително менување на досегашната постапка за донесување на решение за дозвола за извршување врз основа на веродостојна исправа, сепак

законодавецот во Законот за нотаријатот предвиде одредени нови решенија, кои се одразуваат на економската моќност на граѓаните, односно предизвикаа зголемување на трошоците и отежнување и одолговлекување на постапката, што сигурно не била негова интенција. Па затоа, во иднина престои сериозен потфат за преиспитување и евентуално изменување на детектираните проблеми во постапката за издавање на нотарски платен налог.

THE CONTRACTUAL PROHIBITION OF ASSIGNMENT – A COMPARATIVE OVERVIEW OF THE LEGAL PROTECTION OF THE ASSIGNEE

УДК:347.441.141
Original research paper

Abstract: *This paper examines the effect of a contractual prohibition on assignment and its embodiment in major European legal systems. A thorough comparative overview reveals two legal principles concerning the contractual prohibition on assignment in any national legislation that serve as a founding stone of any respective set of rules in this matter. The first one, referred to as “the autonomy of the will” principle acknowledges the possibility for parties to exclude the transferability of a receivable with an absolute effect, enforceable against any third party. The second one, known as the “free alienability of assets” principle aims to promote the unrestricted transfer of rights over objects, thus limiting the effect of a prohibition on assignment to contracting parties only. This existing diversity testifies for the need to provide a harmonized approach to the anti-assignment clause. The paper calls for an adoption of the provisions of several soft law instruments with regard to the contractual prohibition on assignment due to their balanced legal approach.*

Keywords: *contractual prohibition on assignment; autonomy of will; free alienability of assets; Draft Common Frame of Reference; Principles of International Commercial Contracts.*

I. Introduction

Every modern legal system provides an abundance of rules regarding transfer and acquisition of rights on an ever-increasing number of objects. Several factors, such as the growing complexity of social relations and constant pursuit of an economic advantage facilitate the process of treating a diverse group of rights as transferable. Part of this ongoing process is the possibility to obtain rights over intangible objects, such as receivables. Nowadays, receivables are no longer considered to be a matter limited solely to the original contracting parties, but are rather seen as an independent transferable object that can be freely sold and bought or used as security in the course of other ongoing business activities. As a result, the assignment of receivables proves to be an important stimulus for both economy and business. However, as plausible as it

might be, this business-driven policy to regard receivables as transferable rights like chattels, cannot eradicate the essential differences between them. The vast majority of national legislations provide a sharp distinction between chattels, that are tangible objects, and receivables, that are intangible ones. This circumstance predetermines a major difference between them. Should the owner of a chattel decide to dispose of his or her goods, no further interest should be taken into consideration. On the contrary, the alienation of a receivable could lead to affecting some legitimate interests of the debtor who has relied on the contract concluded with the initial creditor. In order to grant a sufficient level of legal protection of the debtor's interests, some national legislations allow parties to prohibit the assignment of a receivable originating from a contract by including a special anti-assignment clause in it, known as *pactum de non cedendo*. Others insist on the principle of free alienability of rights regardless of their nature and either provide limitations to the legal consequences of such a clause or, ultimately, exclude its legal effect completely. The existing diversity throughout different national legislations in Europe with regard to the *pactum de non cedendo* has become a recent issue in the context of the Single European Market and one of its underlying legal and economic principles – the free movement of goods and services. The more recent supranational attempts to propose a harmonized legal regime of the *pactum de non cedendo* have either been limited to a certain type of contracts²⁵⁷ or have been introduced in the form of a soft law codification²⁵⁸. In my opinion, these circumstances justify a comparative study of the implementation of the anti-assignment clause in different groups of national legislations. However, an in-depth analysis of the *pactum de non cedendo* would be incomplete without taking into consideration the conflict between the aforementioned two underlying legal principles – the autonomy of the will and the free alienability of assets. The provisions in the particular national legislations on the anti-assignment clause are ultimately the result of embodying either one of the principles or of the adoption of a balanced outcome that purports to grant a sufficient level of legal protection to all parties involved.

* Assistant in Civil and Family Law, Faculty of Law, “St. Kliment Ohridski” University, Sofia, Republic of Bulgaria.

²⁵⁷ Cf. The UNIDROIT Convention on International Factoring (1988) whose provisions are exclusively aimed at factoring contracts.

²⁵⁸ The most influential soft law codifications that contain an explicit provision of the *pactum de non cedendo* are the Principles of European Contract Law (2000-2003), the Draft Common Frame of Reference (2009) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (3rd revision from 2010).

II. National legislations that have adopted the principle of the autonomy of the will with regard to the anti-assignment clause

It is far from surprising that there are national legislations providing an absolute effect of the anti-assignment clause. This consequence follows from the adoption of the “autonomy of the will” principle with regard to claims. Those legislations provide a distinction between tangible objects and intangible ones. The former are subject to the law of property, comply with the *numerus clausus* rule and restraint on alienation is provided by the legislator in order to achieve a higher purpose (e.g. objects that serve the public interest). The latter, however, are ruled by the law of obligations. Usually, contracting parties are free to determine the exact content and terms of their relationship in accordance with the principle of the autonomy of will. Since the claim arises as a consequence of the conclusion of a contract and it would otherwise not exist, some national legislations provide the opportunity for contracting parties to frame its exact content in a way that suits their interests in the best possible manner. This even includes the possibility to deprive the claim from its transferability. However, an anti-assignment clause may be introduced in various other forms. Firstly, the creditor may promise not to assign his claim. It is also possible that the effect of an assignment should depend on the consent of the debtor. A clause that impedes the assignment of a claim to certain persons or prohibits a transfer for a certain period of time can also be considered as a weakened form of an anti-assignment clause²⁵⁹. This is an aspect of the freedom of contract²⁶⁰.

There are numerous reasons to justify the absolute effect of an anti-assignment clause.

It is generally admitted that an assignment eventually creates a risk for the debtor to pay a non-creditor. This may be the case where the assignee has transferred his claim, but prior to the notice a third person has presented himself to the debtor as the new assignee. Moreover, the debtor may overlook the notice of assignment and pay the assignor. In order to be discharged of the debt, he or she must pay again, since the assignee is the new legitimate creditor. This leaves the debtor with the necessity to bring a burdensome action for unjustified enrichment against the person who received the initial payment. Such an outcome is highly probable should the assignor decide to split his claim and assign it to two or more assignees. A second reason may be found in the case where the debtor and the creditor have continued mutual dealings. The debtor

²⁵⁹ Cf. **Ute Goergen**, Das Pactum de non cedendo. Eine Untersuchung zum vertraglichen Abtretungsverbot im englischen, französischen und deutschen Recht unter Einbeziehung internationaler Harmonisierungsinitiativen. (Nomos Verlagsgesellschaft 2000) p. 48, where those clauses are considered as a “weakened”, yet fully operational form of a *pactum de non cedendo*.

²⁶⁰ Cf. **Greg Tolhurst, Carter, J.W.**, Prohibitions of assignment: contract or property? – Butterworths Journal of International Banking and Financial Law [December 2014], p. 692.

may wish to retain the right of set-off, a right which would be cut off as regards cross-rights arising after receiving the notice of assignment. Thirdly, the debtor may not want to deal with an unknown creditor who may act in a more pressing manner than the assignor. Finally, the inclusion of a *pactum de non cedendo* may be the result of the debtor's wish not to reveal his or her identity to any other person than his original contracting party²⁶¹.

One of the first major civil law codifications to acknowledge the autonomy of will with regard to the anti-assignment clause is the **German Civil Code** (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) from 1900. The German legislator has provided the opportunity for parties to exclude the assignment by mutual agreement (§ 399, alt. 2 BGB). The prevailing view among German scholars is that the contractual prohibition of assignment has an absolute effect that can be enforced against any third party so that a purported transfer of a receivable is impossible²⁶². The protection of legal interests of the debtor is nearly absolute. A third party can obtain rights over the receivable and become an assignee by a single exception, provided in § 405 BGB. Where the debtor has drafted a document as proof of the debt and the assignment has been carried out by producing this document, the debtor cannot deny payment to a good faith assignee who does not know or should not have known of the contractual prohibition of assignment²⁶³. At the same time there are other provisions concerning contractual restraint on alienation of assets that can be found outside § 399 BGB. The German legislator sets out that the power to dispose of a transferable right cannot be excluded or restricted by a legal transaction. However, it is also provided that the effectiveness of a stipulation not to transfer such a right is not affected (§ 137 BGB). The majority of German scholars are not inclined to find a conflict between both provisions. Some authors²⁶⁴ suggest that a contractual prohibition of assignment is not at variance with the principle of alienability of rights, since the German legislator has explicitly laid down both of them in the German Civil Code. This would mean that the *pactum de non cedendo* is generally admissible in accordance with the principle "*Lex specialis derogat legi generali*". Those authors consider the legislatively imposed prohibition, set out in § 137 BGB (also known as *pactum de non alienado*), for parties to consider transferable rights as non-transferable, as the

²⁶¹ About the reasons that justify the inclusion of a *pactum de non cedendo* into a contract cf. **Woo-Jung Jon**, A Comparative Analysis of the Regulation on Anti-Assignment Clauses. - Korea University Law Review [7/2010] p. 98-99.

²⁶² Cf. **Goergen, U.**, Das Pactum de non cedendo., op.cit., 48-49.

²⁶³ About the good faith acquisition of a receivable cf. **Beck'sche Kurz-Kommentare Palandt**, Band 7. Bürgerliches Gesetzbuch, (70., neubearbeitete Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2011) p. 611-612.

²⁶⁴ The most prominent representative among them is Fritz Raber, who analyses the provisions of the German civil law in order to explain the effect of a *pactum de non cedendo* in Austrian law. Cf. **Fritz Raber**, The Contractual Prohibition of Assignment in Austrian Law, Notre Dame Law Review, [vol. 64, 1989] p. 181.

common rule, whereas the contractual prohibition of assignment (*pactum de non cedendo*, § 399 BGB) is the special rule, since it is not applicable to all assets, but its effect is limited solely to receivables.

The prevailing theory in German legal doctrine is based on the freedom of contract. Scholars believe that in accordance with this principle parties can create an inalienable receivable. Since parties are usually allowed to determine the exact nature and content of their contractual relationship by themselves, they can modify a receivable in a way to deprive it from its transferability from the outset. The prohibition of assignment affects the substance of the receivable, modifying it into a highly personal right, “locked” between the original contracting parties. Thus, it falls outside the scope of § 137 BGB, since the provision prohibits restraint on alienation of alienable rights only²⁶⁵.

However, some recent studies suggest that there is a logical incompatibility between the absolute effect of an anti-assignment clause and § 137 BGB²⁶⁶. It is argued that the prevailing view among German scholars neglects some features of a receivable as an object of law in terms of its economic function and thus reaches to a contradiction. On the one hand, a receivable is undoubtedly accepted as a transferable right that can be used as security or in factoring. On the other hand, German scholars acknowledge the unchallenged possibility for parties to modify every aspect of a receivable, including its substance in a way to deprive it from its transferability. The result is that a right which is by nature transferable shall be considered non-alienable with an effect against any third party. This outcome is put to criticism, since it allows parties to evade the provision of § 137 BGB by prohibiting the transfer of a right that is alienable by its nature. This theory calls for a reform of § 399 BGB so that the effect of an anti-assignment clause is limited to contracting parties only.

This recent criticism actually complies with the historical development of the anti-assignment clause in German law. In the middle of the 19th century, German scholars limited the effect of the *pactum de non cedendo* solely to contracting parties. It was accepted that a contractual prohibition of assignment is nothing more than an obligation, whose breach constitutes an action for damages. However, this breach does not invalidate the assignment, since such an outcome would be detrimental to public interest. In the conflict between the individual will to consider a receivable inalienable and the public interest to use the receivable in the course of various other civil and commercial activities,

²⁶⁵ This theory is supported both by scholars and case law. Cf. **Georgen, U.**, Das Pactum de non cedendo., op.cit., p. 49.

²⁶⁶ Cf. **Matthias Armgardt**, Die Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote im deutschen und ausländischen Privatrecht. – *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Bd. 73, H. 2, [April 2009] p. 320.

scholars favored the latter²⁶⁷. The first project of the German Civil Code had adopted this view and denied an absolute effect to the anti-assignment clause²⁶⁸. An additional argument in favor of this position was that an absolute prohibition of alienation should be constructed literally and this would preclude the possibility for an enforcement agent to sell the receivable in order to satisfy the assignor's creditors. The provision on the anti-assignment clause in the second project of the German Civil Code was revised radically. It was held that a contractual prohibition of assignment with an absolute effect would not be adverse to public interest. On the contrary, it would protect specific debtors that engage in a high number of civil and commercial transactions. The disturbance of their interests in turn may affect a large number of participants. The drafters of the second project held that railway companies, insurance companies and the Imperial bank are interested in an absolute effect of the anti-assignment clause, because otherwise they may be subject to an abuse of rights by an ill-intentioned creditor. It was furthermore considered that a *pactum de non cedendo* would actually be included in a contract on "an extremely rare occasion"²⁶⁹. The drafters defeated the second argument as well by providing an explicit provision in the German Code of Civil Procedure (Zivilprozessordnung; ZPO) that allowed the enforcement agent to ignore a contractual prohibition of assignment and use the receivable to satisfy the assignor's creditors (§ 851 ZPO). Ultimately, the second project became the final version of the German Civil Code and the absolute effect was introduced.

The absolute effect of an anti-assignment clause is generally accepted in **Austria** as well. Until 2005, the Austrian Civil Code lacked an explicit provision and both scholars and case law acknowledged that a receivable can effectively be barred from assignment as a result of parties' consent²⁷⁰. In 2005, the Austrian Civil Code was amended and a new set of rules concerning the anti-assignment clause were provided in § 1396a. However, their scope was limited to entrepreneurs acting in a mercantile capacity, which is why the provision of § 1396a of the Austrian Civil Code will be discussed in comparison with other similar provisions concerning that matter. Nowadays, the prevailing, yet heavily criticized view among Austrian scholars is that a non-assignment

²⁶⁷ Cf. **Lothar Seuffert**, Über die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes. - Archiv für die civilistische Praxis, 51. Bd., H. 1, [1868] p.107-108.

²⁶⁸ Cf. **W. Mummenhoff**, Vertragliches Abtretungsverbot und Sicherungszession im deutschen, österreichischen und US-amerikanischen Recht. - JuristenZeitung, 34. Jahrg., Nr. 13 [6. Juli 1979] p. 427.

²⁶⁹ Cf. **Georgen, U.**, Das Pactum de non cedendo., op.cit., p. 45.

²⁷⁰ The Austrian Civil Code contains a provision about the effect of a contractual restraint on alienation, but it applies to tangible objects only. The Austrian legislator has provided that a contractual prohibition to sell a thing or a real right is binding towards the first owner only, but shall not bind his heir or other successors in interest (§ 364c of the Austrian Civil Code).

clause would have an absolute effect if the contract is concluded between consumers or between an entrepreneur and consumer²⁷¹.

The **Swiss** legislator has accepted the absolute effect of an anti-assignment clause as well (art. 164 Swiss Code of Obligations). Contracting parties can exclude the transferability of a receivable by mutual consent and thus invalidate any purported assignment with effect to any third party. The strict consequences of the absolute effect are somewhat reduced by the exception in favor of the assignee, provided in art. 164, (2) of the Swiss Code of Obligations. The assignment could however take place if the assignee has obtained rights over the receivable in reliance on a written acknowledgement of the debt where the anti-assignment clause is not mentioned. In this case, the debtor cannot deny payment to the assignee, because the assignment is valid²⁷². The efficacy of those provisions has recently been questioned, as an academic proposal to reform the Swiss Code of Obligations has been introduced in 2013²⁷³. It is held that an unconditional prohibition of assignment with effect to any third party contravenes the public interest. Creditor's interests of the receivable may exceed the pecuniary sum it consists of. Modern commercial law provides an abundance of ways to gain economic advantage by using the receivable in factoring or securitization. That is why it is of utmost public interest to consider receivables as transferable rights. As a result of these considerations, the drafters of the project have proposed to abandon the absolute effect of a *pactum de non cedendo*. Instead, they advise on adopting a more balanced outcome by limiting its consequences to a *inter partes* effect. The debtor's interests remain unharmed, since the breach of an anti-assignment clause constitutes an action for damages, inflicted by the assignment. However, the assignment is valid and the assignee can claim payment from the debtor²⁷⁴. Of course, this is merely an academic proposal without any legislative repercussions, but it clearly shows that Swiss legal doctrine tends to adopt a more moderate explanation of the anti-assignment clause.

The provision of art. 417 of the **Slovenian Law of Obligations (2001)** resembles art. 164 of the Swiss Code of Obligations to some extent. The

²⁷¹ Cf. **Helmut Koziol, Welser, R.**, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II., (13., neubearbeitete Auflage, Wien, 2007, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung) p. 118-119.

²⁷² This provision resembles § 405 BGB, however Swiss scholars refrain from considering it as a "good faith acquisition of a receivable" and limit this effect to tangible movables. Cf. **Theo Guhl**, Das Schweizerische Obligationenrecht. (Achte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991) p. 250.

²⁷³ The authors of the proposal are academics from Swiss universities, aiming to modernize the Swiss law of obligations, while preserving its merits. An in-depth overview of the proposed changes can be found here – <www.or2020.ch> (accessed on 12.08.2017).

²⁷⁴ Cf. **D. Girsberger, Hermann, J.L.**, Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil. / Code des obligations Suisse 2020 – Project relatif a une nouvelle partie générale, (Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 2013) p. 495-496.

principal possibility for parties to bar from assigning a receivable with an absolute effect is present in art. 417, (1). The Slovenian legislator has also adopted a provision, allowing the assignee to claim a good title over the receivable in the case when he or she has trusted a written document where the anti-assignment clause is not mentioned. Should the assignee have no knowledge of the clause, he or she can claim payment from the debtor.

The absolute effect of an anti-assignment clause has been implemented in the **New Dutch Civil Code (1992)** as well. Similar to German law, it provides that a prohibition of assignment can be agreed upon by the parties and would exclude the transfer of the receivable (art. 3:83 Dutch Civil Code). Some scholars point out that this clause should be enforceable against any attempt purported by the assignor to transfer the right²⁷⁵. However, there are some recent attempts who are striving to evade the absolute effect of art. 3:83. Contemporary Dutch civil law doctrine is inclined to accept that a contractual prohibition of assignment does not always produce one and the same absolute effect, but clauses intending to prevent the assignment of the claim should be carefully interpreted in order to reveal the true intention of the parties. It is suggested that there is a difference between “non-assignment clauses” opposed to “assignment prohibitions”. The former invalidate any purported assignment, whereas the latter have limited consequences only. An assignment in breach of an “assignment prohibition” constitutes a default by the assignor but does not prevent the transfer of the receivable. This theory is supported by the Dutch Supreme Court who ruled that the effect of such a clause depends on interpretation of the contract and on establishing the actual will of the parties. Case law has even developed interpretation standards to assist in revealing the true meaning of a contractual prohibition of assignment. It has been accepted that contractual clauses should not be interpreted word for word, but in accordance with the entire text of the contract. Moreover, the judge should establish parties’ intentions under the given circumstances. Thus, combining objective and subjective criteria, the exact repercussion of the clause may vary²⁷⁶.

This brief comparative overview shows that any national legislation that has acknowledged the absolute effect of an anti-assignment clause has developed certain means to override it in some cases. This is carried out by the legislator himself or by scholars and case law. Such an attempt can hardly be

²⁷⁵ Cf. **Georg Rasche**, Prohibitions of assignment, a European civil code and business financing. - The European Legal Forum, [3/2002] p.135.

²⁷⁶ A detailed examination of recent development in Dutch civil law doctrine and latest case law on the *pactum de non cedendo* can be found in: **Daphne Wichard**, Contractual non-assignment clauses with regard to claims. Can Dutch law learn from the German or English approach? Master’s Thesis, Amsterdam, 30. June 2015, p. 13-16, <www.scriptsionline.uva.nl/document/621806> (accessed on 12.08.2017).

found surprising, given the immense role of receivables in modern civil and commercial affairs.

There is another group of national legislations, who at least nominally, acknowledge the absolute effect of a *pactum de non cedendo*. However, it can be enforced only if the assignee knew that contracting parties have chosen to include an anti-assignment clause into their relationship. This would mean that a debtor cannot deny payment to an assignee who acts in good faith with regard to the clause. A typical representative of this group is art. 1260, (2) of the **Italian** Civil Code. Similar provisions concerning the matter can be found in art. 577, (2) of the **Portuguese** Civil Code and art. 466, (2) of the **Greek** Civil Code. Despite the lack of an explicit rule in the **Spanish** Civil Code, scholars are inclined to adopt this explanation on the effects of a contractual prohibition of assignment²⁷⁷. It can be found in some codifications outside Europe, such as **South Korea** and **Japan**²⁷⁸ as well. Some scholars tend to differentiate those national legislations in a separate group²⁷⁹. It is emphasized on the circumstance that the legal consequences of the purported assignment depend upon the presence or lack of the assignee's good faith with regard to the anti-assignment clause. To my view the creation of a separate group is not needed. I would rather suggest that they should be placed as a sub-group, part of the first group of national legislations that acknowledge the absolute effect of the contractual prohibition of assignment. Those scholars consider the possibility to observe two extreme legal consequences, spanning from complete invalidity to complete validity of the assignment, as a distinctive feature that justifies this differentiation. This can hardly be accepted as a valid argument, since those national legislations actually acknowledge the existence of a possibility to exclude the assignment of a receivable on a contractual basis, despite binding its effect to a fact outside the contractual relationship – the good faith of the assignee. Should it be proven that the assignee knows about the *pactum de non cedendo*, the purported assignment would be invalid. It is obvious that those national legislations have chosen to implement the principle of freedom of contract while drafting rules on the anti-assignment clause. The only difference is that this sub-group emphasizes upon the presence or lack of the assignee's good faith in all cases and does not limit its significance to the exception where the assignment has been carried out by producing a document, issued by the debtor, as the German, Swiss and Slovenian legislator have provided. That is why to my view those national legislations do not need to be placed in a separate group, since this would not contribute to the comparative analysis of the *pactum de non cedendo*.

²⁷⁷ Cf. **Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke**, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. (Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009) p.1054.

²⁷⁸ Cf. Section 449, (2) of the Korean Civil Code and art. 466, (2) of the Japanese Civil Code.

²⁷⁹ This is the approach, adopted by Woo-Jung Jon. Cf. **Woo-Jung-On**, A Comparative Analysis of the Regulations on Anti-assignment Clauses, op.cit., p. 108.

III. National legislations that have adopted the principle of free alienability of assets with regard to the contractual prohibition of assignment

It is evident that the absolute effect of a contractual prohibition of assignment is constantly challenged by legislative amendments, legal doctrine and case law. Some scholars tend to doubt whether the reasons to introduce the absolute effect of an anti-assignment clause are actually justified. The risk of overlooking the notice of assignment that leads to a double payment may be overcome by a more diligent manner of handling current business affairs. The debtor's intention to use the obligation as a means to put pressure on the original creditor is not harmed (despite losing the right of set-off in some national legislations), since all other exceptions arising from the contract remain intact. The danger of being exposed to a more severe creditor is somewhat exaggerated, since the assignee is limited in his actions both by contract and by mandatory provisions of the respective national legislation²⁸⁰.

The expressed doubts can hardly be found surprising, since a *pactum de non cedendo* actually creates unnecessary impediments to an open market and economic growth. By allowing a debtor to exclude the transferability of an otherwise transferable right, the creditor is unable to use the receivable in the course of other activities, aimed at providing economic benefits. This becomes an issue for small and medium-sized commercial enterprises that are the most numerous participants in business relations. Their utmost importance for the creation of wealth and prosperity throughout the European Union has been continuously underlined²⁸¹. As they typically run short of liquidity, there should be no obstacle to allowing them to use receivables as a means to create working capital²⁸². The possibility to assign receivables without a contractually imposed restriction would in turn facilitate commercial enterprises to finance and expand production, extend trade and reach new markets. Furthermore, the absolute effect of a *pactum de non cedendo* would lead to raising information costs, incurred by any potential assignee who would want to ensure that the particular receivable is not barred from assigning. All these circumstances suggest that from an economic point of view the principle of free alienability of assets is more suited to the interests of the individual entrepreneur and of business relationships as a whole.

²⁸⁰ More about the *pro et contra* arguments cf. **Elgar Encyclopedia of Comparative Law**, ed. by Jan M. Smits, (Edward Elgar Publishing Inc., Cheltenham/Northampton, 2006) p. 98-99.

²⁸¹ Regarded as “the backbone” of European economic growth, small and medium-sized business enterprises are part of the “Europe2020” strategy. For further information cf. The Small Business Act for Europe: <http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendly-environment/small-business-act_en> (accessed on 14.08.2017)

²⁸² Cf. **Rasche, G.**, Prohibitions of assignment, a European civil code and business financing, op.cit., p. 134.

To my view, the decisive argument to abandon the absolute effect lies beyond purely economic reasons, despite their obvious importance. It can be found in the correct understanding of the distinction between contract law and property law. The debtor should retain the right to insist on dealing with the original creditor only. However, this right originates in a contract. Therefore, a contractual restraint on alienation even in its broadest notion can never have an absolute effect, since this is a matter of contract law, not property law. Allowing the opposite is considered an “invasion” of property law principles into the field of contract law²⁸³. A mere contract is inherently incapable of regulating proprietary effects beyond the purported transfer of an asset, as far as third parties are concerned. A breach of the anti-assignment clause may only constitute a claim for damages for breach of contract by the assignor and possibly a right for the debtor to terminate the contract.

One of the national legislations that deny the possibility for parties to exclude the transferability of a claim is **France**. There is no explicit provision concerning the *pactum de non cedendo* in the French Civil code. Scholars point out that one of the main consequences of the French revolution from 1789 is the abolishment of all contractual restraints on alienation. This circumstance and the present lack of a legislative intervention lead those scholars to the conclusion that a contractual prohibition of assignment should be completely null and void²⁸⁴. However, the prevailing view among recent civil law scholars is that contracting parties should be bound by a *pactum de non cedendo*, since it is a valid clause included in their contract by their own volition. This would mean that a breach of that clause empowers the debtor to bring an action for damages against the assignor, but the assignment is nevertheless valid²⁸⁵. Whereas the clarification of the effect of a *pactum de non cedendo* in civil law is mainly left to the general rules of contract and court decisions, commercial law is explicit of this matter and denies even the possibility for the debtor to bring an action for damages. In 2003²⁸⁶ the French legislator has provided that a contractual restraint on alienation shall be void, if the debtor is a producer, merchant, industrialist or craftsman (art. L 442-6 of the French Code of Commerce).

As mentioned before, **Austria** is one of the national legislations to acknowledge the absolute effect of the anti-assignment clause. In order to relieve business participants from this strict consequence, in 2005 the Austrian

²⁸³ Cf. **Roy Goode**, Contractual prohibitions against assignment. - Lloyd’s Maritime and Commercial Quarterly, [2009, № 3] p. 306.

²⁸⁴ Cf. **Hein Kötz**, Europäisches Vertragsrecht Band I, (1996, J.C.B.Mohr Paul Siebeck Tübingen) p. 416.

²⁸⁵ Cf. **Georgen, U.**, Das pactum de non cedendo, op.cit.,p. 139.; Elgar Encyclopedia of Comparative Law op.cit.,p. 99-100.

²⁸⁶ Cf. *Loi № 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du Code de commerce, art. 50 II, art. L. 442-6 Code de commerce.*

legislator amended the Civil Code by introducing a new section 1396a²⁸⁷. It handles the legal consequences of an anti-assignment clause where both contracting parties are entrepreneurs. In order to be binding, several facts should be present. Firstly, it should be aimed at money receivables, arising out of commercial transactions. Secondly, an anti-assignment clause may not be included in the general terms and conditions, presented by either party. There should be an explicit mutual consent on its inclusion. Thirdly, the clause should not, considering all relative circumstances, gravely harm the legal interests of the creditor. The Austrian legislator refused to enact the absolute effect of *pactum de non cedendo* in commercial transactions and provided that a non-assignment clause under § 1396a does not impede with the validity of an assignment. As far as the debtor has been notified of the assignment and the identity of the assignee, he or she cannot discharge himself by paying the assignor. The debtor retains some of its legal interests, since the assignment is actually carried out in breach of a contractual clause. That is why the debtor is entitled to bring an action for damages against the assignor (§ 1396a, (2) Austrian Civil Code). However, a claim for damages cannot be brought against the assignee on the sole reason that he or she was aware of the non-assignment clause. There are some scholars who raise doubts about the expedience of the provision, claiming that it puts the debtor in a rather weak position²⁸⁸. I dare to disagree. It is evident that the introduction of § 1396a with its narrow scope of application is justified by economic reasons. This legislative policy is aimed exclusively at promoting business and commercial activities and therefore only entrepreneurs acting in a mercantile capacity can make use of it. That is why stability and predictability of commercial transactions is put in a more favorable position in comparison to the individual interests of the debtor. As far as consumers are concerned, the absolute effect of an anti-assignment clause is not abolished. Thus, the creation of two parallel set of rules aimed at providing a balanced solution to the conflict of legal interests of all parties involved depending on their capacity, proves to be a sensible legislative decision.

Other recent civil law codifications have also adopted a moderate legal approach to the effects of an anti-assignment clause. A contractual prohibition of assignment has a binding effect only between contracting parties, thus being unable to prevent a purported transfer of the receivable. The provision of art. 166, (2) of the **Estonian Law of Obligations Act** (2002) provides that “agreements concluded between an obligor and an obligee whereby assignment of the claim is precluded or the right to assign the claim is restricted have no effect against third parties”. The new **Hungarian Civil Code** (2014) adopts this legal approach as well by declaring a contractual prohibition of assignment of a receivable null and void with respect to third parties (Section 6:195). It should

²⁸⁷ Cf. *Bundesgesetz, mit dem im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch das Zessionsrecht geändert wird (Zessionsrecht-Änderungsgesetz - Zess-RÄG)*, entry into force 01. June 2005.

²⁸⁸ Cf. **Koziol, H., Welsch, R.**, Grundriss des bürgerlichen Rechts, op.cit., p. 119.

be noted that both the Estonian and the Hungarian legislator have retained a right for the debtor to claim damages for breach of contract against the assignor. Despite the lack of an explicit provision in the **Bulgarian Law of Obligations** (1951), the majority of scholars and case law adopt this moderate legal approach as well.

A similar provision, aimed at relieving those involved in business and commerce from the absolute effect of a non-assignment clause, can be found in § 354a of the **German Commercial Code** (Handelsgesetzbuch; HGB) as well. The provision was adopted in 1994 as an attempt to overcome the strict consequences of § 399 BGB. The German legislator provided that an assignment of a pecuniary receivable in breach of a non-assignment clause where both parties are acting in a mercantile capacity is generally valid. However, in comparison to other national legislations the debtor is placed in a better position, since or she retains the right to discharge himself of the debt by paying the assignor despite the assignment²⁸⁹.

Just like § 354a HGB, a debtor can enjoy this higher level of legal protection under the provision of art. 417, (4) of the **Slovenian Law of Obligations**. The Slovenian legislator also has also acknowledged the absolute effect of a contractual prohibition of assignment, but provides an exception to the rule whenever both contracting parties are merchants. Following the approach, adopted in the German Commercial Code, art. 417, (4) of the Slovenian Law of Obligations declares the *pactum de non cedendo* unenforceable against third parties with regard to a pecuniary receivable and in the same time entitles the debtor to pay the assignor with a discharging effect.

IV. The Common Law approach

The effect of a contractual prohibition of assignment has been subject to discussion in the national legislations belonging to the Common law legal family as well. The development of a *pactum de non cedendo* in English law proved to be dynamic, since both concepts on its effect have been acknowledged at some point. This circumstance has led scholars to consider this matter as a “confusing array of conflicting views”²⁹⁰. Case law from the beginning of the 20th century almost unanimously denied the absolute effect of a contractual prohibition of assignment. In *Shaw & Co v Moss Empires* (1908)²⁹¹ Darling J. held that such a clause “*could no more operate to invalidate the*

²⁸⁹ Cf. **P. Jung**, Handelsrecht, (5. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2006) p. 214.; **E.Klunziger**, Grundzüge des Handelsrechts (13. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2006) p. 188.

²⁹⁰ Cf. **Bob Allcock**, Restrictions on the Assignment of Contractual Rights. - Cambridge Law Journal [vol. 42, November 1983] p. 328.

²⁹¹ *Tom Shaw & Co v. Moss Empires (Ltd.)* (1908), 25 T.L.R., 190, 191.

assignment that it could to interfere with the laws of gravitation". A New Zealand judge ruled that a chose in action which is in its own nature assignable cannot be made inalienable by a contractual undertaking not to assign it²⁹². The policy to consider the assignee entitled to the money irrespective of the non-assignment clause was further confirmed in *Spellman v. Spellman* (1961)²⁹³. Two decades later, in the case of *Helstan Securities Ltd v. Hertfordshire City Council* (1978), Croom-Jonson J. refused to follow the established policy and declared that a purported assignment carried out at variance with a contractual prohibition to assign should be considered invalid, even between the assignor and the assignee. The Judge held that "*certain kinds of choses in action are not assignable; therefore there is no reason why the parties to an agreement may not contract to give its subject matter the quality of unassignability*". It was held that the absolute effect of a *pactum de non cedendo* may be justified by the unwillingness of the debtor to deal with an unknown assignee and that the future assignee could have made proper inquiries into the peculiarities of the receivable in order to establish whether it has been barred from assigning.

The *Helstan* case raised discussions among scholars. It was held that an absolute effect of a non-assignment clause would present a serious obstacle in commercial transactions. Some proposed adopting a 'relative' effect that renders a contractual prohibition of assignment invalid as between the assignor and the assignee, while providing the debtor with the possibility to discharge himself by paying the assignor even after the notice of an assignment²⁹⁴. Others pointed out that the effect of a contractual prohibition of assignment should depend on its precise construction²⁹⁵. This would in turn lead to four different types of legal consequences. The first possibility is that the clause operates as a mere contractual promise not to assign. This would not in turn render the invalidity of an assignment and the assignee will be able to claim payment from the debtor. The debtor's only form of legal protection would be to bring an action for breach of contract against the assignor. The second outcome may be that the contractual prohibition of assignment would not affect the relations between assignor and assignee, but the assignment will be deemed ineffective against the debtor²⁹⁶. Thirdly, the clause may have an absolute effect and prevent the transfer of the receivable against any assignee. The last possibility is that the debtor may not claim damages, but is entitled to terminate the contract. The resolute position of scholars to consider a contractual prohibition of assignment inherently unable to prevent a purported assignment against any third party,

²⁹² *Hodder & Tolley Ltd. v Cornes* (1923), N.Z.L.R., 876, 878. Cf. Allcock, B., Restrictions on the assignment of contractual rights, op.cit., p. 328.

²⁹³ *Spellman v. Spellman* (1961) 2 All E.R., 498.

²⁹⁴ Cf. **Bob Allcock**, Restrictions on the Assignment of Contractual Rights, op.cit., p. 346.

²⁹⁵ Cf. **Roy Goode**, Inalienable Rights? - Modern Law Review, [vol. 42, 1979] p. 553-554.

²⁹⁶ This legal consequence is accepted by other scholars. Cf. **Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract**, (12th edition, Butterworths, London, 1991) p. 518.

thereby denying the absolute effect of a *pactum de non cedendo* caused an impact in case law. The leading case in this point, *Linden Garden Trust v Lenesta Sludge Disposals Ltd and Others* (1993) stated that any purported assignment in breach of that prohibition made by one party will be ineffective as against the other party²⁹⁷. Although the debtor seems to retain a high level of legal protection, the court held that a contractual prohibition of assignment cannot operate to prevent the assignment from transferring ownership of the debt in the relation between assignor and assignee²⁹⁸. Lord Browne-Wilkinson stated that “*a prohibition of assignment normally only invalidates the assignment as against the other party to the contract ... it cannot operate to invalidate the contract as between the assignor and the assignee and even then it may be ineffective on the grounds of public policy*”.

In general, **Australian** courts follow the guidelines set out in the *Linden Gardens* case. Both case law and scholars agree that a contractual prohibition of assignment can at most merely render the assignment invalid as between debtor and assignee, but there is still a valid agreement between the assignor and assignee. In order to determine the exact legal consequences, however, every prohibition of assignment should be individually constructed²⁹⁹.

In contrast to English and Australian law, **US** law aims to provide a more balanced approach to the effects of a contractual prohibition of assignment. This brief comparative overview will only examine the Restatement of Contracts (Second)³⁰⁰ and the Uniform Commercial Code³⁰¹, since both represent an attempt to propose a comprehensive set of rules and stand as close as possible to civil law codifications. The Second Restatement of Contracts could be regarded as a functional equivalent to a soft law³⁰² codification on the law of obligations. Its § 317, (2) provides that a contractual right can be assigned unless assignment is validly precluded by contract. Scholars consider as the majority rule that contractual rights cannot be assigned if the assignment

²⁹⁷ Cf. **A. Guest**, *Guest on the Law of Assignment*, (Sweet & Maxwell, London, 2012) p. 135.

²⁹⁸ Cf. **Roy Goode**, *Contractual Prohibitions against Assignment*, op.cit., p. 311.

²⁹⁹ Cf. **Greg Tolhurst**, *The Efficacy of Contractual Provisions Prohibiting Assignment*. - Sydney Law Review, [vol. 26, № 2, June 2004] p. 174-175.

³⁰⁰ The Restatement of Contracts is developed by the American Law Institute and represents a non-binding authority in the areas of contracts and commercial transactions.

³⁰¹ The Uniform Commercial Code (UCC) is a set of laws that provide legal rules and regulations governing commercial and business relations and transactions. The code is a recommendation of laws that can be adopted by every particular US state. At present, the UCC (in whole or in part) has been enacted, with some local variation, in all 50 US states. The UCC text and draft revisions are written by experts in commercial law and submitted as drafts for approval to the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, in collaboration with the American Law Institute.

³⁰² On the nature and regulatory mechanism of “soft law” cf. **Anna Di Robilant**, *Genealogies of Soft Law*. - The American Journal of Comparative Law, [Vol. 54, № 3, Summer 2006] p. 499 et seq.

is validly precluded by contract³⁰³. This circumstance cannot be regarded as a complete embodiment of the absolute effect of a *pactum de non cedendo*. Anti-assignment clauses are construed narrowly and in some cases parties do not have the power to prevent assignment. A contract term prohibiting assignment of rights under the contract does not prevent the assignee from acquiring rights against the assignor or the obligor (§ 322, (2), (c) of the Second Restatement of Contracts) and entitles the debtor to a right to damages for breach of the anti-assignment clause (§ 322, (2), (b) of the Second Restatement of Contracts). However, a contractual prohibition of assignment may lack these features and may effectively bar from assigning a receivable, if that is the will established by both parties, as stated in § 322, (2) Second Restatement of Contracts³⁰⁴.

The opposite approach is adopted by the Uniform Commercial Code. It should be noted that even the first version of the UCC (1952) contained an explicit provision against the possibility for parties to prohibit receivables from assigning. Section 9-318 (4) stated that “*a term in any contract ... which prohibits assignment ... is ineffective*”. Some voices against the efficacy of this provision have been raised³⁰⁵, however this approach has been further developed in the present § 9-406 UCC. It not only declares a term prohibiting or in way restricting assignment of a receivable invalid, but also precludes the possibility for the debtor to claim damages for breach of contract (§ 9-406, (d) UCC).

It would seem that the attempts to create a harmonized set of rules on the contractual prohibition of assignment in US law take into consideration the exact nature of social and economic relations. By providing two parallel types of legal approach and different legal consequences, drafters are striving to achieve a just and fair result. Whenever the debtor is not acting in a mercantile capacity, he or she should be able to rely on the binding force of a contract and should not have to expect a change on the creditor’s side. The Second Restatement of Contracts allows parties to modify the content of their legal relationship in more than one way possible. Depending on construction of the clause and parties’ intentions, a receivable can either be prohibited from assigning or the assignment may take place, leaving the debtor with the possibility to claim damages for breach of the clause. Such a high level of legal protection is not needed in business and commercial activities where parties are usually more interested in capitalizing their assets than retaining the personality of the creditor throughout the period of existence of the legal relationship. That is why the decision of the UCC drafters to deprive the *pactum de non cedendo* of any legal effects in business affairs should be resolutely supported.

³⁰³ Cf. **G. Klass**, *Contract Law in the USA*, (2010, Kluwer Law International BV, The Netherlands) p. 170.

³⁰⁴ “...unless a different intention is manifested.”

³⁰⁵ Cf. Section Comments: *Validity of Clauses Prohibiting Assignment of Accounts and Contract Rights*, *The University of Chicago Law Review*, [vol. 25, № 1, Autumn 1957] p. 199-205.

V. The need for coherence and possible legal models for harmonization of the anti-assignment clause

As this brief comparative overview has shown, virtually every type of legal approach to the effect of a contractual prohibition of assignment can be found throughout different national legislations. This astonishing diversity of provisions on the issue, spanning from an absolute effect to having no effect at all, is able to cause several complications, especially in the context of a Single European Market and the free movement of goods and services as one of its underlying legal and economic principles. There have been attempts to introduce a unified set of rules of assignment. One of them is the United Nations Convention of the Assignment of Receivables in International Trade (2001)³⁰⁶. The main aim was to introduce a sophisticated model for the modernization of national legislations with respect to the assignment of receivables. By promoting a harmonization of the assignment in international trade, the drafters aimed at facilitating cross-border business transactions and easing the access to low-cost credit³⁰⁷. However, this attempt has been unsuccessful, since the UN Convention has not yet come into force. It requires the ratification of at least five States and at present only four States have ratified it³⁰⁸.

It seems that another approach should be adopted. Usually, consumers tend to rely on the concluded contract, therefore providing a substantial level of legal protection to their interests with regard to a contractual prohibition of assignment may be justified. On the contrary, parties involved in business and commercial activities are generally more concerned with the economic results and the possibility to achieve profits than to retain the original contracting party. These circumstances show that it would be almost impossible to achieve a unified set of rules applicable to all contracting parties regardless of their capacity. The adoption of either one of the principles of freedom of contract or the free alienability of assets would prove detrimental to the interests of some of the parties involved. Therefore, to my view, the best outcome would be to provide two parallel set of rules depending on the capacity of contracting

³⁰⁶ The Convention was adopted and opened for signature by the General Assembly by its Resolution 56/81 of 12. December 2001.

³⁰⁷ On the UN Convention on the Assignment of Receivables in International Trade cf. **S.Bazinas**, UNCITRAL's Contribution to the Unification of Receivables Financing Law: The United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, *Uniform Law Review*, [vol. 49, 2002]; **Akseli, N.O.**, The Utility and Efficacy of the UN Convention on the Assignment of Receivables and the Facilitation of Credit, in *"Availability of Credit and Secured Transactions in a Time of Crisis"*, (Cambridge University Press, 2013) p. 259-301.

³⁰⁸ The States who have ratified the UN Convention are USA, Luxembourg, Liberia and Madagascar. The current status of the Convention can be traced here – www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security/2001Convention_receivables_status.html (last accessed on 16.08.2017).

parties. However, the founding stone of any purported attempt for harmonization should be the policy to abandon the absolute effect of a contractual prohibition of assignment, even in the case where parties are not acting in a mercantile capacity. The provision of III. – 5:108 of the **Draft Common Frame of Reference (DCFR)** presents a balanced solution aiming to take into consideration the legal interests of all parties involved. The general rule, set out in Book III, art. 5:108, (1) of the DCFR, provides that all rights are assignable despite a contractual prohibition or restriction of assignment, thus fully recognizing the principle of alienability of assets. At the same time the drafters of the DCFR do not neglect the freedom of contract. Where a right is assigned in breach of such a prohibition or restriction, the debtor is granted a relatively high level of legal protection, as seen in art. 5:108, (2) of Book III of the DCFR. Firstly, he or she may still perform in favor of the assignor with a discharging effect. Moreover, the debtor retains all rights of set-off against the assignor as if the right has never been assigned. However, the debtor will not enjoy these rights in all cases, since the drafters have introduced three exceptions to art.5:108, (2) of the DCFR. Whenever the debtor consents to the assignment or causes the assignee to believe that there is no anti-assignment clause, he or she cannot expect to retain this high level of legal protection. Moreover, the drafters have excluded the application of paragraph (2) of art. 5:108 of the DCFR to those cases where the assigned right is a right to payment for the provision of goods or services. To my view, this exception is justified, since the obligation of the debtor is a pecuniary one and in this case the personality of the creditor is not significant. However, the debtor's right to claim damages for breach of the contractual prohibition is not only acknowledged by the drafters in paragraph (4) of art. 5:108 of the DCFR, but applies to all cases, irrespective of the nature of the relationship.

To my view, the drafters of the DCFR introduce a balanced approach with respect to the contractual prohibition of assignment. The debtor's interests are protected and the principle of freedom of contract is respected so far as it does not contravene with the principle of free alienability of assets. Therefore I find this set of rules suited to contractual relations between parties not acting in a mercantile capacity.

As far as contractual relations between parties acting in a mercantile capacity are concerned, there is another soft law codification that provides an appropriate solution to the conflict between their legal interests. To my view, the **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2010)** could be considered as a possible model for harmonization of the anti-assignment clause in business transactions. The drafters of the UNIDROIT Principles are aiming to provide a comprehensive set of rules on all aspects of

contracts concluded in cross-border business activities³⁰⁹. This specific scope justifies the embodiment of the principle of free alienability of assets with regard to the effect of the *pactum de non cedendo*. The drafters set out that the assignment of a right to payment of a monetary sum is effective notwithstanding an agreement limiting or prohibiting such an assignment (art. 9.1.9 of the PICC). The unconditioned transfer of assets is vital for economic growth. However, the interests of the debtor are not fully neglected. The anti-assignment clause is part of the contractual relationship between two parties and as such, prone to breach, just like any other clause. That is why the drafters have provided that the assignor may be liable to the obligor for breach of contract, but this circumstance cannot lead to the invalidity of the assignment.

VI. Conclusive remarks

The result of this attempt for a comparative overview on the contractual prohibition of assignment is quite astonishing. It would seem that there is a significant diversity among national legislations concerning the effect of a *pactum de non cedendo*. The exact provision does not necessarily follow the affiliation of the codification to its respective legal family. It is rather influenced by local reasons and can rarely be seen as a result of a consistent transnational policy. Moreover it is not uncommon for a national legislator to provide different legal consequences of an anti-assignment clause depending on the capacity of contracting parties. The introduction of a unified set of rules applicable to all possible cases is therefore impossible. A reasonable step to achieve harmonization on this matter would be the implementation of the provisions of art.III.- 5:108 of the DCFR and art. 9.1.9 of the PICC into national legislations. Thus, the co-existence of two parallel set of rules depending on the mercantile capacity of parties would provide a concise, modern and balanced approach to the effect of a contractual prohibition of assignment.

³⁰⁹ About the legal nature of the PICC Cf. **Vogenauer, St.**, Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overkill of Soft Law? - European Review of Contract Law, 2010, vol. 2, p. 148.

SNABDEVANJE ELEKTRIČNOM ENERGIJOM: DELATNOST SRODNA KOMUNALNIM ILI DRUGIM DELATNOSTIMA

УДК: 338.46:621.315/.316]:34.037

Professional paper

UVOD

Snabdevanjem električnom energijom bavi se snabdevač, odnosno lice koje je za to ovlašćeno - koje ima važeću licencu za snabdevanje. Baveći se energetsom delatnošću, snabdevač dospeva u dužničko-poverilačke odnose, te svoje interese i prava ostvaruje u skladu sa opštim zakonskim propisima.

Jedno od ovlašćenja snabdevača u položaju poverioca jeste pokretanje adekvatnog postupka radi naplate svoga potraživanja. Imajući u vidu važeći Zakon o izvršenju i obezbeđenju³¹⁰, snabdevač može na osnovu verodostojne isprave pokrenuti izvršni postupak. Postavlja se pitanje da li je reč o postupku koji se inicira pred sudom ili pred javnim izvršiteljem, odnosno da li se radi o potraživanju koje proističe iz delatnosti srodne komunalnoj ili ne ?

Dugogodišnja praksa snabdevača električnom energijom, istina pre odvajanja energetske delatnosti, postavila je i pitanje prirode verodostojne isprave nastale nakon potpisivanja sporazuma kojim su korisnici usluge priznavali dug, odnosno da li je reč o verodostojnoj ispravi nastaloj na osnovu pružene usluge, ili verodostojne isprave koja sadrži i podatke iz pravnog posla koji se nikako ne može podvesti pod opis osnovne delatnosti ? Aktuelnost ovog pitanja produženo je preuzimanjem potraživanja od strane novog snabdevača koji je stupio u nasledenu pravnu situaciju. Staranje o primeni odredaba Zakona o energetici³¹¹ kojim su obavezani distributer i snabdevač³¹² da ažuriraju bazu podataka kupaca električne energije otvorio je pitanje mogućnosti rešavanja mnoštva izvršnih postupaka koji se još uvek nalaze u radu kod javnih izvršitelja na drugi način u odnosu na procesni – odbačajem. Prikupljanje podataka sa terena u cilju sređivanja baze kupaca električne energije u nekim drastičnim primerima pokazala je da su predlozi za izvršenje podnošeni protiv lica koja ne

*Javni izvršitelj u Nišu.

³¹⁰ Službeni glasnik RS br. 106/2015 od 21.12.2015. године, i 106/2016 (nadalje: ZIO).

³¹¹ Službeni glasnik RS br. 145/2014 od 29.12.2014. године,

³¹² Ibidem, videti čl.400

postoje više desetina godina. Objektni model³¹³ isporuke električne energije, dakle, negativno utiče na mogućnost bezrezervnog definisanja vrste delatnosti imajući u vidu da komunalne, pa i srodne delatnosti, jesu od značaja za ostvarenje životnih potreba fizičkih i pravnih lica – lica koja zaista postoje, a ne za ostvarenje potreba lica za koja se pretpostavlja da postoje u nekom objektu ili da su u vezi sa nekim objektom.

Pre samog ulaženja u meritum na ovom mestu valja spomenuti da određivanje pravne prirode delatnosti koja podrazumeva snabdevanje električnom energijom, i ne bi bio toliko važan da nije šarenolike sudske prakse, čak i u okviru istih sudova, koja identičnu činjeničnu situaciju tumači na različite načine.

Nadalje, definisanje snabdevanja električnom energijom u smislu odredaba ZIO jeste važno da bi se konačno zauzeo jedinstveni stav po pitanju dozvole, odnosno odbijanja traženih privremenih mera radi privremenog regulisanja odnosa između snabdevača i kupca, uglavnom spornih usled slobodnije primene i tumačenja podzakonskih propisa.

DELATNOST SNABDEVANJA ELEKTRIČNOM ENERGIJOM

Snabdevanje električnom energijom jeste energetska delatnost definisana Zakonom o energetici³¹⁴, koja se obavlja u skladu sa tržišnim principima. Može se javiti u dva osnovna oblika: u obliku snabdevanja sui generis i snabdevanja na veliko, kao i u izvedenim: u vidu javne usluge (garantovanog snabdevanja) i rezervnog snabdevanja. U dostupnoj literaturi nailazi se i na pojam potpunog snabdevanja, koji se ne može smatrati ni osnovnim ni izvedenim oblikom.

Potpuno snabdevanje je prodaja električne energije kod koje količina električne energije za obračunski period nije utvrđena ugovorom o snabdevanju, već krajnji kupac³¹⁵ ima pravo da odredi količinu, na osnovu ostvarene potrošnje na mestu primopredaje. Za jedno mesto primopredaje i za isti period snabdevanja može se zaključiti samo jedan ugovor o potpunom snabdevanju. Reč je, dakle, o vrsti ugovora koja se zaključuje u okviru osnovnih ili izvedenih oblika snabdevanja.

³¹³ Objektni model isporuke električne energije pretpostavlja objekat kao tačku vezivanja između snabdevača i kupca. Objektni model, za razliku od subjektivnog modela, zahteva vezu između korisnika usluge i objekta (vlasništvo, zakup, plodouživanje). prim.aut.

³¹⁴ Videti čl.16, Zakon o energetici, op.cit.

³¹⁵ Krajnji kupac je pravno ili fizičko lice ili preduzetnik koji kupuje električnu energiju za svoje potrebe. Videti čl.2.st.1.tač.31. Zakona o energetici, op.cit.

Snabdevanje električnom energijom ne treba mešati sa drugim energetske delatnostima. Suština razdvajanja energetske delatnosti u skladu sa trećim energetske paketom mera Evropske komisije³¹⁶ jeste omogućavanje vladavine tržišta, a time podizanja kvaliteta usluge i snižavanje cene, kao i podizanje zadovoljstva korisnika. Stoga ne treba mešati proizvodnju i distribuciju sa snabdevanjem električnom energijom, jer snabdevanje ne predstavlja generički, već individualni pojam koji podrazumeva konkretnu uslugu, ali ne isključuje usluge drugih pružalaca energetske delatnosti.

Osnovni oblici snabdevanja električnom energijom

Snabdevanjem električnom energijom se bavi snabdevač. Snabdevač jeste učesnik na energetske tržištu električne energije koji svoju delatnost obavlja na osnovu posebne dozvole za snabdevanje – licence. Razlikuju se dve vrste licenci: licenca za snabdevanje električnom energijom (snabdevanje sui generis) i licenca za snabdevanje na veliko. Snabdevanje električnom energijom je prodaja električne energije, kupcima za njihove potrebe ili radi preprodaje. Ona, dakle, podrazumeva prodaju električne energije i krajnjim kupcima. Suprotno tome, snabdevanje na veliko električnom energijom predstavlja prodaju električne energije kupcima, uključujući preprodaju, osim prodaje krajnjim kupcima.

Na prvi pogled može se reći da se radi o klasičnim trgovinama na veliko i malo, koje se u skladu sa Zakonom o klasifikaciji delatnosti³¹⁷ i Uredbom o klasifikaciji delatnosti³¹⁸ svrstavaju u sektor G. Međutim, snabdevanje električnom energijom definisano je u posebnom sektoru, sektoru D.

Analizirajući oblasti, grane i grupe sektora, već se na samom početku vidi manjkavost postojeće nomenklature. Naime, oblast 35. nosi naziv: “Snabdevanje električnom energijom, parom i klimatizacija”, a prva grana 35.1 podrazumeva proizvodnju, prenos i distribuciju električne energije, što je svakako suprotno tendenciji Zakona o energetici ali i preporukama EU o razdvajanju energetske delatnosti. U okviru iste grane nalaze se grupe: proizvodnja električne energije (35.11), prenos električne energije (35.12), distribucija električne energije (35.13) i trgovina električnom energijom (35.14). Navedena podela, iako formalno gledano ne baš perfektno izvedena, pruža

³¹⁶ O energetske politici EU više pogledati u: Tomas Maltby, European Union energy policy integration: A case of European Commission policy entrepreneurship and increasing supranationalism, *Energy Policy*, Vol.55, Elsevier 2013, p.435-444

³¹⁷ Službeni glasnik RS br. 104/2009 od 16.12.2009. godine

³¹⁸ Službeni glasnik RS br. 54/2010 od 04.8.2010. godine

mogućnost registrovanja delatnosti ključnih energetske delatnosti u oblasti elektroenergetike. Ipak, i dalje ostaje nepoznanica na koji način se spomenute delatnosti mogu smatrati komunalnim, odnosno srodnim komunalnoj delatnosti. Odgovor valja potražiti nakon analize izvedenih oblika snabdevanja električnom energijom.

Izvedeni oblici snabdevanja električnom energijom

Prema kriterijumu zastupljenosti, može se reći da je najvažniji izvedeni oblik snabdevanja električnom energijom garantovano snabdevanje. Pretstavlja javnu uslugu kojom se osigurava pravo domaćinstava i malih kupaca na snabdevanje električnom energijom propisanih karakteristika na teritoriji Republike Srbije po razumnim, jasno uporedivim, transparentnim i nediskriminatorskim cenama. Garantovano snabdevanje obavlja garantovani snabdevač koji od povlašćenih proizvođača otkupljuje električnu energiju, i obavlja poslove koji se odnose na sprovođenje podsticajnih mera u skladu sa zakonom.

Cena električne energije za garantovano snabdevanje može biti regulisana u skladu sa metodologijom koju donosi Agencija za energetiku³¹⁹. Pravo na garantovano snabdevanje imaju domaćinstva i lica koja imaju svojstvo malog kupca³²⁰. Garantovani snabdevač je dužan da pruža garantovano snabdevanje na zahtev ili po automatizmu, ako kupac ne izabere drugog snabdevača. Garantovano snabdevanje se pruža po ugovoru o potpunom snabdevanju.

Iz navedenog opisa proizilazi da se garantovano snabdevanje pruža većem broju korisnika na teritoriji Republike Srbije. Vlada Republike Srbije propisivanjem uslova isporuke i snabdevanja krajnjih kupaca električnom energijom utvrđuje obračunski period i obavezan sadržaj računa za naplatu isporučene električne energije³²¹.

Ipak, garantovano snabdevanje ne može se smatrati komunalnom delatnošću. Komunalna delatnost jeste delatnost pružanja komunalnih usluga od značaja za ostvarenje životnih potreba fizičkih i pravnih lica kod kojih je

³¹⁹ Videti član 88. u vezi sa čl.50. Zakona o energetici, op.cit.

³²⁰ O kupcima iz kategorije domaćinstva i o malim kupcima više videti *infra* u odeljku "Kupac električne energije"

³²¹ Iako je Vlada Republike Srbije trebalo da na osnovu čl.214. Zakona o energetici donese novu Uredbu o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom, još uvek se primenjuje stara doneta na osnovu prethodno važećeg zakona, objavljena u Sl.glasnik RS br. 63/2013 od 27.7.2013. godine.

jedinica lokalne samouprave dužna da stvori uslove za obezbeđenje odgovarajućeg kvaliteta, obima, dostupnosti i kontinuiteta, kao i nadzor nad njihovim vršenjem³²². Međutim, ne može se poreći da garantovano snabdevanje jeste delatnost od opšteg interesa, odnosno delatnost od značaja za ostvarenje životnih potreba stanovnika. ‘... nije teško primetiti da je korišćenje električne energije odavno postalo, ako ne nasušna potreba, onda makar jedna od onih navika bez kojih nam se život čini nezamislivim.’³²³

Garantovano snabdevanje se može opisati kao delatnost od opšteg interesa kojom se kontinuirano pružaju usluge većem broju lica na određenom području i periodično naplaćuju, što je upravo definicija delatnosti srodne komunalnoj³²⁴.

Međutim, može se sa pravom tvrditi da drugi izvedeni oblik, rezervno snabdevanje, nema identične karakteristike. Pravo na rezervno snabdevanje ima krajnji kupac električne energije koji nema pravo na garantovano snabdevanje u slučaju: 1) stečaja ili likvidacije snabdevača koji ga je do tada snabdevao; 2) prestanka ili oduzimanja licence snabdevaču koji ga je do tada snabdevao; 3) da nije našao novog snabdevača nakon prestanka ugovora o snabdevanju sa prethodnim, osim ako je prestanak ugovora posledica neizvršavanja obaveza plaćanja kupca; 4) da nije našao novog snabdevača nakon prestanka ugovora o snabdevanju sa prethodnim, a pripada kategoriji kupaca kojima se ne može obustaviti isporuka električne energije u slučaju neizvršavanja obaveza, u skladu sa zakonom³²⁵.

Rezervno snabdevanje se ostvaruje bez zahteva krajnjeg kupca i počinje prestankom ugovora o snabdevanju sa ranijim snabdevačem. Rezervno snabdevanje može neprekidno trajati najduže 60 dana. Ako krajnji kupac po isteku rezervnog snabdevanja nije našao novog snabdevača, operator sistema je dužan da mu obustavi isporuku električne energije.

Dakle, rezervno snabdevanje nastaje izuzetno u zakonom predviđenim slučajevima. Oročenog je trajanja i nije upravljeno prema svim potrošačima. Kako je zakon limitirao maksimalno trajanje ugovora od 60 dana, ne može se govoriti o periodičnoj naplati jer je rok potencijalnog postojanja ugovora veoma kratak. Iz navedenog proizilazi da se rezervno snabdevanje ne može smatrati srodnom komunalnom delatnošću.

³²² Videti čl.2. Zakona o komunalnim delatnostima, Sl. glasnik RS br. 88/2012 i 104/16.

³²³ Nenad Tešić, "O izuzetnosti duga za struju", *Harmonius*, Beograd 2016, str.293.

³²⁴ Videti čl.392. ZIO

³²⁵ Videti čl.192. Zakona o energetici, op.cit.

KUPAC ELEKTRIČNE ENERGIJE

Potruga za valjanim odgovorom o tome da li se određena energetska delatnost može smatrati srodnom komunalnoj iziskuje i razumevanje pojma kupca električne energije. Zakon o energetici (nadalje: zakon) definiše kupca električne energije kao pravno ili fizičko lice ili preduzetnika koji kupuje energiju ili energent za svoje potrebe ili radi preprodaje³²⁶. Radi se o licima koji se mogu svrstati u nekoliko kategorija.

Pre svega, zakon prepoznaje kupca iz kategorije domaćinstva. Radi se o krajnjem kupcu koji kupuje električnu energiju za potrošnju svog domaćinstva i za zajedničku potrošnju domaćinstava isključujući obavljanje komercijalnih ili profesionalnih delatnosti.

Pandan kupcu iz kategorije domaćinstva u privredi jeste mali kupac. Status malog kupca imaju krajnji kupci (pravna lica i preduzetnici) koji imaju manje od 50 zaposlenih, ukupan godišnji prihod u iznosu do 10 miliona evra u dinarskoj protivvrednosti, čiji su svi objekti priključeni na distributivni sistem električne energije napona nižeg od 1 kV i čija je potrošnja električne energije u prethodnoj kalendarskoj godini do 30.000 kWh.

Obe navedene kategorije imaju mogućnost da im se snabdevanje pruža po automatizmu, dakle imaju pravo na garantovano snabdevanje.

Na ovom mestu valja pomenuti i posebnu kategoriju kupaca. Radi se o energetskegroženom kupcu, odnosno kupcu iz kategorije domaćinstva koje zbog socijalnog statusa ili zdravstvenog stanja, u skladu sa zakonom, ima pravo na snabdevanje pod posebnim uslovima. Status energetskegroženog kupca stiče se na osnovu akta organa nadležnog za socijalna pitanja. Vlada bliže propisuje kriterijume za sticanje statusa energetskegroženog kupca, način zaštite, sadržinu zahteva, uslove, rok i postupak za sticanje statusa, kao i dokaze koji se prilažu uz zahtev, količine električne energije za koje se energetskegroženom kupcu umanjuje mesečna obaveza plaćanja, način izdavanja akta o sticanju statusa i sadržinu tog akta, način vođenja evidencije i druga pitanja neophodna za utvrđivanje statusa.

Svim ostalim licima koja kupuju električnu energiju: kupcima koji kupuju električnu energiju radi preprodaje i kupcima koji kupuju električnu energiju za sopstvene potrebe a koji se ne mogu smatrati malim kupcima zapravo snabdevač ne pruža uslugu garantovanog snabdevanja, već snabdevanja po trenutno važećim komercijalnim uslovima te ne može biti reči o obavljanju delatnosti srodne komunalnoj već privredne delatnosti.

³²⁶ Videti čl.2.st.1.tač.34, Zakona o energetici, op.cit

Zakonske odredbe ne poznaju kupovinu električne energije od strane objekata, delova objekata i sličnih određenja koja se mogu videti u praksi³²⁷, te na prvi pogled ostaje nejasno zbog čega je toliko problematično snabdevaču da faktički identifikuje kupca i svrsta ga u određenu kategoriju.

Odgovor se možda može naslutiti iz zakonskog rešenja propisanog u čl.190.st.2. zakona, koji obavezuje garantovanog snabdevača da snabdeva kupca električnom energijom po automatizmu. Zakonski termin "automatizam" se i danas tumači kao obaveza snabdevača da snabdeva kupce bez zaključenog ugovora o snabdevanju. Autor smatra da je ovakvo tumačenje nedopustivo i da nanosi direktnu štetu snabdevaču.

Članom 400. zakona, propisana je obaveza operatora distributivnog sistema da do 1. maja 2016. godine, uspostavi ažurnu bazu podataka o svim kupcima iz kategorije domaćinstvo i malim kupcima i njihovim mernim mestima, kao i obaveza garantovanog snabdevača električnom energijom da, na osnovu tako napravljene baze podataka, najkasnije do 1. januara 2017. godine, uspostavi ažurnu bazu podataka o svim kupcima iz kategorije domaćinstvo i malim kupcima koje snabdeva i zaključi ugovor o snabdevanju električnom energijom, u pisanoj formi.

Navedeni datumi su istekli, tako da više nema mesta primeni "automatizma". Snabdevač mora imati potpisane ugovore o snabdevanju za sva merna mesta u kategorijama kupaca domaćinstva i malih kupaca. Potpisivanjem ugovora, snabdevač ne samo da štiti sebe, već i krajnje kupce kojima je u obavezi da pruži određeni nivo usluge u odnosu na kategoriju kupaca kojoj pripadaju.

Međutim, praksa pokazuje da i pored imperativne zakonske norme, snabdevač nema potpisane ugovore o snabdevanju. Zaključivanje ugovora o snabdevanju ne podrazumeva samo puko evidentiranje potrošača, već prikupljanje dragocenih podataka koji su u slučaju prinudne naplate potraživanja neophodni za pružanje sudske zaštite.

Naime, članom 59. Zakona o izvršenju i obezbeđenju propisana je obaveza izvršnog poverioca da u predlog za izvršenje navede identifikacione podatke izvršnog dužnika. Identifikacioni podaci o izvršnom dužniku koji je fizičko lice jesu: ime i prezime i prebivalište; datum rođenja i jedinstveni

³²⁷ Istraživajući sadržinu predloga za izvršenje nekadašnjeg snabdevača električnom energijom koji su lično bili dostupni autoru, primećeno je da su kao izvršni dužnici u pojedinim predmetima označavani hidranti, zajednička potrošnja, stepenišno svetlo i slično, što je neminovno dovelo do odbačaja predloga za izvršenje. Takođe, u mnogim predmetima kao izvršni dužnik je bila navođena Skupština stanara (organ stambene zgrade u skladu sa ranije važećim Zakonom o održavanju stambenih zgrada ("Službeni glasnik RS", br. 44/95, 46/98, 1/01 - US, 101/05 - dr. zakon, 27/11 - US i 88/11)), a ne sama stambena zgrada.

matični broj građana. Identifikacioni podaci o izvršnom dužniku koji je pravno lice jesu: poslovno ime; matični broj i poreski identifikacioni broj. Identifikacioni podaci o izvršnom dužniku koji je strano pravno lice jesu: poslovno ime i sedište; odgovarajući identifikacioni broj. Identifikacioni podaci o izvršnom dužniku koji je preduzetnik ili fizičko lice koje obavlja delatnost jesu: poslovno ime ili ime i prezime; matični broj i poreski identifikacioni broj.

Ukoliko snabdevač nije zaključio ugovor o snabdevanju sa kupcem, ostaje pitanje da li isporučuje električnu energiju licu koje postoji – mnoštvo izvršnih postupaka se u prethodnom periodu pred izvršiteljima okončavao odbačajem predloga upravo usled utvrđivanja smrti izvršnog dužnika pre iniciranja izvršnog postupka. Međutim, problem je mnogo dublji. Snabdevač je obveznik poreza na dodatu vrednost (PDV). Izdavanjem računa nepostojećem licu ne samo da gubi mogućnost kasnije naplate od istog (jer isto ne postoji), već i stvara obavezu plaćanja PDVa za isporučenu električnu energiju za koju postoji vrlo mala verovatnoća da će naplatiti.

Poseban problem predstavlja izdavanje računa za merna mesta koja faktički na terenu ne postoje. Dešavalo se da korisniku bude obustavljena isporuka električne energije i da je objekat ubrzo nakon toga srušen, a da snabdevač nastavlja da isporučuje račun (sa utroškom električne energije 0).

Cilj identifikacije kupca je svakako opravdan, međutim, valja biti obazriv. Ne bi bilo dopustivo da se lice koje želi da isplati zaostali dug, ali ne i da potpiše ugovor o snabdevanju smatra novim kupcem. Sama potreba ili želja da se dug izmiri ne znači priznavanje statusa potrošača. Ovo je naročito važno ukoliko se snabdevač u budućnosti opredeli za zaključivanje sporazuma o otplati zaostalog duga na rate, koji nisu nepoznati u dosadašnjoj praksi. Prepoznavanje kupca električne energije u poslu snabdevanja važno je jer se oznaka vrste dužnika kasnije potencijalno može prepoznati u dve različite vrste postupaka: postupak pred sudom, odnosno postupak pred javnim izvršiteljem.

SUDSKA ZAŠTITA

Zakon o izvršenju i obezbeđenju deli nadležnost za dozvolu izvršenja između suda i javnog izvršitelja. "Određivanje izvršenja na osnovu izvršnih ili verodostojnih isprava i dalje je, po pravilu, u kompetenciji suda s obzirom da sud po Ustavu vrši sudsku vlast i da se, kad je u pitanju egzekucijska pravna zaštita radi o odlučivanju o primeni prinude. ZIO, isto tako nije menjao nadležnost za određivanje izvršenja radi namirenja novčanih potraživanja iz

komunalnih i sličnih usluga uspostavljenu ranijim zakonom te su u tim pravnim stvarima i dalje isključivo nadležni profesionalni izvršitelji.”³²⁸

Izvršni postupak i postupak obezbeđenja pokreću se tako što izvršni poverilac podnosi predlog za izvršenje na osnovu izvršne ili verodostojne isprave ili predlog za obezbeđenje, a po službenoj dužnosti pokreću se samo ako je zakonom određeno. O predlogu za izvršenje na osnovu izvršne ili verodostojne isprave i predlogu za obezbeđenje odlučuje sud. O predlogu za izvršenje na osnovu verodostojne isprave radi namirenja novčanog potraživanja nastalog iz komunalnih usluga i srodnih delatnosti odlučuje javni izvršitelj. Kada se donese rešenje o izvršenju ili obezbeđenju, sprovodi se izvršenje.³²⁹

Sud je isključivo nadležan za izvršenje zajedničke prodaje nepokretnosti i pokretnih stvari, činjenja, nečinjenja ili trpljenja i izvršenje izvršnih isprava u vezi s porodičnim odnosima i vraćanjem zaposlenog na rad. Javni izvršitelji jesu isključivo nadležni za izvršenje ostalih izvršnih isprava, rešenja o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, rešenja o usvajanju predloga za protivizvršenje i rešenja o izvršenju rešenja o izrečenim sudskim penalima.³³⁰

Iz citiranih odredaba proizilazi da je nadležnost javnih izvršitelja veoma razuđena po pitanju sprovođenja izvršenja, međutim, javni izvršitelji su jedino nadležni da dozvole izvršenje ukoliko je reč o potraživanjima nastalim iz komunalnih usluga i srodnih delatnosti.

Sudska zaštita izvršnih poverioca pružaoca komunalnih usluga

Delatnosti koje se mogu smatrati komunalnim definisane su Zakonom o komunalnim delatnostima. Zakon u tom smislu prepoznaje: snabdevanje vodom za piće; prečišćavanje i odvođenje atmosferskih i otpadnih voda; proizvodnju, distribuciju i snabdevanje toplotnom energijom; upravljanje komunalnim otpadom; gradski i prigradski prevoz putnika; upravljanje grobljima i sahranjivanje; pogrebnu delatnost; upravljanje javnim parkiralištima; obezbeđivanje javnog osvetljenja; upravljanje pijacama; održavanje ulica i puteva; održavanje čistoće na površinama javne namene; održavanje javnih zelenih površina; i dimničarske usluge. Da bi javni izvršitelj zasnovao svoju nadležnost, neophodno je da stranka uz predlog priloži verodostojnu ispravu iz koje proističe da je nastala na osnovu pružanja komunalnih usluga, kao i da

³²⁸ Gordana Stanković, *Mehanizam kontrole izvršenja prema odredbama novog zakona o izvršenju i obezbeđenju*, *Pravni život* br.11/2016, Beograd 2016. str.579

³²⁹ Videti čl.3. Zakona o izvršenju i obezbeđenju, op.cit.

³³⁰ Videti čl.4. Ibidem

dokaže da je jedinica lokalne samouprave stranci poverila obavljanje komunalnih delatnosti navedenih u verodostojnoj ispravi.

Javni izvršitelj je dužan da proveri formalnu ispravnost predloga i da, nakon što utvrdi da su ispunjeni svi formalni procesni uslovi, dozvoli izvršenje. Sadržina verodostojne isprave se može jedino proveravati po usvojenom prigovoru u parnici, uključujući i situaciju u kojoj je u izvod iz poslovnih knjiga o izvršenim komunalnim ili srodnim uslugama uneta usluga koja po svojoj prirodi može biti komunalna, ali faktički nije. To bi na primer bio slučaj kada bi pružalac komunalnih usluga pružio zainteresovanom licu posebnu uslugu iz opisa svoje delatnosti: pejzažno uređenje dvorišta, vanlinijski prevoz, održavanje i sanacija privatnih pristupnih prolaza i puteva, i sl. i zatražio prinudnu naplatu iste podnošenjem predloga za izvršenje javnom izvršitelju. Ukoliko bi dužnik u navedenom slučaju prigovorio na dozvoljeno izvršenje ističući procesne nedostatke, vrlo je verovatno da bi sud prigovor smatrao osnovanim.

Sudska zaštita izvršnih poverioca koji se bave ‘srodnim’ delatnostima

Snabdevači električne energije, verovatno predstavljaju najveću grupu izvršnih poverilaca koji se mogu svrstati u kategoriju poverilaca koji obavljaju srodne u odnosu na komunalne delatnosti. Ipak, celokupan opus delatnosti koje obavljaju ne može se podvesti pod isti pravni režim.

Kako je u odeljku ‘Izvedeni oblici snabdevanja električnom energijom’ već objašnjeno, garantovano snabdevanje jeste jedina vrsta delatnosti koju snabdevač obavlja a koja se može smatrati srodnom u odnosu na komunalnu. Stoga analogno važi pravilo da bi javni izvršitelj jedino bio nadležan da odlučuje o predlogu za izvršenje u kome su prikazana dugovanja nastala po osnovu garantovanog snabdevanja.

Verodostojna isprava nastala po osnovu bilo kod drugog vida snabdevanja ne bi bila podobna za pravnosnažnu dozvolu izvršenja.

Takođe, nije osnovano u izvodu iz poslovnih knjiga o izvršenim komunalnim ili srodnim uslugama prikazivati potraživanja priznata zaključivanjem ugovora o načinu otplate zaostalog duga. Prava i obaveze iz ugovora kojim stranke utvrđuju postojanje nekog potraživanja/duga i utvrđuju način otplate ne mogu se podvesti pod pružanje komunalne ili srodne usluge, iako je potraživanje/dug nastao upravo iz tih delatnosti.

U sudskom postupku, bez obzira na vrstu, a koji se tiče snabdevanja električnom energijom, pre donošenja formalne odluke, neophodno je tačno utvrditi o kom obliku snabdevanja je reč.

Sudska zaštita kupca - izvršnog dužnika

Sudska praksa po predlozima za određivanje privremenih mera u cilju privremenog regulisanja odnosa između snabdevača i krajnjeg potrošača je nestalna. Prema stanju u spisima predmeta u predmetima iz 2016e godine u kojima je privremena mera određena, proizilazi da sud nije utvrđivao vrstu snabdevanja koja je prethodila sporu, niti je Rešenjem o određivanju privremene mere regulisana vrsta snabdevanja za vreme trajanja privremene mere.

Neupuštanjem suda u detaljnu analizu vrste odnosa, odnosno vrste snabdevanja, čini se da je sud u posmatranim predmetima nepotpuno utvrdio činjenično stanje. Nepotpunim utvrđivanjem činjeničnog stanja teško da se može doći do pravilne odluke, a pogotovo ako se imaju u vidu različiti osnovi prestanka ispunjenja ugovora u odnosu na vrstu snabdevanja.

Neophodno je shvatiti da su snabdevač i potrošač (kupac) u obligacionom odnosu. “Strane u obligacionom odnosu dužne su da izvrše svoju obavezu i odgovorne su za njeno ispunjenje”³³¹.

Bilo da je reč o snabdevaču ili potrošaču kao dužniku obaveze, za pravilnu primenu prava, neophodno je utvrditi vrstu njihovog odnosa. Stav da je stalno snabdevanje električnom energijom zapravo pravo državine na isporuci električne energije koju ima potrošač je usvajanjem važećeg zakona trebalo da bude apsolutno napušten. Potrošač ima pravo na snabdevanje u skladu sa zakonom.

Takođe, snabdevač ima pravo da snabdeva, ali i obavezu samo u slučajevima utvrđenim zakonom, te u tom smislu u sudskim postupcima treba voditi računa o pravima i obavezama i jednog i drugog.

³³¹ Marko Perović, Nemogućnost i otežana mogućnost ispunjenja obligacije, *Pravni život* br.10/16, Beograd 2016, str.715.

ZAKLJUČAK

Nadležnost organa za odlučivanje po predlozima za izvršenje radi naplate potraživanja snabdevača prema svojim kupcima zasniva se u odnosu na vrstu snabdevanja. Javni izvršitelj jeste nadležan samo u slučajevima prodaje električne energije po pravilima garantovanog snabdevanja. Za sve ostale vrste kupovine električne energije bio bi nadležan osnovni, odnosno privredni sud.

Javni izvršitelj, prilikom dozvole izvršenja, ne može da ulazi u osnov nastanka verodostojne isprave, ali sud po prigovoru stranaka u parnici, mora voditi računa o nadležnosti po službenoj dužnosti, ali, u slučaju osporavanja stranaka, i o sadržini verodostojne isprave.

Takođe, *mutatis mutandis* pravilo se može primeniti i na slučajeve dozvole izvršenja od strane suda, osim u slučajevima određivanja privremenih mera. Pre određivanja privremene mere, sud bi trebalo da otkrije prirodu odnosa između snabdevača i potrošača, odnosno vrstu snabdevanja u vezi čega je spor nastao. Samo na taj način sud bi pravilno mogao da primeni pravna pravila i donese zakonitu odluku.

Žarko Dimitrijević, LL.D.

Public Enforcement agent

ELECTRICITY SUPPLY: ACTIVITY AKIN TO UTILITY OR TO OTHER ACTIVITIES ?

Summary

Electricity supply is an activity that can be dealt exclusively with a licensed supplier. The exercise of the right to judicial protection in respect of outstanding claims arising from the sale of electricity is directly related to the understanding of the nature of the relations between the supplier and the consumer (buyer). The nature of the relationship is difficult to distinguish in view of the various types of supplies, or of the diversified activities that can be performed by the supplier. However, adequate recognition of the relationships is the basic precondition for establishing the jurisdiction of the appropriate authority. Addressing the wrong body can not lead to the protection of interests, but on the contrary, to the failure to provide adequate protection. The paper provides an overview of the activities of the supplier, determines their nature, and the reader is referred to an adequate protection procedure, including possible customer protection procedures for the purpose of realizing their own interests.

ДЕЈСТВО НА ОДЛУКИТЕ НА УСТАВНИОТ СУД НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

УДК: 342.565.2.077.6 (497.2)
Original research paper

Ефикасноста на системот на контрола на уставноста зависи не само од начинот на кој се уредени прашањата за елементите на постапката за оценка на уставноста, туку и од дејството на одлуките кои уставните судови ги донесуваат и нивното почитување. „Ефектите на контролата на уставноста на законите во остварувањето на нејзината основна цел – заштитата на уставноста, првично зависат од правното дејство на одлуките со кои се дава оценката на (не)уставноста на законите“³³². За значењето кое на ова прашање му го даваат уставотворните органи, доказ е фактот што оваа материја во компаративното уставно право е *materia constitutionis* и материја уредена со (уставните/органските) закони за уставните судови. *Цветковски* потенцира дека „уставното проектирање претставува создавање на основа и рамка на моќта на уставните судови со своите акти да ја одржуваат динамичната рамнотежа помеѓу слободата на политичкиот опортунитет, изразен во актите на политичката власт и на другите носители на нормативната дејност и обрската тој да се движи во рамките на Уставот“³³³. Во случајот РМ, оваа материја е уредена со членот 112 од Уставот на РМ и со Деловникот на Уставниот суд од 1992 година.

Конечно, за остварувањето на ефикасна контрола на уставноста, а преку тоа индиректно и определувањето на улогата и местото на уставните судови во системот на организација на власта, од исклучително значење е начинот на кој ќе биде уредено прашањето за одлуките на уставниот суд и нивното правно дејство. Имено, за остварувањето на принципот на уставност и законитост, преку анулирањето на секоја општа

³³² *Од државе која одумире ка правној држави*. Славнић Љиљана. Службени гласник. Београд. 1994. п. 114

³³³ Во продолжение, *Цветковски* слаборира дека од начинот на кој овие средства ќе бидат определени и од нивните својства во најголема мера зависи дали нивната рамнотежа ќе се одржува или пак ќе се наруши во еден или во друг правец, односно дали средствата за овезбедување заштита на уставноста и законитоста ќе дозволуваат политиката со своите акти да ја нарушува внатрешната хармонија на правниот поредок, или пак ќе претставуваат неоправдано крута граница за изразувањето и остварувањето на тој опортунитет. *Карактерот и правното дејство на одлуките на уставните судови во уставниот систем на СФРЈ (докторска дисертација)*. Цветковски Цветан. Скопје. 1991. п. 54

правна норма која е во спротивност со целината на правниот поредок, неопходно е „актите на уставните судови да имаат правен, авторитативен и јавен карактер”³³⁴.

1. Материјата која се однесува на актите кои ги донесува Уставниот суд е уредена со Деловникот на Уставниот суд на РМ. Деловникот на Уставниот суд на РМ предвидува дека Уставниот суд донесува одлуки и решенија. Тоа се основните правни инструменти преку кои се остварува надлежноста на Уставниот суд и преку кои треба да се оствари хармонизацијата на правниот систем.

Уставниот суд донесува одлуки кога одлучува за суштината на работата, односно кога одлучува *in meritum*. Одлуките се донесуваат за:

- Поништување или укинување на закон или пропис, програма и статут на политичка партија или друг општ правен акт;
- Заштита на слобидите и права од чл.110 ал.3 од Уставот;
- Решавање на судир на надлежности;
- Одземање на имунитетот, за одговорноста и за утврдување на настапувањето на условите за престанок на функцијата Претседател на РМ;
- За имунитетот и за условите за разрешување од должност на судија на Уставниот суд;
- За утврдување на неуставност на закон, односно неуставност и незаконитост на пропис или друг општ правен акт во време на важењето, што престанал да важи во текот на постапката, ако се исполнети условите за негово поништување³³⁵.

Уставниот суд донесува решенија:

- За поведување на постапка за оценување на уставноста на закон, односно на уставноста и законитоста на пропис или друг општ правен акт;
- За запирање на постапката;
- За отфрлање на иницијативите, предлозите и барањата;
- За запирање на извршувањето на поединечни акти или дејство донесени врз основа на закон, пропис ии друг општ правен акт чија уставност или уставност и законитост ја оценува;
- Во други случаи кога не одлучува за суштината на работата³³⁶.

Специфика на наведениот член е недостигот на експлицитна одредба која би предвидувала дека Судот донесува решение и кога *не поведува постапка за оценка на уставноста на правните акти*.

³³⁴ *Акти уставног суда у поступку оцене уставности закона*. Драгојловиќ Лука. Правни живот. Београд. 3/81.р. 5-6

³³⁵ Чл.70 од Деловникот на Уставниот суд

³³⁶ Чл.71 од Деловникот на Уставниот суд

Воспоставената пракса на Уставниот суд на РМ да донесува Решенија и кога не поведува постапка за оценка на уставноста на оспорените акти, е резултат на аналогно толкување на точките 1 и 2 од членот 71, односно Судот ќе донесе решение кога нема да поведе постапка за оценување на уставноста, односно кога ќе ја отфрли иницијативата за поведување постапка за оценка на уставноста. Од друга страна, деловничкото решение од чл. 70 кое се однесува на условите кога Судот ќе донесе Одлука, нема експлицитна одредба дека Судот донесува *Одлука ако утврди дека оспорениот акт или некој негов дел е во Согласност со Уставот*³³⁷. Наспроти едно пошироко толкување на членот 71, Уставниот суд има едно исклучиво строго толкување на членот 70 од Деловникот, од кое произлегува пракса дека секогаш кога Судот нема да може да донесе одлука на касација, тој донесува решение.

Во поглед на праксата која Уставниот суд ја негува, специфично е донесување на решенија со кои се отфрла иницијативата за покренување на постапка, но кои ако се анализираат, оставаат импресија дека Судот мериторно одлучувал. Така, наместо решенија како акти на Судот со кои се отфрлаат иницијативите за поведување на постапка и тоа од процедурални причини, Судот не ретко донесува решенија со кои во диспозитивот, иницијативата за поведување на постапка се отфрла, но во образложението (не ретко исклучиво обемно и исцрпно) Судот утврдува фактичка состојба, навлегува во анализа на спорните норми, елаборира меѓународни документи, посочува пракса на други Уставни судови итн. Пример за тоа е Решението од октомври 2012, У.бр.158/2011, со кое Уставниот суд ја отфрла иницијативата за оценка на уставноста на чл.1 од Законот за амнестија и Автентичното толкување на Законот за амнестија или Решението (У.бр.341/95) кое во т.1 предвидува „не се поведува постапка за оценување на уставноста на чл. 1 од Законот за ратификација на Привремената спогодба меѓу Република Македонија и Република Грција. За последното Решение исклучително е збунувачка констатацијата на Судот, според која „*тргнувајќи од содржината на наведените уставни и законски одредби според мислењето на Судот, Собранието на РМ има уставно-правна основа да ја ратификува привремената спогодба меѓу Република Македонија и Република Грција како меѓународен договор, и според тоа оцени дека чл. 1 од Законот за ратификација, е во согласност со Уставот, поради што не го постави прашањето за негова согласност со чл.119 од Уставот.* Тоа, само го потврдува фактот дека праксата на Уставниот суд се темели на непрецизни деловнички одредби. Конечниот ефект од тоа е маневарскиот простор во кој Судот индиректно

³³⁷ Така уставните судови кои донесуваат пресуди кога одлучуваат за суштината на спорот, можат да донесат не само долука на касација, туку и со пресудата да го одбијат барањето на подносителот, што упатува на тоа дека уставниот суд одлучувал *in meritum* и констатирал дека нема основ поднесеното барање.

се изјаснува за суштината на спорот, а при тоа носи решение со кое ја отфрла иницијативата за оценка на уставноста.

Конечно, сето наведено само ја потврдува потребата од законско уредување на овие прашања. Истото ќе влијае на квалитетот со кој оваа материја ќе биде регулирана од една страна, а од друга страна ќе ги отклони епитетите за уставниот суд како „декор“ во системот, како орган поставен во улога на нормотворец, и ќе овозможи донесување на акти со кои ќе се обезбеди почитување на Уставот, правната сигурност, вербата и стабилноста на системот³³⁸.

Деловничките одредби понатаму предвидуваат дека одлуките и решенијата содржат податоци за подносителот на иницијативата, диспозитив, образложение, имиња на судиите кои учествувале во донесувањето на актот и со какво мнозинство актот е донесен. Актите на Уставниот суд се донесуваат со мнозинство на гласови од вкупниот број на судии на уставниот суд. Исклучок е постапката за одговорноста на Претседателот на РМ кога Уставниот суд одлучува со двотретинско мнозинство од вкупниот број на судии. Одлуките на Уставниот суд се објавуваат во Службен весник на РМ, а доколку се работи за решенија, ако се оцени дека имаат поголемо значење за јавноста, Судот може да одлучи и тие да бидат објавени во службеното јавно гласило на РМ.

2. Правното дејство на одлуките на Уставниот суд е утврдено со Уставот на РМ и со Деловникот на Уставниот суд. Правното дејство на одлуките на Уставниот суд на РМ е *materia constitutionis* и е уредено со уставните одредби од чл. 112. Така, Уставот утврдува дека „Уставниот суд ќе укине или поништи закон, ако утврди дека не е во согласност со Уставот“. Уставниот суд ќе укине или поништи друг пропис или општ акт, колективен договор, статут или програма на политичка партија или здружение ако утврди дека тие не се во согласност со Уставот или со закон“. „Одлуките на Уставниот суд се конечни и извршни“³³⁹.

Според Деловникот на Уставниот суд на РМ „одлуката на Уставниот суд со која се укинува или поништува закон, пропис или друг општ правен акт, произведува дејство од денот на објавувањето во Службен весник на РМ“³⁴⁰.

Одлуките на Уставниот суд имаат општо задолжително дејство. Тоа се одлуки чие дејство се протега кон сите и секого (*erga omnes tanguit*), а не само дејство на странките во спорот. Одлуките на Уставниот суд имаат задолжително дејство за сите физички и правни лица, исто како

³³⁸ Подетално за одлуките на уставниот суд види: *Уставниот суд на Република Македонија- дилеми и перспективи*. Дескоска Рената.FORUM EUROPAEUM. Уставниот суд на Република Македонија-статус, дилеми и перспективи. Скопје. 2010. р. 34

³³⁹ Чл.112 од Уставот на Република Македонија

³⁴⁰ Чл. 79 од Деловникот на Уставниот суд на РМ

и дејството на општите правни норми за кои е донесена одлуката на касација³⁴¹.

Од аспект на временскиот елемент на одлуките на касација, одлуките на Уставниот суд имаат укинувачко или поништувачко дејство. Со одлуката на укинување оспорениот правен акт, престанува да важи од моментот на објавување на одлуката во Служен весник на РМ. Оваа одлука има дејство *ex nunc* и укинувањето дејствува во иднина. Со одлука на поништување, одлуката на Судот го понуштува актот и сите последици кои истиот ги предизвикал. Одлуката има ретроактивно дејство (*ex tunc*). Во услови кога со донесената одлука нема да се отстранат последиците од примената на поништениот акт, Судот може да одлучи враќање во поранешна состојба или надомест на штета која е причинета со примената на поништениот акт. Статистичките податоци од работата на Уставниот суд на РМ, презентираат слика на ненаклонетост на Судот во донесување на одлуки со кои оспорените акти се поништуваат. Така, во 2012 година укинати се 23 акти, а поништени 5, во 2011 година укинати се 31 оспорен акт а поништен е само 1, во 2010 година односот е 51 укинати наспроти 6 поништени акти, во 2009 година укинати се 51, а поништени 7 акти³⁴².

Во прилог статистичките податоци за исклучително рестриктивно постапување на Судот во донесувањето на поништувачките одлуки е и одлуката У.бр 66/2010 со која Уставниот суд укинува одредби од Законот за просторно и урбанистичко планирање, врз основа на кој се донесени акти на единица на локална самоуправа, па правните субјекти кои ги оствариле своите права во време на неговото важење ги остава без право на надоместок на штета, што не оди во прилог на заштитата на принципот на еднаквост и конечно принципот на правна сигурност.

³⁴¹Теоријата често го врзува наведеното решение со клезеновата доктрина за уставниот суд со својство на „негативен законодавец“, во смисла што одлуките на уставниот суд треба да го заменат укинатиот закон односно оспорениот дел од законот. Сепак, современите теории за конституционализмот особено оние кои се развиваат во САД, често упатуваат на можноста од несакани појави и изместување на балансот и рамнотежата помеѓу носителите на одделните гранки на власта, кои се јавуваат како резултат на тоа што одлуките на судовите треба да ја исполнат правната празнина настаната со одлуката на касација. За тоа какво е правното дејство на одлуките на уставните судови кои го прифаќаат келзеновиот, европски модел на контрола на уставноста, најсоодветно е посочувањето на одлуката на Сојузниот Уставен суд на Германија од 1951 година според која „пресудата со која еден закон се прогласува за ништовен не само што има сила на закон (чл.31 Закон за Уставниот суд), туку поради клучните основи на образложението за нејзино донесување има такво задолжително дејство за сите сојузни уставни органи, за да не може повторно да се донесе сојузен закон со иста таква содржина“. Види В VerfGe 1,14 .1951 . Избрани одлуки на Сојузниот уставен суд на СР Германија (јубилејно издание) Konrad Adenauer Stiftung.2009.

³⁴² Погледни Преглед или Осврт на работа на Уставниот суд на РМ за работа на Судот за наведените години од <http://www.ustavensud.mk/domino/WEBSUD.nsf>

Од аспект на обемот на касација со одлуките на Уставниот суд може да се укине или поништи оспорениот правен акт во целина (целосна касација) или да се касираат само определени одредби или делови од актите предмет на контрола на уставноста (делумна касација). Праксата на Уставниот суд на РМ, во поглед на ова прашање не се разликува многу од праксата на останатите европски уставни судови, па во поглед на обемот, одлуките најчесто предвидуваат делумна касација на оспорениот акт. Тоа е уште една од техниките на самовоздржување кои судовите ги практикуваат, бидејќи со истите се избегнува фронтален судир со законваниот орган и актуелизирање на прашањето за против-мнозинска потешкотија, се избегнува улогата на уставниот суд како позитивен законодавец, се избегнува креирањето на правни празнини во правниот систем, и се зацврстува принципот на правна сигурност.

Конечно, од аспект на правното дејство, одлуките на Уставниот суд се конечни и извршни. Против нив не е дозволена употреба на никакви правни средства и не постојат никакви правни пречки, истите да се извршат по нивното објавување во Службен весник.

Во услови кога е донесена одлука со која се поништува или укинува оспорениот член или дел од актот предмет на контрола на уставноста, настанатата правна празнина се пополнува со нова норма која ја донесува органот чиј акт е укинат или поништен. Во услови кога надлежниот орган има игнорантски однос кон донесената одлука на Уставниот суд, органите на егзекутивата (Владата на РМ) е надлежна да го обезбеди нејзиното извршување³⁴³.

3. Извршувањето на одлуките на уставниот суд претставува предизвик за секој систем на контрола на уставноста. Во определувањето на ефикасноста на системот на контрола на уставноста влијаат низа фактори и тоа:

- правната рамка за уставниот суд- како пример за тоа дека воспоставените уставни и законски решенија директно го детерминираат извршувањето на одлуките, а со тоа влијаат на ефикасноста на системот на контрола на уставноста, се решенијата од 1963 и 1974 година од чија примена македонското уставно судство има искуство. Така, решенијата кои предвидуваат извршување на одлуките на Судот по истекот на определен временски период и т.н „специјални писма“ без обврзувачки карактер, како облик на комуникација со законодавниот орган, за свој конечен

³⁴³ Во 1997 година Владата на РМ интервенира во извршувањето на одлуката на Уставниот суд на РМ за забрана за истакнување на знамињата на националните малцинства пред седиштето на органите на единиците на локалната самоуправа во Тетово и Гостивар. Види подетално: *Уставно право*. Шкарик Светомир, Силјановска Давкова Гордана. Скопје. 2007.р. 782

производ го имаат маргинализирањето на позицијата на Уставниот суд во системот на организација на власта и неизвршувањето на неговите одлуки.

- односите на овој орган со останатите органи во системот на организација на власта- истите се определуваат на две нивоа:

1) *правната рамка- Уставот на РМ* начелно ги детерминира односите на Уставниот суд и Собранието на РМ и тоа преку одредбите со кои се уредуваат прашањата за избор на судиите на уставниот суд и нивното разрешување. Уставна основа за донесување на *Закон за уставен суд* не постои. *Буџетот* е вториот моќен инструмент преку кој се детерминираат односите со Собранието на РМ, односно Владата на РМ која е единствено овластена да поднесе предлог за негово усвојување. Од националните извештаи на Уставниот суд се констатира дека иако Уставниот суд на крајот на секоја година изготвува Предлог-Буџет за Уставниот суд и истиот се доставува во Министерството за финансии, вообичаена е праксата годишно да се одобруваат за 20% помалку средства за негова работа³⁴⁴. „Моќта врз кесето” е исклучителна алатка преку која може да се влијае на работата на Судот, но која исто така ги определува односите на овој со останатите органи во системот на организација на власта. и 2)

- конечно волјата на сите актери во политичкиот систем да се обезбеди почитувањето и извршувањето на одлуките на Уставниот суд како неопходност од првично заштитата на Уставот, заштита на принципот на уставност и законитост и принципот на правна сигурност.

³⁴⁴ *Уставна правда: функции и односи со други јавни органи.* Национален извештај на Уставниот суд на РМ. 2011. и *Проблематиката на законодавниот пропуст во уставно-судската практика.* Национален извештај на уставниот суд на РМ. 2007. www.ustavensud.mk

Заклучок

Уставно судската книжевност потенцира дека воспоставувањето на системот на уставно судска контрола на уставноста, последователно го наметнува второто по значење прашање-прашањето за правното дејство на одлуките на уставните судови. Како што потенцира Славниќ „ефектите на контролата на уставноста на законите во остварувањето на нејзината основна цел –заштитата на уставноста, првично зависат од правното дејство на одлуките со кои се дава оценката на (не)уставноста на законите”³⁴⁵. Конечно, ефикасноста на системот на контрола на уставноста зависи не само од начинот на кој се уредени прашањата за елементите на постапката за оценка на уставноста, туку истата е директно детерминирана од дејството на одлуките на уставните судови и нивното извршување. Токму заради ваквото значење, тоа е материја која треба да биде уредена со устав (materia constitutionis) и детално разработена со закон, што не е случај во РМ. Уставните и деловничките одредби кои ја сочинуваат правната рамка со која е уредена материјата за Уставниот суд на РМ, од друга страна е еден од основните фактори кои го детерминираат извршувањето на неговите одлуки. Сепак покрај овој фактор, истото е условено и од односите на Уставниот суд со останатите органи во системот на организација на власта, и уште позначајно од (не) постоењето на волја на сите актери во политичкиот живот, да го обезбедат нивното почитување и извршување.

³⁴⁵ *Од државе која одумире ка правној држави.* Славниќ Љиљана. Службени гласник. Београд. 1994. п. 114

*Assistant Professor, Faculty of Law Iustinianus Primus University Sts. Cyril and Methodius, ???маил

Jelena Trajkovska-Hristovska, PhD*

THE LEGAL EFFECTS OF THE DECISIONS BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF REPUBLIC OF MACEDONIA

Abstract: *The paper „The Legal Effects of the Decisions by the Constitutional Court of Republic of Macedonia”, analyzes the issues of the legal effects and enforcement of decisions by the Constitutional Court of the Republic of Macedonia. The paper emphasized the importance of these two issues, because they directly determine the efficiency of the system of control of the constitutionality of legal acts, as well as provide a monolithic legal system. The author emphasizes that the proof of the importance of this issue is the fact that in comparative constitutional law, this matter is materia constitutionis and is regulated in detail by (constitutional and organic) laws for constitutional courts, which is not the case with Macedonia. This paper provides a detailed overview of the constitutional and procedural solutions relating to the legal effect of the decisions of the Constitutional Court, as well as the main factors that determine their enforcement.*

Key words: *Constitutional Court, legal effects, decisions, constitutionality, legality.*

Д-р Тони Ѓеоргиев*
М-р Гоце Стоиловски**

ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА НИЗ ПРИЗМАТА НА СЛЕДЕЊЕТО НА КОМУНИКАЦИИТЕ

УДК: 342.738/.739 (4.4977) (091)
Review paper

***Апстракт:** Со помош на напредокот на технологиите на државите им се овозможува следење на комуникациите, но истите не успеваат да обезбедат законите и правилата поврзани со следењето на комуникациите да се придржуваат до меѓународните човекови права и да обезбедат соодветна заштита на правата на приватност и на слобода на изразување. Преку овој труд ќе се направи обид да се објасни на кој начин меѓународните човекови права се применуваат во современата дигитална средина, особено во светло на развојот на расположливите технологии и техники за следење на комуникациите и на промените низ кои минуваат. Со принципите наведени во овој труд ќе се понуди една рамка за оценување дали постоечките или предложените закони и практики за следење се конзистентни со човековите права.*

***Клучни зборови:** човекови права, држава, комуникации.*

1. Човекови права

1.1. Почетоци на човековите права

Човековите права претставуваат права и привилегии кои луѓето ги поседуваат како човечки суштества. Правата на човекот се универзални, употребливи во секоја сфера од животот и еднакви за сите.

Концептот на човековите права има доживеано квалитетна еволуција во текот на историјата. Првите обиди за воспоставување некаква, рудиментарна форма на заштита на индивидуалните права на човекот можеме да ги пронајдеме уште во Хамурабиевиот законик.

Римското право, во контекст на човековите права ја има прифатено идејата за постоење на *ius gentium*, „правото на народите“, преку која постојат универзални права на човекот без оглед на неговото државјанство.

Во античка Грција, односот кон човекот и неговите права, бил развиен и дефиниран под влијание на доктрината на Стоиците, базирајќи се на начин на однесување заснован врз моралните вредности и умствената способност на човекот.

Големите религии во светот како што се христијанството, будизмот, исламот, хиндуизмот и слични, имаат развиено и воспоставено сопствени системи на морални кодови кои потекнуваат од природното право.

И покрај тоа што идејата за постоењето на човековите права има свои никулци уште во античко време, сепак таа е тотално различна од современата, широко прифатена концепција во која се содржани цела палета на човекови права.

Модерното сфаќање за човековите права има свои никулци во раниот модерен период, односно со ослободувањето од феудалниот авторитаризам, со ослободувањето од религиозниот конзерватизам и Ренесансата.

1.2. Универзална декларација за човекови права (УДХР)

Универзална декларација за човекови права (УДХР)-декларација донесена од Генералното собрание на Обединетите нации на 10 декември 1948 г. во дворецот Шајо, Париз. Декларацијата произлезе директно од искуството од Втората светска војна и го претставува првото глобално изразување на права на коишто, по својата природа имаат право сите човечки суштества. Декларацијата се состои од 30 члена коишто се елаборирани во подоцнежни меѓународни договори, регионални инструменти за човекови права, национални уставни закони. Меѓународната повелба за човекови права се состои од Универзалната декларација за човекови права, Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права и Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и неговите два Факултативни протоколи.³⁴⁶

*Доцент на Воена Академија „Генерал Михајло Апостолски“ Скопје, tonigjorgiev@yahoo.co.uk

**Соработник на Воената Академија „Генерал МИХајло Апостолски“ Скопје.

346 Во 1966 година, Генералното собрание донесе два детални пакта коишто ја комплетираат Меѓународната повелба за човекови права и во 1976 година, откако двата пакта беа ратификувани од доволен број поединечни држави, Повелбата стана меѓународен закон.

1.3. Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП)

Основите на човековите права - почитувањето на секој поединечен човечки живот и достоинство - можат да се најдат во најголем број големи светски религии и философии.³⁴⁷

Најголем број луѓе го поврзуваат Советот на Европа со човековите права. Преземајќи ја иницијативата од Универзалната декларација, Советот на Европа ја создаде Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи (ЕКЧП), тоа е целото име на Конвенцијата. Таа беше отворена за потпишување од страна на тогашните 15 држави-членки во 1950 година. Конвенцијата беше значајна од три главни причини.³⁴⁸

Последното стана особено важно во неколкуте изминати години откако на Советот на Европа му се придружија новите демократии од Централна и Источна Европа.

На кратко, ЕКЧП и нејзините протоколи ги гарантираат:

-Правото на: живот, слобода и безбедност на личноста; правично судење во граѓанско-правни и кривично-правни работи; глас и да се биде кандидат на избори; слобода на мисла, свест и вероисповест; слобода на изразување (вклучително слобода на медиумите); имот или мирно уживање на имотот; слобода на собирање и здружување.

-Забрана на: тортура, нечовечно или понижувачко постапување или казнување; смртна казна, ропство и присилен труд; дискриминација во уживањето на правата и слободите гарантирани во Конвенцијата; протерување на сопствените државјани или да им се откаже влез колективно протерување на странци.

1.4. Приватноста како основно човеково право

Основно човеково право е приватноста е и таа има централно место во одржувањето на демократските општества. Од суштинско значење е за човековото достоинство и служи како основа за други права, како што се слободата на изразување и информирање, слободата на здружување, и е признаена и препознаена од меѓународното право за човековите права. Активностите за ограничување на правото на приватност, вклучително и следењето на комуникациите, можат да бидат оправдани само ако се пропишани со закон, ако се нужни за постигнување на законита цел, и се пропорционални на саканата цел.

347 Човековите права не треба да се купуваат, заработат или да се наследат - тие се нарекуваат "неотуѓиви" затоа што никој нема право да му ги одземе на било кој од било каква причина.

348 Правата и слободите на секој поединец се гарантирани од страна на засегнатите земји, во "државите-договорнички" според прописите на меѓународното право за прв пат се донесе меѓународен договор за човековите права со конкретен механизам за заштита, парламентите и судските тела имаат солидна референтна точка за човековите права што им помага при донесувањето и толкувањето на законите.

2. Следење на комуникациите

Поимот „следење на комуникациите“ во современите околности ги опфаќа следењето, пресретнувањето, собирањето, анализата, употребата, чувањето и складирањето, попречувањето на пристапот или пристапот до информации што ги вклучуваат, ги одразуваат, произлегуваат или се во врска со комуникациите на едно лице во минатото, сегашноста или иднината.

Поимот „Комуникации“ ги вклучува активностите, интеракциите и трансакциите што се пренесуваат преку електронски медиуми, како што се содржината на комуникациите; идентитетот на субјектите што учествуваат во комуникацијата; информациите за следење на локацијата, вклучително и ИП адресите; времето и времетраењето на комуникациите; како и идентификаторите на опремата што се користи во комуникацијата.

Традиционално, инвазивноста на следењето на комуникациите се оценуваше врз основа на вештачки и формалистички категории. Постоечките правни рамки прават разлика помеѓу „содржина“ и „не-содржина“, „податоци за претплатникот“ или „мета-податоци“, чувани податоци или транзитни податоци, податоци што се чуваат дома или се во посед на трето лице како обезбедувач (провајдер) на услугата.³⁴⁹ Иако веќе подолго време постои согласност дека комуникациската содржина заслужува значителна законска заштита поради нејзината способност да открие чувствителни информации, денес е јасно дека другите информации што произлегуваат од комуникацијата - мета-податоците и другите форми на не-содржински податоци - можат да откријат и повеќе за индивидуата од самата содржина, па поради тоа заслужуваат подеднаква заштита.³⁵⁰ Како резултат на погоре кажаното, сите информации што ги вклучуваат, одразуваат, произлегуваат или се однесуваат на комуникациите на едно лице, а кои не се лесно достапни за општата јавност, треба да се сметаат за „заштитени информации“ и, соодветно на тоа, треба да им се даде највисокото достапно ниво на законска заштита.

Во оценувањето на инвазивноста на државното следење на

349 Сепак, таквите разлики веќе не се соодветни за мерење на степенот на интрузивност на следењето на комуникациите во приватните животи и врски на индивидуите.

350 Денес, сите овие видови на информации можат, земени одделно или анализирани колективно, да го откријат идентитетот, однесувањето, врските, физичката или здравствената состојба, расата, бојата на кожата, сексуалната ориентација, националното потекло или ставовите на лицето; или можат да овозможат мапирање на локацијата, движењето и интеракциите во одреден период на едно лице, или на сите луѓе што се наоѓаат на одредена локација, вклучувајќи ги и учесниците на јавен протест или друг политички настан.

комуникациите, потребно е да се имаат предвид и потенцијалот на следењето да открие заштитени информации, како и целта и намената поради која државата ги бара таквите информации.³⁵¹

2.1. Човековите права и следењето на комуникациите

Воспоставените правни принципи и логистичките ограничувања што му се вродени на следењето на комуникациите поставуваа ограничувања за следењето на комуникациите што го врши државата се додека интернетот не се прошири во јавноста. Во последните неколку децении, тие логистички бариери за следењето се намалија а примената на правните принципи во новите технолошки контексти стана нејасна. Експлозијата на дигитални комуникациски содржини и информации за комуникациите, таканаречени „комуникациски мета-податоци“ - информации за комуникациите или користењето на електронски уреди од страна на индивидуални лица, сè помалите трошоци на чување на големи количества на податоци, како и обезбедувањето на лични содржини при што како провајдери на услуги се јавуваат трети лица, овозможија следењето од страна на државата да достигне ниво што никогаш претходно не е видено. Во меѓувреме, концептуализациите на постоечкото право за човековите права не можеа да држат чекор со модерните, постојано променливи способности за следење на комуникациите што ги има државата, способноста на државата да ги комбинира и организира податоците собрани со користење на различни техники на следење, или со растечката чувствителност на информациите до кои може да се пристапи.

Зачестеноста на барањата на државите за пристап до комуницираните содржини и комуникациските мета-податоци расте драматично и без соодветна контрола. Пристапот и анализата до комуникациските мета-податоци можат да доведат до создавање на профил на целиот живот на едно индивидуално лице, вклучувајќи ја и здравствената состојба, политичките и религиозните ставови, врски, интеракции и интереси, откривајќи исто толку, па дури и повеќе од деталите што се достапни од содржината на комуникациите. И покрај огромните можности за навлегување во животот на индивидуалното лице и ефектот на оладување што може да го имаат врз политичките и другите асоцијации, законодавните и политичките инструменти често на

351 Следењето на комуникациите што најверојатно ќе води кон откривање на заштитени информации што за лицето можат да значат опасност да биде подложено на истрага, дискриминација или повреди на човековите права, ќе се смета за сериозно нарушување на правото на индивидуалноста на приватност, а исто така ќе го наруши и уживањето на други основни права, вклучувајќи го и правото на слобода на изразувањето, здружувањето и правото на учество во политичкиот живот.

комуникациските мета-податоци им даваат пониско ниво на заштита и не поставуваат доволно ограничувања за нивното натамошно користење од страна на агенциите, вклучувајќи го и нивното пребарување, споделување и чување.

Заклучок

Секое ограничување на правото на приватност мора да биде пропишано со закон. Државата не смее да усвои или примени мерка што претставува мешање во правото на приватност во одсуство на постоечки јавно достапен законодавен акт кој ги почитува стандардите за јасност и прецизност која е доволна да обезбеди дека индивидуите ќе добијат претходно известување за следењето и ќе ја предвиди неговата примена.

Законите треба да дозволат само такво следење на комуникациите од соодветно Владино тело што е доволно за постигнување на легитимна цел која одговара на претежно значаен законски интерес нужен во едно демократско општество.

Законите што го дозволуваат следењето на комуникациите од страна на Државата мора да го ограничат следењето само на активностите што се нужни за постигнување на легитимна цел, а државата тоа треба да го докаже и покаже.

Државите треба да усвојат и спроведат законодавство за криминализација на следењето на комуникациите што го вршат јавни или приватни актери. Законот треба да предвиди доволни и значајни казни мерки, во граѓанска и кривична постапка, заштита за „свиркачите“, и правни лекови за засегнатите лица. Законите треба да пропишат дека секоја информација добиена на начин што не соодветствува со принципите наведени овде ќе биде неприфатлива како доказ во секаква процедура, а тоа се однесува и на доказите што се изведуваат од таквите информации. Државите, исто така, треба да усвојат и спроведат закони што ќе обезбедат дека, откако материјалите собрани преку следење на комуникациите се искористени за целта за која била дадена информацијата, тие материјали ќе бидат уништени или вратени на индивидуалното лице.

Со оглед на брзината со која настануваат технолошките промени, законите што го ограничуваат правото на приватност треба да бидат подложни на периодична ревизија, преку партиципативно законодавство или регулаторен процес.

Tony Gjorgiev, PhD
Assistant Professor, Military Academy
"General Mihailo Apostoloski" Skopje
Goce Stoilovski, MSc
Assiastant, Military Academy "General
Mihailo Apostoloski" Skopje

Human rights in light of the interception of communications

***Abstract:** With the help of developments in the states allowing interception of communications, but they fail to provide the laws and rules relating to the interception of communications to adhere to international human rights and to ensure adequate protection of privacy and freedom of expression . Through this paper will attempt to explain how international human rights as applied to contemporary digital environment, especially in light of the development of available technologies and techniques for interception of communications and the changes that pass.*

With the principles outlined in this paper will provide a framework for assessing whether existing or proposed laws and practices for monitoring are consistent with human rights.

***Keywords:** human rights, state communications*

Д-р Зоран Јовановски*
М-р Тамара Адамова**

ЕФЕКТИВНА ЗАШТИТА НА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА И СЛОБОДИ: РЕАЛНОСТ ИЛИ „ПУСТА ЖЕЛБА“

УДК: 341.14.037 (091)
Review paper

***Апстракт:** Почитувањето на човековите права и слободи во денешно време во демократски развиените општества како и Европската унија, е издигнато на еден висок степен. Европската унија со своите институции и документи денес гарантира високо ниво на почитување на човековите права и слободи. Но Република Македонија пред нејзиното осамостојување еден подолг период водеше битка во социјалистичкото општествено уредување кое имаше еден поинаков третман и аспект кон човековите права и слободи. По осамостојувањето, повторно настапува еден специфичен и комплициран и конфузен период на транзиција, кој со своите карактеристики отвори поголем број можности за кршење на човековите права и слободи. Во овој период од две децении воедно и во кој сега живееме, сè уште попречува на човековите права и слободи и покрај тоа што во т.н. период на воспоставување на демократијата се преземени низа сериозни чекори во изградба на општествен систем кој би ги гарантирал овие најважни човекови атрибути кои се загарантирани во Уставот на Република Македонија. Овде мора да се напоменат Судовите односно е неопходно нивното напоменување Судовите како незаконодавна и неизвршна власт во државата се еден од најважните сегменти од општеството кој по својата суштина и поставеност би требало да претставува гарант за почитувањето на човековите права и слободи. Нашата држава ја ратификуваше Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи со протоколите, па со оглед на тоа, таа претставува составен дел и на нашето законодавство. Оттука, степенот на примената на Европската конвенција за човекови права од страна на судовите во Република Македонија во огромен дел го детерминира и степенот на почитувањето на човековите права во нашето општество. Дискутабилно било и е сеуште е дискутабилно прашањето дали навистина има ефективна заштита на човековите права и слободи, дали е тоа е реалност или навистина пуста желба?*

Клучни зорови: човекови права и слободи, Устав, Европска унија, Судови, власт, демократија, општество.

1. ИСТОРИСКИ РАЗВОЈ НА ИДЕИТЕ И ДОКТРИНИТЕ ЗА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА И СЛОБОДИ

Корените за човековите права и слободи можат да се согледаат во самите религии односно „Сите сме еднакви пред Господ затоа што сме креирани од него по ист пример“. Но во минатото, со политичката реалност се појавила контрадикторност.

Со човекови права се бележат оние права кои што и припаѓаат на самата индивидуа за заштита од мешање во државата, односно оние права на индивидуата што и се препишани како човек и не можат да бидат ограничени од државата. Додека пак како „вродени“ и „неотуѓиви“ права се познати од времето на апулутизмот.

„Слободите и правата на човекот пред се се базична содржина на современата уставна материја. Меѓутоа, теоретскиот интерес за оваа тема се јавува уште пред првите пишани уставни документи“.³⁵² „Тој интерес извира од човековата суштина да биде општествено и политичко суштество кое е активно во социјалната заедница“.³⁵³

Суштина на теоријата за природните права

Оваа суштина се состои во перцепцијата и самото сфаќање дека човекот се раѓа со определени поточно вродени права, со кои то може слободно да ги реализира неговите физички интелектуални и морални активности. Затоа што станува збор за вродените или пак неотуѓивите права и слободи на човекот истите не можат од никого да му бидат одземени ниту пак повредени, од раста причина што нико не му ги подарил. Затоа што овие права и слободи имаат ваков карактер, секоја држава е должна и да ги гарантира и да ги почитува. „Оваа теорија имала и своја сопствена прогресивност со тоа што била идеолошка основа во првите декларации на големите буржоаски револуции во Англија, Франција и Северна Америка кои ги прокламирале основните демократски принципи: слободата и еднаквоста. Оваа теорија не се смета за сосема напуштена, особено не во документите на Обединетите нации што се однесуваат на правата на човекот и основните слободи во кои е втемелено сфаќањето дека „сите

*Доцент на Воена Македонија „Генерал Михајло Апостолски“
zoranjovanovski43@gmail.com

**Асистент на Правниот факултет при ФОН Универзитетот, tami_tami08@hotmail.com

³⁵²ЗОЈА КАТРИУ „ЕЛЕМЕНТИ НА МЕЃУНАРОДНАТА ЗАШТИТА НА ПРАВАТА НА ЧОВЕКОТ“ Стр, 15.

³⁵³Robertson, A. H. Human Rights in Europe, Manchester University press 1987, стр. 149, (авторот се повикува во теоријата за човекови права: ОПЕНХАИМ-1905).

човечки суштества се раѓаат слободни и еднакви по достоинството и правата“ (Универзална декларација за човековите права)³⁵⁴.

Современата концепција и идеја за човековите права и слободи е креирана после Втората светска војна, а додека својата формална форма се креира со „Универзалната декларација за правата на човекот“ која е усвоена од Обединетите нации во 1948 година а потоа и со низа конвенции и договори кои се произлезени од неа.

2.ОСНОВНИ СЛОБОДИ И ПРАВА НА ЧОВЕКОТ И ГРАЃАНИНОТ

Еднаквост на граѓаните

Ова право има антидискриминаторски карактер и забранува некој да биде повеќе привилегиран од другиот. Еднаквост помеѓу граѓаните е право кое што е апсолутно, не само преку Уставот, туку и по неговата содржина и суштина. Поточно, граѓаните се еднакви без разлика на полот, возраста, етничката припадност, расата, бојата на кожата и тн.

Неприкосновеност на живот

Ова право претставува основно право на човекот, односно неприкосновено право со кое се остваруваат и произлегуваат другите права на човекот. Со ова право поединецот е заштитен од одземање и посегаме на својот живот не само од страна на државата, туку и од страна на друга индивидуа. Со ова право на човекот му се овозможува достоинствен живот. Па така, ова право не се однесува само на фразата „човекот да живее“ туку се однесува на едно осмислено и достоинствено живеење на човекот. Ова право е пропишано и загарантирано во Уставот на Република Македонија, но и во Уставот на сите развиени и демократски држави. Па така, одземањето на туѓ живот е не почитување на и прекршување на најисокиот правен акт на една држава. Исто така е и инкриминирано во Кривичниот законик, и за него е проишана тешка кривична санкција. Но сепак треба да се напомене дека има и олеснитени околности, а за пример може да се земе “крајна нужда“ каде што убиството настанало во самоодбрана. Исто така важно е да се напомене дека од ова право и произлегува укинувањето на смртната казна.

³⁵⁴ЗОЈА КАТРИУ „ЕЛЕМЕНТИ НА МЕЃУНАРОДНАТА ЗАШТИТА НА ПРАВАТА НА ЧОВЕКОТ“ Стр, 16.

Право на слобода на човекот

Ова право е исто така загарантирано во Уставот на Република Македонија но и во уставите на сите демократски и развиени земји. Со правото на слобода се гарантира остварувањето на сите права на човекот. Но сепак важно е да се напомене дека ова право може да биде ограничено затоа што често пати може да биде предмет на злоупотреба од страна на индивидуи или пак групи, па од тука произлегува дека може да биде ограничено ова право со одлука на поицијата и судот но со строго почитување на законитоста. На лицето кое ќе му биде ограничена слободата мора веднаш да биде запознаено зошто е лишено од слобода но и со неговите права кои се утврдени со закон. Овде мора да се напомене и пресумпцијата на невиност – секој е невин додека не е изречена судска пресуда. *Non bis in idem* – на никого не може да му се суди и изрекува казна по втор пат.

Слобода на вероисовест

Ова право на човекот е исто така загарантирано со Устав. Поточно секој човек има право јавно и слободно да ја изразува верата. А со ова право се потврдува и правото на еднаквост помеѓу граѓаните.

3. ГЛОБАЛНИ СИСТЕМИ ЗА ЗАШТИТА НА ЧОВЕКОТ

Неопходно е да се напомене дека заштитата на човековите права и слободи не се одвива само на национално ниво, туку и на регионално, меѓународно, односно на светско глобално ниво. „Политичките и правните задолженија од областа на правата на човекот произлегуваат од актите на ОН, Меѓународната организација на трудот, УНЕСКО, Советот на Европа, Европскиот сојуз, ОБСЕ, Организацијата на американските држави и Организацијата на африканското единство.

Овде често се појавуваат две прашања: зошто се создаваат регионални и меѓународни конвенции за заштита на човековите права и слободи кога постојат исти на глобално ниво и зошто има разлика на ефикасноста на заштитата на човековите права и слободи на глобално и регионално ниво?

Одговорот е лесен и е ист на двете прашања. За да има поефикасна заштита на човековите права и слободи.

4. ПОСТАВЕНОСТ НА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА ВО УСТАВОТ И ЗАКОНИТЕ НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Со донесувањето на Уставот на Република Македонија од страна на Собранието на Република Македонија на седницата одржана на ден 17 ноември, 1991 година, човековите права во нашата држава станаа уставно заштитена категорија.

Во член 12 од Уставот на Република Македонија е пропишано дека слободата на човекот е нерикосновена, односно дека на никој не може да му биде ограничена слободата освен ако тоа не е утврдено со закон.

„Во петтата глава под наслов “Судство” е регулирана поставеноста на судството во Република Македонија, при што во чл.98 стои: Судската власт ја вршат судовите. Судовите се самостојни и независни. Судовите судат врз основа на Уставот и законите и меѓународните договори ратификувани во согласност со Уставот“.³⁵⁵

Право на судење во разумен рок

(1) Лицето против кое се води постапката има право во разумен рок да биде изведено пред суд и да му биде судено без неоправдано одолжување.

(2) Судот е должен постапката да ја спроведе без одолжување и да ја оневозможи секоја злоупотреба на правата кои им припаѓаат на лицата кои учествуваат во постапката.

(3) Со парична казна од 700 до 1.000 евра во денарска противвредност ќе се казни физичко лице, а со казна во висина од 2.500 до 5.000 евра во денарска противвредност ќе се казни правно лице кое ќе ги злоупотреби правата што му припаѓаат во постапката.

(4) Траењето на притворот и другите ограничувања на личната слобода мора да бидат сведени на најкратко нужно време. Од погореизвршената анализа на Уставот на Република Македонија и Законот за кривична постапка и нивна компарација со одредбите на ЕКЧП, може да се дојде до заклучок дека тие во заштитата на правата и слободите на човекот, а посебно правото на слобода, ги исполнуваат стандардите предвидени со конвенцијата и претставуваат демократски документи кои ги исполнуваат европските стандарди за заштита на човековите права.

³⁵⁵https://eprints.ugd.edu.mk/583/1/Pance_Edrovski.pdfстр. 93

5. РАТИФИКАЦИЈА НА ЕВРОСКАТА КОНВЕНЦИЈА ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА ОД СТРАНА НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА И НЕЈЗИНА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА ВО ДОМАШНАТА ЛЕГИСЛАТИВА

Меѓународното право не навлегува во модалитетите на внатрешниот правен механизам преку кој државите ќе одлучат да ги исполнат своите меѓународно-правни обврски. Од аспект на меѓународното право, ирелевантно е дали тие ќе ги третираат меѓународните норми како дел од своите внатрешни правни поредоци или ќе усвојат посебни национални правила во кои ќе бидат содржани тие норми. Со еден збор, релевантен е само крајниот резултат - има или нема повреда на меѓународното право. Слична е состојбата и со ЕКЧП, без оглед на тоа што во согласност со членовите 1 и 13, државите се обврзани да им ги обезбедат утврдените права и слободи на сите индивидуи во нивната јурисдикција и да воспостават ефикасна заштита во рамките на своите домашни правни поредоци на секого чии права се повредени. Од овие повреди не произлегува обврска државите да ја инкорпорираат Конвенцијата во своите национални права, иако тоа со сигурност би ја олеснило нивната имплементација. Според судот, согласно со чл.13 и генерално според Конвенцијата, за државите договорни страни не се утврдува некој посебен начин за обезбедување во рамките на нивното национално право ефикасна имплементација на која било од одредбите на Конвенцијата. Обврска на државата е да обезбеди начин на којшто таа самата ќе го избере нејзиниот правен поредок и практиката да ги гарантираат индивидуалните права, стимулирани на Конвенцијата. Во Република Македонија ЕКЧП е инкорпорирана во домашното право. Во согласност со чл.118 од Уставот на Република Македонија, меѓународните договори, каков што се третира Конвенцијата, ратификувани во согласност со Уставот се дел од внатрешниот правен поредок и не може да се менуваат со закон. Нашата земја Република Македонија на 10 април, 1997 година со инструмент за ратификација ја ратификуваше ЕКЧП со протоколите и со тоа таа стана обврзувачка и извор на правото во нашиот правен систем. По ратификацијата на ЕКЧП од страна на нашата држава беа извршени повеќе интервенции со измени во одредени системски закони, како што се Законот за кривична постапка, Законот за парнична постапка, Законот за судовите, но и во други закони, при што беа вметнати одредби кои директно произлегуваат од ЕКЧП. Во согласност со горенаведеното, може да се даде заклучок дека, не само Уставот на Република Македонија како основен документ на државата, но и систематските закони во Република Македонија во својата содржина ја имплементираат ЕКЧП, меѓутоа останува прашањето на примената. Со оглед на тоа што судовите дефинитивно претставуваат најповикан орган за заштита на човековите права и слободи, преку последователната анализа ќе ја видиме состојбата со примената на ЕКЧП и почитувањето на човековите права пред домашните судови.

ЗАКЛУЧОК

На прашањето „Дали има ефективна заштита на човековите права?“, навидум и површно секој би одговорил позитивно со оглед на тоа дека живееме во една демократска држава каде што има владеење на правото, и од друга страна заштитата на човековите права и слободи е инкриминирана во многу конвенции во светот. И навистина живееме во едно демократско општество, сведоци сме на самата глобализација, човековите права и слободи се загарантирани во уставите на сите демократски држави во светот, пропишани се во многу конвенции, но е доста дискутабилно прашањето „Дали има ефективна заштита на човековите права и слободи“. Конкретно, на ова прашање најсоодветен одговор би бил дека и покрај многубројните конвенции за заштита на човековите права и слободи, и покрај тоа што се загарантирани во Уставот конкретно во Република Македонија, има делумна заштита на човековите права и слободи.

Како што е и напоменато на почетокот, живееме во време на глобализација, но и самата глобализација има негативни страни, што во оследно време светот се повеќе ги актуелизира нив него позитивните, а со самото тоа може да се каже дека транснационалниот организиран криминалитет се повеќе е присутен и сеуште зема замав со сите негови форми, која како нај голема закана за заштита на човековите права и слободи може да се издвои корупцијата која што е длаоко навлезена во сите државни органи па и судството. Важно е да се напомене дека сме сведоци и на многу терористички акти и во Република Македонија но и на глобално ниво.

Па од погоренаведено, на прашањето: „Дали постои ефективна заштита на човековите права и слободи?“ може не сомнено да се каже дека е повеќе пушта желба отколку реалност.

Д-р Милица Шутова*

РЕЛЕВАНТНАТА ЈАВНОСТ И СТЕПЕНОТ НА НЕЈЗНИНОТО ВЛИЈАНИЕ ПРИ УТВРДУВАЊЕ НА ПОЗНАТОСТ НА ТРГОВСКА МАРКА

УДК: 347.722:32.019.5

Review paper

Abstract: *The need for this issue to be updated is initiated by the fast society development and the need to take its appropriate measurements. The subject of study and research of this paper is the meaning and the essence of the criteria that influence the determination of the trade mark familiarity focusing on the relevant public. This is because the notion of the familiar trademark is not precisely defined and has often been re-examined on the basis of which norms it has been regulated thus having in consideration the extended protection provided as an exception to the principle of specialty set out in domestic legislation. The author strives to reconsider the uniformity in the competent authority actions and the trade mark familiarity determination on the basis of the extended protection provided. In this way, one research process would be completed and the deficiencies in the normative regulation of the well-known trademark would be detected in order to propose solutions that would mitigate the effect of the negative consequences caused by them.*

Key words: *relevant publicity, criteria for establishing familiarity, trademark familiarity, final consumer, unfair competition, etc.*

Вовед

Кога зборуваме за добро позната трговска марка пред се треба да подразбираме неколку работи. Прво, поимот на позната трговска марка не е прецизно дефиниран ниту во националните законодавства ниту во меѓународните конвенции, затоа е предмет на анализа и во теоријата и во судската практика. Имено, од редакцијата на одредбите во Законот за индустриска сопственост позната трговска марка е онаа која е добро познати во Република Македонија во рамките на значењето на членот 6-бис од Париската конвенција, односно членот 16 (2) од ТРИПС Спогодбата.³⁵⁶ Дотолку повеќе што, преку овој институт се отстапува од

*Доцент на Правниот факултет при Универзитетот „Гоце Делчев“ – Штип, ???маил

начелото за специјалност и под проширени услови се појачува монополскиот карактер на трговската марка имајќи во предвид дека нејзиното дејство се проширува на сите стоки и услуги.

Иако законот за индустриска сопственост упатува на член 6-бис од Париската конвенција, односно членот 16 (2) Спогодбата, **сепак не се прецизира** поимот на репутација односно степенот на познатост кој е битен критериум при одредување на познатост. Поимот пак на релевантната јавност се определува во зависност од природата на производот. Кога се работи за производи кои се пласираат на пазарот за широка потрошувачка поимот на релевантната јавност се идентификува со поимот на општата јавност бидејќи овие производи со својата основна намена се насочени кон сите. Наспроти тоа, во случај на специфични производи релевантната јавност се определува на ограничен делокруг, бидејќи производите и услугите се насочени кон специјализирана стручна јавност во која постои одредено ниво на знаење и внимание.

Во сферата на граѓанскоправната заштита, проблематиката околу ова прашање претставува една од најкомплексните подрачја на истражување. Тоа беше само еден од мотивите овој труд да го посветиме на ова прашање и да предложиме методи за решавање на истото. Прво, Терминот заштита често се користи за стекнување на права од индустриска сопственост кое по правило се врши во управна постапка. Односно во управна постапка се заштитуваат правата во смисла на донесување на одлука за нивно признавање, стекнување, односно регистрација. Заштитата на правата од индустриска сопственост од повреда и загрозување е работа на судовите. Оттука, носителите на правата од добро познатите трговски марки уживаат поголема заштита и во случај да се не регистрирани. Односно, постои отстапување од начелото на специјалност. Затоа прецизирањето на критериумите и методите на утврдување имаат големо влијание за утврдување на познатоста на трговската марка.

³⁵⁶ Види повеќе: член 178 од Закон за индустриска сопственост („Службен весник на Република Македонија“ бр. 21/2009, 24/2011, 12/2014, 41/2014, 152/2015 и 53/2016). Од редакцијата на одредбата од член 178 став 4 се појавува една недоумица. Имено оваа одредба зборува дека со трговска марка не може да се заштити знак кој е идентичен или сличен со порано регистрирана трговска марка која има репутација во Република Македонија. Дали ова би значело дека истото важи и за трговски марки кои не се регистрирани а имаат репутација во Република Македонија?! Сепак не е јасно дефиниран овој институт во законот туку ова се однесува на делот на релативни причини за одбивање на пријава. За разлика од Законот за индустриска сопственост во Република Македонија во постоечкиот Закон о жигу (Службен гласник РЦ, бр.104/2009, 10/2013) во Република Србија иако нема прецизна дефиниција на овој институт во поглед на точната содржина сепак во член 5 став 5 е уредено прашањето на основ кои критериуми се утврдува познатост на трговска марка и што претставува релевантна јавност.

1. Критериуми за утврдување на познатост на трговска марка

Светската организација за интелектуална сопственост пропишува неколку критериуми на основ кои се утврдува дали една трговска марка е или не е позната.³⁵⁷ Органот кој е надлежен да одлучи по ова прашање ќе ги зема во предвид овие околности на основ кои може да одлучи дали една марка е или не е позната но не ограничувајќи се на нив. Оттука, спорно е прашањето дали овој поим се разгледува само низ призмата на квантитативните критериуми или за негово одредување неопходно е да се применат и квалитативните критериуми.³⁵⁸ Квантитативните критериуми се однесуваат на неопходниот степен на познатост на трговската марка во прометот, а квалитативните се однесуваат на сите околности кои можат да влијаат на добар глас таканаречен углед на трговската марка.³⁵⁹ Од причина што ниту во законот ниту во законските прописи не се уредени критериумите на основ кои ќе се цени познатоста на една трговска марка како и начинот за нивна правилна примена, остава простор надлежните органи да го применуваат принципит на слободна оценка, одредувајќи критериуми за оценка на истите.

Кога зборуваме за заштитата на правата од индустриска сопственост, се поставува прашањето за обемот на заштитата. Зштитата на правата од трговска марка како право од индустриска сопственост се разгледува низ призмата на граѓанската, кривичната и управната заштита.³⁶⁰ Предмет на наш интерес е граѓанскоправната заштита на правата од трговска марка во смисла на ангажман на граѓанското судство и изрекување на граѓанско правните санкции. Ова од причина што повредата

³⁵⁷ Степенот на познавање или препознавање од страна на релевантен дел од јавноста; Траењето, обемот и географското подрачје на употребата на трговската марка; Траењето, обемот и географското подрачје на кој била промоција на трговската марка вклучувајќи и рекламирање и претставување на саеми или изложба на производи/услугина кои се однесува знакот; Траењето и географската распространетост на регистрација и или/пријава на знак во мера во која се укажува на употребата односно препознатливоста на знакот; Успешна постапка во која е остварена заштитата на знакот, а посебно во оние во кои знакот е препознаен како познат од страна на надлежниот орган и вредноста која се врзува за знакот. Види повеќе: <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/marks/833/pub833.pdf> (пристапено на 22.03.2017 година).

³⁵⁸ Види повеќе: Frederick Moster, *Famous and well-known marks: an international analysis*, 2nd ed., London 2004, стр. 43 - 49.

³⁵⁹ Пресуда на Европски суд на правда од 14. 9. 1999, *General Motors Corporation and Yplon SA (Chevy)*, C - 375/97, *European Court Reports* 1999, стр. I – 5421(Влашковиќ, К., Развој правне заштите познатих жигова у Немачком праву и праву Европске Уније, докторска дисертација, Крагујевац, 2015 година, стр.86).

³⁶⁰ Види повеќе: Поленак-Аќимовска, М., Дабовиќ-Анастасовска Ј., Бучковски, В. и Пепељугоски, В., *Интелектуална сопственост I, Индустриска сопственост*, Скопје 2004 стр.225.

или загрозувањето на правата од индустриска сопственост се разгледува во граѓанско судска постапка. Повредата на правата на индустриска сопственост се карактеризира со неколку обележја.³⁶¹ Прво, во управна постапка прашањето на познатост се иницира во случај кога носителот на правото на добро позната трговска марка приговара на барањето за признавање на право на знак а кој е идентичен/сличен на знакот кој станал познат пред правото на првенство од објавената пријава. Во секој случај подносителот на пријавата треба да докаже дека неговата марка е заштитена, односно дека станала позната во земјата каде бара да се признае одредено право,³⁶² пред правото на првенство од објавената пријава.

Во нашата земја праксата е многу штурпа во поглед на ова прашање. Во постапка во кое носителот на правото на добро позната трговска марка го оспорува правото кое е признато од страна на Заводот за индустриската сопственост, генерално како доказ се приложува вештачење. Вештачењето како доказно средство пак во парничната постапка е доста значајно, а многу пати се смета и за пресудна фаза и е неопходно негово изведување. Во такви случаи многу често судијата е ставен во деликатна состојба, бидејќи е тој кој треба критички да го оцени наодот и мислењето на вештакот, и тоа за материја која не ја знае или недоволно ја владее. Сепак во парнична постапка, судот одлучува за повредено или оспорено право, кое прашање е од правна природа за разлика од прашањето по кое даде мислење вешто лице а кое прашање е од фактичка природа.

Интересна е пресудата на Управниот суд³⁶³ во која познавањето на трговската марка се третира како општ познат факт.... со оглед да е општо познат фактот дека знакот С.С е познат, што тужениот го докажува со фактот дека на V.W на годишна основа се објавува листа од 100 познати трговски марки и меѓу нив С.С се наоѓа на прво место. Таков став на судовите отвара простор за други прашање а тоа е дали може препознатливоста на знаците да се смета како општо познат знак, а тоа да биде констатирано без никакви докази. Всушност општо познатите факти не се докажуваат, што може да отвори врата на судовите за прашањето на знаците да се проценува на основа на слободна оценка како постоење на

³⁶¹Види повеќе:Марковиќ, С.М, Право интелектуалне својине, Службени гласник, Београд, 2000, стр.247-247.

³⁶²За разлика од поголем дел на земји во Европа, вклучително и нашата земја, во Србија сеуште не постои постапка по приговор, туку и релативните причини за одбивање на пријавата по службена должност ги испитува Заводот за индустриска сопственост. Постои, можност заинтересирано лице да укаже на постоење на законско пропишани пречки, но на основ тоа,заинтересираното лице не може да стане странка во постапката. Види повеќе:Јовановиќ, М., Оценка познатости жигом за штифјених ознака у судској, управној и арбитражној пракси у републици србији, Право и привреда 55, 2017 година, стр. 359.

³⁶³Види повеќе: Пресуда на Управен суд, бр.П-4 У 1081/2010 (Јовановиќ, М, цит.дело, стр.358.

општ познат одреден факт. Сепак, останува отворено прашањето дали судот во утврдување на познатоста го зел како најбитен критериумот за комерцијалната вредност? Но и да е така, сепак треба да се земат во предвид и други критериуми (долга и непрекинета употреба, популарност и тн) на основ кои како примат се јавува комерцијалната вредност. Вредноста на трговската марка е многу често висока доколку трговската марка поседува висок степен на познатост или *vice versa*. Така во многу случаи вредноста на трговската марка треба да се утврди внимателно кога нејзината познатост е истражувана во процесот на дефинирање на познатост или прочуеност на трговската марка. На основ тоа, комерцијалната вредност на добро познатата трговска марка е исто така фактор заснован на прописи и се оценува од страна на надлежните органи во утврдувањето дали е или не е една трговска марка добро позната или позната.³⁶⁴

Во контекст на пресудата на Управен суд која беше елаборирана погоре во текстот, сметаме дека судот правилно постапил од причина што одлуката ја заснова како што наведува на општо познат факт, на основ кој се утврдени и другите критериуми кои потврдуваат дека станува збор за трговска марка која станала позната со долга и интензивна употреба, достигнала висок степен на познатост кај учесниците во прометот, која станала не само знак за обележување на стоки туки и симбол на компанијата во целина.³⁶⁵ Кога зборуваме за критериуми кои треба да бидат земени во предвид при утврдување на познатост на трговска марка би ја споменале пресудата на Стопанскиот суд во Белград во која судот наоѓа дека трговската марка на тужителот е позната бидејќи ги исполнува критериумите предложени во Заедничките препораки. Како докази ги ценел: договорот за купопродажба склучен помеѓу носителот на правото на трговската марка и продавачот кој се занимава со продажба на релевантни производи како и сликите од кои се гледа дека носителот на правото бил спонзор на одредени културни настани.

Од горенаведените пресуди видно е дека релевантната јавност како еден од критериумите за утврдување на познатост е занемарена а чие значење е многу големо. Ова од причина што одлуките се засновани на принципот на слободна оцена на доказите и критериумите кои упатуваат на познатост.³⁶⁶

³⁶⁴ Види повеќе: Член 75 – Law on Intellectual Property in Vietnam 2005; Член 8(2) – The Trademark Act 1994 in UK. (Tam, P.N., Well-known trademark protection a comparative study between the law of the European Union and Vietnam, Lund University faculty of law, 2011, стр.)

³⁶⁵ Види повеќе: Британска консалтинг компанија Interbrand Group секоја година објавува ранг листа на 100 светски трговски марки <http://interbrand.com/best-brands/best-global-brands/2017/ranking/> (пристапено на 18.06.2017 година).

³⁶⁶ Иако праксата во република Македонија е штупа по ова прашање, сепак треба истото да се уреди во смисла на тоа кои критериуми ќе се зимаат во предвид на основ кои ќе се

2. Релевантната јавност и утврдувањето на степенот на познатост

Како еден од клучните поими и во новата концепција за заштита на трговска марка е поимот на познатост кој може да се разгледува од два аспекта. Првиот аспект се однесува на познатоста како услов за да може една трговска марка да стекне проширена заштита. Другиот е познатоста како услов во конкретен случај за да може да се оствари проширена заштита против дејство на повреда. И двата аспекти во извесна мера се различни.³⁶⁷ Имено, познатоста како услов на проширена заштита значи, трговската марка да е позната во значаен дел на јавноста на која се однесуваат производите и услугите обележани со неа. Станува збор за релевантна јавност, составена од нормално информирани, соодветно претпазливи и разумни потрошувачи. Во зависност од природата на производите и услугите, поимот на релевантна јавност може да се разгледува од општа па се до специјализан делокруг на јавност. Разликите особено можат да се видат кога станува збор за искористување на угледот и дистинктивноста на трговската марка.

При испитување дали една трговска марка е позната во смисла на стекнување на проширена заштита мора да се земат во предвид сите релевантни околности посебно пазарниот удел на трговската марка, интензитетот и времетраењето на нејзината употреба, географската распространетост, како и обемот и инвестирањето кое титуларот го вложува во својата активност, а не може да се бара процентуално дефиниран степен на познатост.

Европскиот суд на правда во пресудите се уште се нема изјаснето околу прашањето за квалитативните критериуми при утврдување на познатоста, напротив, во образложение на истите само појаснува дека познатоста не може да се оценува на основ апсолутен праг, туку дека трговската марка мора да биде позната во значаен дел на релевантната јавност.³⁶⁸ Од каде произлегува дека е напуштен концептот кој беше застапен во класичната концепција во која беше уредено степенот на познатост да не биде помалку од 30%.

Во правната теорија постојат различни пристапи околу ставот на Европскиот суд на правда за критериумите потребни за утврдување на

постапува по истото. Република Србија има изготвено Методологија на основ чии критериуми поступува Заводот за интелектуална сопственост за признавање на трговска марка и во постапки за регистрација на истата во која прашањето за утврдување на познатост (чувени) е имплементирано на основ на регулативта за Заедничките препораки во врска со одредбите за заштита на добро познати знаци.

³⁶⁷ Ibid

³⁶⁸ Види повеќе: Frederick Moster, *Famous and well-known marks: an international analysis*, 2nd ed., London 2004, стр. 43 - 49.

познатост.³⁶⁹ Едни стојат на стојалиште дека за оцена на познатост на трговската марка исклучиво меродавни се квантитативните параметри. Тие своето стојалиште го поткрепуваат со фактот дека каталогот на критериуми кои ги наведува Европскиот суд на правда не опфаќа квалитативни елементи, како што е угледот на трговската марка, што значи дека поимот на познатост не е врзан за квалитативни параметри на основ кои се одредува угледот на трговската марка во прометот. Друга група на автори застапуваат спротивно становиште а тоа е дека според обележјата кои ги навел Европскиот суд на правда меродавни се и квалитативните критериуми.³⁷⁰ Според ставот на приврзаниците на ова стојалиште покрај квантитативно утврдување на познатост неопходно е и дополнително да постојат и квалитативни критериуми за потврдување на истата. Трета група автори сметаат дека во случај на искористување или оштетување на дистинктивната моќ мора да се земат во предвид само квантитативните елементи, а кога се работи за искористување или оштетување на угледот на трговската марка во случаи на оцена на познатоста од големо значење се и квалитативните обележја.³⁷¹

Во контекст на прашањето кое се однесува на степенот на познатост како еден од квалитативните критериуми прв пат Федералниот врховен суд во Германија се изјаснил во пресудата „Fabergé“.³⁷² Тужителот во овој случај е титулар на трговската марка Fabergé за обележување на поголем број на производи покрај кои и: сапуни, парфимирани производи, сувенири, предмети и накит. Тужената страна ја регистрирала ознаката за обележување на шампањско. Основниот/регионален суд во Диселдорф и Повисокиот регионален суд во Диселдорф го одбиле тужбеното барање. Бидејќи тужителот во тужбеното барање истакнал дека има право на поголема заштита на основ познатост, овој суд го одбил тужбеното барање со образложение дека трговската марка не е позната во неопходна мера. Односно, дека утврдениот степен на познатост изнесува 12 %. Федералниот врховен суд во Германија ја укинал пресудата и предметот го вратил на повторно одлучување.³⁷³ Во образложението навел дека не постои појдовно стојалиште по кое е неопходно постоење на одреден процент на познатост во прометот на основ кое би се зборувало за познатост на трговската марка.

³⁶⁹Види повеќе: Annette Kur, Well-known marks, highly renowned marks and marks having a (high) reputation - what's it all about?, *International Review of Industrial Property* 2/1992, стр. 218.

³⁷⁰Види повеќе: Friedrich Ekey, Diethelm Klippel, *Markenrecht*, Heidelberg 2002, стр. 125.

³⁷¹Види повеќе: Helmut Eichmann, *Der Schutz vom bekannten Kennzeichen*, *Gewerbliche Rechtsschutz und Urheberrecht* 3-4/1998, стр. 201.

³⁷²Пресуда Федерален врховен суд Германија, Fabergé - I ZR 100/99, од 12. 7. 2001, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 4/2002, стр. 340-342.

³⁷³ Ibid

Наспроти ова, тргнувајќи од толкувањето во пресудата на „General Motors Corporation” and Yplon SA (Chevy), Европскиот суд на правда наведува дека се бара само одреден степен на познатост без да дефинира одреден процент. Европскиот суд на правда смета дека член 5 став 2 од Директивата 89/104/ЕЕЗ имплицира одреден степен на познатост на трговската марка во релевантната јавност од причина што само во тој случај потрошувачот може да воспостави врска меѓу два производа на основ која настанува повреда на трговската марка која била повеќе време на пазарот, но сепак не наведува колку треба да изнесува тој процент тука дава толкување во зависност од случај до случај, имајќи во вид дали се работи за чувена трговска марка или за добро позната.³⁷⁴ Така на пример во Германија, Федералниот врховен суд во случајот Dimple³⁷⁵ сметал дека доволен степен на познатост е 30 %. Во друг случај „Salomon”,³⁷⁶ истиот суд одбил да го прифати статусот на определена трговска марка да се смета за добро позната која што претставила дека поседува степен на познатост кај потрошувачите од 30 % (случајот бил поврзан со спортска опрема).

Имено, Европскиот суд на правда смета дека со членот 5 став 2 од Директивата 89/104/ЕЕЗ се пружа заштита на познатите трговски марки ако услов не е опасност од замена. Оштетувањето или искористувањето на дистинктивната моќ и угледот на трговската марка се заснова на одреден степен на сличност меѓу знакот и заштитената позната трговска марка и спротивните знаци. Степенот на сличност, треба да биде таков да во прифатените прометни кругови знаците бидат поврзани мисловно но да не се заменуваат, односно нивото на степенот на сличност да биде такво да не предизвикува и други сличности кои не се поврзани со потеклото на производот. Оваа одредба за заштита на познатата трговска марка има специјален карактер бидејќи ги обединува дистинктивноста и сличноста на трговската марка со дејствијата на оштетување и искористување односно правото на трговската марка со правото на конкуренцијата.³⁷⁷

³⁷⁴ Ibid. Во членот 5 став 2 од Директивата 89/104/ЕЕЗ за прв пат место поимот на глас кој е типичен за класичната концепција за заштита на трговска марка го наведува поимот на углед на трговската марка кој станува еден од клучните поими на новата концепција. Односно оваа одредба има голема значење од причина што дистинктивноста и сличноста на знакот ги обединува со дејството на оштетување и искористување, односно правото на трговската марка со правото на конкуренцијата.

³⁷⁵ Пресуда на Федералниот суд во Германија, Dimple - I ZR 158/82, од 29. 11. 1984, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 7/1985, стр. 550.

³⁷⁶ Пресуда на Федералниот суд во Германија, Salomon - I ZR 13/89, од 29. 11. 1990, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 6/1991, стр. 465.

³⁷⁷ Пресуда на европскиот суд на правдата, Hag II C-10/89 од 07.10.1990 година, *Official Journal of the European Union* 1992, стр. 743

Суштината на пресудата „Fabergé“ можеме да ја разгледаме од неколку аспекти.³⁷⁸ **Прво** за утврдување на познатост на трговската марка не може да се бара процентуално дефиниран степен на познатост. Напротив, потребно е трговската марка да е позната во значаен дел на учесникот во прометот. Што значи дека не може да се бара да се утврди дефиниран степен на процент за производ чиј таргет на анкетирани лица ќе биде јавност во која учеството на учесникот во прометот е многу мала. **Второ**, треба да се утврди кој дел од релевантната јавност доаѓа во контакт со производите или услугите кои се обележани со трговската марка, што зависи од самата природа на производите или услугите. А тоа дека релевантната јавност може да биде составена и од деловни/професионални крајни потрошувачи а притоа истакнувајќи дека поимот на релевантната јавност се определува во зависност од природата на производот. **Трето**, заштитата на познатата трговска марка е дефинирана во Германскиот закон за трговска марка, што значи дека не е можно да се применува герерална клаузула за спречување на нелојална конкуренција.

При елаборирањето на прашањето, битно е да нагласиме дека најпрво треба се направи една дистинкција околу квалитативните и квантитативните критериуми кои влијаат на познатоста на една трговска марка. Имено, познатоста се одредува исклучиво на основ на квантитативни фактори како што се: емпириски измерен степен на познатост, инвестирањето што се вложува во реклама, распространетата употреба на просторно и временско значење итн. Во интерес на ова прашање е да се нагласи дека познатоста не може да се поистовети со процентот на познатост утврден од демоскопските испитувања туку се одредува на основ на сеопфатна анализа на сите објективни и квантитативни фактори.³⁷⁹ Наспроти ова, квалитативните елементи (углед, популарност), треба да бидат предмет на утврдување на познатост на трговската марка во случај на повреда на истата.

Покрај степенот на познатост, второто прашање е дали, имајќи ја предвид актуелната репутација и можноста за употребата на трговската марка, може кај потрошувачите да се предизвика забуна во поглед на потеклото на производите односно дали помеѓу производите на двајца трговци постои определена врска. Многу често во во практиката се случува одреден производ да се однесува на различни потрошувачки кругови односно потрошувачи од различни профили. Најчесто во вакви случаи се поставува прашањето дали степенот на познатост мора поединечно да се оценува или мора да се утврди за секоја категорија потрошувачи. Доколку релевантната јавност е ограничена на одреден сектор на јавноста кој ќе биде земен за да се утврди степенот на познатост

³⁷⁸ Влашковиќ, К. цит.дело, стр.88-89

³⁷⁹ Види повеќе: Dissmann Richard, Der Schutz der bekannten Marken, Berlin 2009. стр.113

битно е да се земат во предвид определени околности. Пред се, јасно треба да бидат прецизирани критериумите за утврдувањена релевантната јавност па последователно да се земат во предвид пр: возраста, полот, географијата, културата, групи со посебни интереси, вештината на потрошувачот. Исто така, во предвид се зема и начинот на продажба (маркетингот) на трговската марка со која се означени стоките или услугите кои се продаваат.

2.1 Видови на релевантна јавност

Иако не се експлицитно наведени во законите или законските прописи сепак специфичните карактеристики на стоките или услугите всушност претставуваат единствени критериуми при дефинирањено на релевантната јавност. Релевантните сектори на јавноста вклучуваат: а) вистински и/или потенцијални потрошувачи од типот на стоката и/или услуги на кои се применува ознаката; б) лица вклучени во дистрибуција на видот на стоката и/или услуги; в) деловни кругови кои се занимаваат со видот на стоките и/или услугите што се применува на трговската марка.³⁸⁰

Кога се работи за производи кои се пласираат на пазарот за широка потрошувачка поимот на релевантната јавност се идентификува со поимот на општата јавност бидејќи овие производи со својата основна намена се насочени кон сите. Наспроти тоа, во случај на специфични производи релевантната јавност се определува на ограничен делокруг, бидејќи производите и услугите се насочени кон специјализирана стручна јавност во која постои одредено ниво на знаење и внимание.

При определување на степенот на познатост на една трговска марка не може да се земе само во предвид ограничен сектор на релевантна јавност како стандард за истиот иако постојат такви случаи. Пример, доколку се утврдува степен на познатост на трговска марка за долна женска облека, релевантна јавност да се ограничи на определена група во случајот само на жени бидејќи таа не е само добро позната за нив. Сепак маркетингот, вестите, извештаите како и најголемата реклама од „човек на човек“ имаат големо влијание врз пошироката јавност на кој начин овозможува истата да биде запознаена, односно информирана за таа трговска марка. За различни производи или услуги, различни релевантни јавни сектори ќе бидат одвоени. Критериумите за утврдување на релевантната јавност обично се тесно поврзани со карактеристиките на стоки/услуги. Затоа, во практиката, одредување на соодветната јавност е секогаш проследена со анализа на карактеристиките на стоките/ услуги.

380

Види

повеќе:

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ipr_tyo_17/wipo_ipr_tyo_17_t15.pdf,
пристапено на ден 24.06.2017 година.

Имено, во контекст на ова во член 2 став 2 од Заедничките препораки на СОИД се предвидува дека од суштинско значење е ако релевантната јавност на која се спроведува испитувањето, опфати но не и да се ограничи на предложените релевантни сектори на јавноста. Иако не се таксативно наброени тие му помагаат на надлежниот орган и му даваат насоки на основ кој може полесно да се определи дали една трговска марка е добро позната марка, но сепак не се предуслов за постигнување на таа определба. Во секој случај определувањето сепак ќе зависи од конкретните околности на случајот бидејќи прашањето на „добро познатост“ во основа е прашање на факти.

Сепак не би можеле да се осврнеме на конкретно дефинирање на релевантната јавност. Релевантната јавност зависи од случај на случај во зависност од околностите. Како што беше дискутирано погоре, различни производи / услуги се насочени кон различни групи на потрошувачи, односно различни релевантни јавности, а би можеле да бидат релевантни јавни бизнис/професионални крајни потрошувачи, како и приватни крајни потрошувачи или мешавина од двете.

Па оттука се поставува прашањето *дали може релевантната јавност да биде составена само од деловни/професионални крајни потрошувачи?*

Во контекст на ова прашање, согласно листата на добро познати трговски марки објавени на веб сајтот на Управата за трговски марки во Кина, може да се најдат прилично голем број на трговски марки кои не се користат за означување на стоките на потрошувачот.³⁸¹ На пример „安科+ А уред“ Reg. 3524058 која што се користи за означување на машини за сортирање во индустријата во одредена класа. Машините за сортирање најчесто се користат во индустријата поврзани со земјоделство, индустријата за чај, индустријата за гуми итн. Крајните потрошувачи можат да бидат само бизнис/професионалните потрошувачи кој што дејствуваат во рамки на производството во случајот на чај, производството на гума итн. Случајот беше наведен како одговор на прашањето дека релевантната јавност може да се однесува и само на деловни/крајни потрошувачи кога станува збор за специфични производи односно за производи каде што крајните потрошувачи се оние кои се однесуваат на ограничен сектор.

³⁸¹ Ibid

CONCLUSIONS

By founding the connections we tried to show that the criteria for establishing trademark knowledge require appropriate involvement in and interaction with numerous legal sources. This is because the notion of the familiar trademark has been precisely defined neither in national legislation nor in international conventions; therefore it is the subject of analysis in both theory and case-law.

We tried to give a partial overview of the main features of violation and endangering rights that are provided with a greater protection, although not registered in terms of the Law on Industrial Property and in terms of its interaction with other regulations. Consequently, due to the fact that the scope of the legal protection of these rights requires a detailed knowledge of the issues and an appropriate knowledge in both the substantive and procedural aspects of protection. Hence, without knowing the material-legal basis, the application of procedural measures shall have some worth. Although domestic case-law is very poor, it is noted that the competent authorities are dealing with the inequality and insufficient knowledge of the nature and the reasons for the extended legal protection provided to these trademarks.

The attractiveness of this issue necessarily arises from the industrial rights influence on the growth and development of the holders / entities of these rights, especially from the industrial property rights expansion to the growth and development of trade companies and other traders. In addition to this, it is necessary to add the competition influence that affects the economic parameters, especially in the field of the business sector and the consumer sector. The protection of industrial property rights is essentially closely related to competition rights protection, that is, the creation of healthy and loyal competition in the global market.

Throughout examining the issue of the relevant public, we have concluded that one of the most important goals the trademark accomplishes is the relationship established between the right holder and the potential consumer in the goods and services market. Since the trademark holder marks his products so that the consumer can make a distinction over the products of competitors, the choice of a number of similar products is of a great importance for the trademark in the circles to which the products and services are targeted and which circles are actually considered to be the relevant public.

Although the need for prompt and high-quality judicial protection is emphasized, in order to strengthen the legal framework in this part, it is necessary, above all, for specialized departments that shall deal with disputes from intellectual property rights, the preparation of a program for continuous training of judges and implementation of the same, technical equipping of the courts and provision of software applications for creation of a modern database and exchange of data as well as continuous monitoring and publication of the court practice in the field of intellectual property law property.

**INTERNATIONAL VS. NATIONAL FRAMEWORK OF GEOGRAPHICAL
INDICATIONS OF ORIGIN
(Worldwide legal network and Republic of Macedonia)**

УДК: 347.772 (497.7)
Professional paper

***Abstract:** The subject matter of the paper is the presentation of the international legal framework for the registration and protection of the Geographical indications of origin versus the main features of the Macedonian system of protection of the Geographical names, as a result of the latest implemented legal reform of the Law on Industrial Property from 2011 and the Law on Quality Control of Agricultural Products 2012. After the identification of said features, the paper follows the basic legislation framework of the Macedonian system of protection of the Geographical names. By considering the legal solutions which covered such situations preceding the amendments to the Law on Industrial Property from 2011, the paper outlines the basic concepts on which the new legal solutions are based. The basic concepts of the reform are, subsequently, observed in order to consider the priorities and approve of the current legal regulation.*

***Key words:** Geographical indications of origin, Appellations of origin, Geographical names, Agricultural Products, Quality, Legislation reform.*

International framework of geographical indications

There are a few international treaties which deal with the issue of a protection of geographical indications. Mostly those treaties are being generally administered by WIPO, as well as the World Trade Organization (WTO) under the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Besides international legislative and enforcement support, there is also significant national laws and legislation which is dedicated to ensure the protections of GI and AOL's shall be achieved on the national (state) level. National and regional laws governing the protection and enforcement of geographical indications can be reached at WIPO's CLEA database.³⁸²

³⁸²<http://www.wipo.int/ipdl/en/search/lisbon/search-struct.jsp>

The following international agreements contain elements of protection for GIs:

- Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883)
- Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods (1891)
- GATT Agreement (1947)
- Stresa Convention on International protection of cheese (1951)
- Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration (1958)
- TRIPS Agreement (1994)
- Regional (e.g., EU 1992)

The following are some regional and multilateral agreements governing the protection of certain GIs:

- Agreement between the European Community and the United Mexican States on the mutual recognition and protection of designations for spirit drinks, OJ L 152, 11/06/1997 pp. 16-26
- Agreement between the European Communities and Australia on trade in wine, OJ L 86, 31 March 1994
- France-Ecuador Agreement for the Protection of CHAMPAGNE (1959)
- Inter-American Convention on Protection of Marks (1929)
- Central American Convention for the Protection of Industrial Property (1968)
- Council Regulation (EC) No 509/2006 on agricultural products and foodstuffs as traditional specialities guaranteed; Council Regulation (EC) No 510/2006 on the protection of geographical indications and designations of origin for agricultural products and foodstuffs, OJ L 93, 31.3.2006

Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883)

The first huge and important international agreement, which included "indications of source or appellations of origin" as objects for protection by national industrial property laws, was the **Paris Convention**, which took place in **1883** in the capital city of **France**. Paris Convention for the Protection of Industrial Property is the first and one of the biggest major international agreement which is protecting patents, designs and marks. Especially the two articles, Article 10 and 10ter of this Convention address false indications of the source of goods. The Paris Convention applies to industrial property in the broadest aspect, including the patents, the marks, the industrial designs, utility models (or small patent provided for under national laws of some countries), trade names (designations under which an industrial or commercial purpose is relevant), geographical indications (indications of source and appellations of origin or geographical names) and the laws protecting against the unfair competition. The major provisions of the Paris Convention are divided to three main categories: national treatment, right of priority and the common rules. For

the first division of the Paris Convention under the provisions on national treatment, the Paris Convention provides that, in relation of the protection of industrial property, each contracting State of the Convention must guarantee the same level of legal protection to nationals of the other contracting States in the same manner as it is possible to its own resident citizens. Parties of non-contracting States are also obliged to suborder to national treatment under the Paris Convention if they are domiciled or have an existing and effective industrial or commercial legal representative office in a Convention contracting State. The Paris Convention also provides for the right of priority in the case of patents, marks and industrial designs. This means that the priority right ensures the fact that on the basis of a regular first application filed in one of the contracting States, the applicant may, within a certain limited time interval (12 months for patents and 6 months for industrial designs and marks), to file an application for protection in any of the other contracting States; these later applications will then be regarded as if they had been filed on the same day as the first application was filed. The biggest achievement of this right of the priority provisions is the fact that supports, when an applicant plans protection in several countries, he or she can file in one single contracting state, so it is not compulsory to present all of desired applications at the same time, but still has left the interval of six to twelve months period of time on to disposal to decide in which specific country it wishes protection and to prepare the actions to ensure the desired protection. The Paris Convention is founded on a several common rules which all of the contracting Convention States must respect without regards. Most significant part of this multilateral treaty, regarding the GIs was embedded under Article 10(1) of the Paris Convention, with emphasize on the seizure of any goods upon importation of goods bearing false indications of the source of goods or the identity of the producer. Then the Article 10(2) which claims that, if any manufacturer is merchandising goods with falsely indication of origin will in any case is deemed an interested party.

Article 10*bis* in the same manner, enforces the protection against false or misleading indications of source as a means of opposing unfair competition, by preventing the confusion or mislead to the public, by false or seductive originating the products.

The substantive provisions of the Convention are divided under three main categories; national treatment (equalizes the foreign nationals with the domestic, if foreigner comes from state-contracting party), right of priority (for the applicant from one member state to apply prior in other member state known like rule of: first come-first served in the Common law system) and the common rules (obligatory to all contracting parties which are members of the Convention). This common rules are unified for all the scope of the Convention, like: patents, marks, industrial designs, utility models (a kind of “small patent” provided for by the laws of some countries), trade names (designations under which an industrial or commercial activity is carried on), geographical indications (indications of source and appellations of origin) and the repression of unfair competition and mislead to the public. The Paris Convention was concluded in 1883, was revised at Brussels in the year of 1900 and at Washington D.C in 1911, at The Hague in 1925, at London in 1934, at Lisbon

in 1958 and at Stockholm in 1967, and it was amended in 1979. The Convention is open to all States. Instruments of ratification or accession must be deposited with the Director General of WIPO.

Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source of Goods (1891)

After the establishment of Paris Convention which is prohibiting the use of false geographical indications, many member nations proposed a more stronger form of regulation for the misuse of intellectual property rights. So, the 1891 Madrid Agreement concerning the protection of geographical indications brought the response.

Article 1 provided that all goods 'bearing a false or misleading indication' to signatory country, or to a place in that country 'shall be seized on importation' However, this agreement failed to attract the accession of significant trading nations such as the USA, Germany and Italy. Major problem with this agreement and with subsequent revisions, was the inability of nations to exclude the geographical indications which had become generic within their borders.

The Agreement provides provisions for the cases and the manner in which seizure may be requested and implemented. It firmly prohibits the use, the sale or display or offer for sale of any goods, of all indications in the nature capable of deceiving the public as to the false source of the goods. It is left up to the every member state judicial system through courts of each contracting State to decide what appellations (different than regional appellations for the source of products of the vine) do not, based on nature of their generic character and origin, come under the umbrella of the Madrid Agreement. The Agreement itself does not provide any provisions for the establishment of a Union, any governing legal body or a budget. The Madrid Agreement was concluded in 1891, was revised at Washington in 1911, at The Hague in 1925, at London in 1934, at Lisbon in 1958, and at Stockholm in 1967. The Agreement is still open to States, contracting parties to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883). Instruments of ratification or accession must be deposited with the Director General of WIPO in Geneva, Switzerland. The Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications (SCT) is a permanent legal body and forum to discuss intellectual property issues, deliver coordination and provide guidance regarding the progressive international development of the law on trademarks, industrial designs and geographical indications, including the harmonization of national laws and procedures within the scope of international IP trends.

The Standing Committee was established by a unanimous decision of the Assemblies of the Member States of WIPO and the Unions administered by WIPO in March, 1998 (document A/32/7, paragraph 93). The Standing Committee³⁸³ delivers its recommendations and policies to the WIPO General Assembly for approval. Membership of the SCT is completely open to all

³⁸³http://www.wipo.int/geo_indications/en/sct.html

member countries of WIPO or member states of the Paris Union for the Protection of Industrial Property rights. Furthermore, participation in an observer capacity is also open to all other United Nations Member States, than for the intergovernmental organizations, and non-governmental organizations accredited with observer status at WIPO.

Geographical Indications in the SCT

The Standing Committee on the Law of Trademarks, Industrial Designs and Geographical Indications (SCT) is a forum to discuss issues, facilitate coordination and provide guidance concerning the progressive international development of the law of trademarks, industrial designs and geographical indications, including the harmonization of national laws and procedures.

It was established by a decision of the Assemblies of the Member States of WIPO and the Unions administered by WIPO in March, 1998 (document A/32/7, paragraph 93). The SCT submits its recommendations and policies to the WIPO General Assembly for approval.

Membership of the SCT is open to all member countries of WIPO or of the Paris Union for the Protection of Industrial Property. In addition, participation in an observer capacity is open to all other United Nations Member States, intergovernmental organizations, and non-governmental organizations accredited with observer status at WIPO.

WIPO administered treaties regarding registration systems for obtaining protection of geographic indications:

- Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration

Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration (1958)

The main goal of the Lisbon Agreement³⁸⁴ is to support the protection of appellations of origin, which represents the “geographical denomination of a country, region or locality, which serves to designate a product originating therein, the quality or characteristics of which are due exclusively or essentially to the geographic environment, including natural and human factors” (Article 2, Lisbon Agreement). Such designated names are registered by the International Bureau of WIPO in Geneva upon the request of the competent authorities of the interested contracting State. The International Bureau is sending the registration to the other contracting States, so contracting State may declare, within the time period of one year that by itself cannot ensure the protection of a registered appellation. A registered appellation may not be considered to become generic term in a contracting State as long as it continues to be protected in the country of origin. The Lisbon Agreement created a Lisbon Union, which has an Assembly of the contracting member States. Every State

³⁸⁴<http://www.wipo.int/lisbon/en/>

member of the Union which has agreed upon to at least the administrative and final clauses of the Stockholm Act (1967) is considered as a member of the Assembly. The Lisbon Agreement, concluded in 1958, was revised in Stockholm in 1967, and was amended in 1979. The Agreement is open for entry to States party to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883). Instruments of ratification or accession must be deposited with the Director General of WIPO in Geneva, Switzerland.

- Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks³⁸⁵
- Protocol Relating³⁸⁶ to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks (which also provides for the international registration of certification marks)³⁸⁷

Lisbon System for the International Registration of Appellations of Origin (1958)

The Lisbon System enforces the international protection of appellations of origin through one single registration procedure. The Lisbon system³⁸⁸ does along with the need to file multiple registrations at different offices and covers most of the countries in Africa, Asia, Europe, and Latin America and responds to the need to gain international registration by one single application. The main aim of the Lisbon Agreement is to provide for the protection of appellations of origin, that is, the “geographical denomination of a country, region, or locality, which serves to designate a product originating therein, the quality or characteristics of which are due exclusively or essentially to the geographic environment, including natural and human factors” (Article 2). Such names are registered by the International Bureau of WIPO in Geneva upon the request of the competent authorities of the interested contracting State. The International Bureau communicates the registration to the other contracting States. A contracting State may declare, within one year, that it cannot ensure the protection of a registered appellation. A registered appellation may not be presumed to have become generic in a contracting State as long as it continues to be protected in the country of origin. The Lisbon Agreement created a Union, which has an Assembly. Every State member of the Union which has adhered to at least the administrative and final clauses of the Stockholm Act is a member of the Assembly. The Lisbon Agreement³⁸⁹, concluded in 1958, was revised in Stockholm in 1967, and was amended in 1979. The Agreement is open to States party to the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (1883)³⁹⁰. Instruments of ratification or accession must be deposited with the Director

³⁸⁵http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/trtdocs_wo015.html

³⁸⁶http://www.wipo.int/edocs/madrdocs/en/2013/madrid_2013_25.pdf

³⁸⁷http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/trtdocs_wo016.html

³⁸⁸http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/en/geographical/942/wipo_pub_942.pdf

³⁸⁹http://www.wipo.int/lisbon/en/legal_texts/lisbon_agreement.html

³⁹⁰http://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/trtdocs_wo020.html

Product	Number of registrations	Per cent of registrations	Accumulated registrations	Per cent of accumulated registrations
Wines	470	61.4	470	61.4
Spirits	73	9.5	543	70.9
Agricultural products	51	6.7	594	77.6
Cheeses	50	6.5	644	84.1
Ornamental products	33	4.3	677	88.4
Tobacco and cigarettes	33	4.3	710	92.7
Miscellaneous	25	3.3	735	96.0
Mineral water	17	2.2	752	98.2
Beer and malt	14	1.8	764	100.0
	766	100	766	100.0

Source: WIPO statistics on appellations of origin under the Lisbon Agreement.

al of WIPO³⁹¹.

Accession by the Republic of Macedonia to the Lisbon Agreement for the International Registration of Appellations of Origin (2010)

The Director General of the World Intellectual Property Organization (WIPO) presents his compliments to the Minister for Foreign Affairs and has the honour to notify him of the deposit by the Government of the former Yugoslav Republic of Macedonia, on July 6, 2010, of its instrument of accession to the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration of October 31, 1958, as revised at Stockholm on July 14, 1967, and amended on September 28, 1979. The said Agreement will enter into force, with respect to the Former Yugoslav Republic of Macedonia, on October 6, 2010.

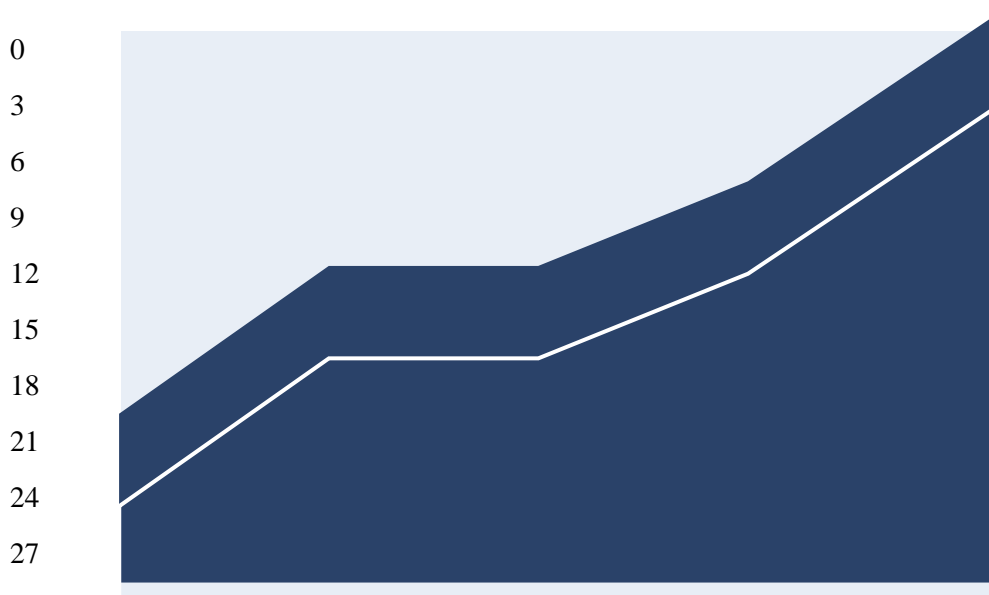
Statistics of the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration-Total number of Contracting Parties: 27 and their list:

* The statistics are calculated up to the end of the current year (the total number of contracting parties may differ slightly when an entry into force date occurs in the following year).

³⁹¹<http://www.wipo.int/about-wipo/en/dgo/>

YEAR	NUMBER OF CONTRACTING PARTIES
1970	8
1980	15
1990	15
2000	19
2012	27

Accession of contracting parties (states) to the Lisbon Agreement for the International Registration of Appellations of Origin (established year 1958)



Accession of contracting parties (states) to the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration (see picture above)

The Lisbon Agreement established an international system of registration and protection of appellations of origin. It adopted the French definition of appellation of origin by restricting the protected indications to cases in which the quality and characteristics of a product are 'due exclusively or essentially to the geographical environment, including natural and human factors'. The Agreement provided for the registration, at the International Bureau of WIPO, of appellations of origin which are 'recognized and protected as such, in their country of origin'. Countries are thus free to adopt their own system of designating appellations, either by judicial or administrative decision, or both. Once registered, a geographic indication is protected in other member nations. The countries have to ensure that any kind of usurpation or imitation is prohibited under their laws. Finally, the Agreement provides that no genetic indication can be deemed generic in any other country, as long as it is protected in its country of origin.

The Lisbon Agreement failed to attract support from more than a few nations. One problem was that accession was confined to those nations which protected appellations of origin 'as such'. Thus, states which protected this form of intellectual property under unfair competition or consumer protection laws were locked out. Also the Agreement did not make exception for geographic indications which had already become generic in member states.

WIPO's responsibility for the Lisbon Agreement

WIPO is responsible and administers the Lisbon System on geographical indication, which was established under the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration in order to facilitate the international protection of AO's. This system of measures, offers an approach of obtaining protection for an AO in the contracting parties to the Lisbon Agreement through a single registration procedure. Registrations can be searched through the Lisbon-Express database, available at their website: <http://www.wipo.int/ipdl/en/lisbon/>

<p><i>Members</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Contracting Parties</i> • <i>Information Notices</i> • <i>Notifications</i> • <i>Contact details of the offices of the Members of the Lisbon Union</i> 	<p><i>Legal and Administrative</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration</i> • <i>Regulations Under the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their</i>
---	---

<p><i>Electronic Tools</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Search Appellations of Origin (Lisbon Express)</i> • <i>Interactive Lisbon System World Map</i> • <i>Download Lisbon System files</i> 	<p><i>International Registration</i></p> <p><i>(as in force on January 1, 2010)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Administrative Instructions (as in force on January 1, 2010)</i> • <i>Acts of Diplomatic Conference</i> • <i>Forms</i> • <i>Fees</i> • <i>Surveys</i>
--	---

Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration Established on October 31, 1958 in Lisbon-Portugal and revised at Stockholm-Sweden on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979.

TRIPS Agreement (1994)

In the year of 1994, when negotiations on the WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights ("TRIPS") were concluded, governments of all World Trade Organization member countries (overall of a 151 countries as of August 2007) had agreed to set certain basic (minimal) standards for the legal protection of GIs in all member countries. There are, in effect, two basic obligations on WTO member governments relating to GIs in the TRIPS agreement. Those obligations are: same level of minimal legal protection of a GI's through the member states and enforcement of protection of falsely represented GI's, especially at the member borders. The protection of geographic indications was a key demand of European negotiators at the Uruguay Round of the GATT.³⁹² The competing positions were those of the EU and Switzerland which proposed a French-style of protection and the USA-which was in favor of the protection of geographic indications through a certification mark system. In the result, the Section 3 of the TRIPS Agreement covers six various topics:

- Definition and scope of a geographical indication
- Minimum standards and common protection provided for geographical indications corresponding to all kinds of products
- the interconnection between trademarks and indications of origin
- Additional protection for geographical indications for wines and spirits
- Negotiation and review of section III on geographical indications
- Exceptions to the protection of geographical indications

³⁹² see M. Blakeney, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Concise Guide to the TRIPS Agreement (1996)

Article 22 defines geographical indications as:

... indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristic of the good is essentially attributable to its geographical origin.

This definition expands the Lisbon Agreement concept of appellation of origin to protect goods which merely derive a reputation from their place of origin without possessing a given quality or other characteristics which is due to that place. Also, under the TRIPS Agreement a geographical indication to be protected has to be an indication, but not necessarily the name of a geographical place on earth. This suggests that licenses for the use of geographical indications cannot be protected under the TRIPS Agreement.

The TRIPS definition only permits member states to protect geographical indications of goods where the quality, reputation or other characteristic of goods are attributable to their geographical origin, especially.

Article 22.2 of the TRIPS Agreement requires that Members 'shall provide the legal measures for interested parties to prevent 'the use by any means in the designation or presentation of a good that indicates that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of goods'. The TRIPS Agreement does not specify the legal means to protect geographical indications. This is left up to the member states to decide. Article 22.2 also prohibits any use which 'constitutes an act of unfair competition under Article 10*bis* of the Paris Convention.

The ambit of Art 10*bis* is extended to a geographical indication 'which, although literally true as to a territory, region or locality in which the goods originate, falsely represents to the public that the goods originate in another territory'.

Article 22.3 of the TRIPS Agreement, responds to relation between the protection of trademarks and of appellations of origin, which permits a member party, *ex officio* if its legislation so permits or at the request of an interested party, 'refuse or invalidate the registration of a trademark which contains or consists of a geographical indication with respect to goods not originating in the territory indicated, if the use of the indication in the trademark for such goods in that Member is of such a nature as to mislead the public as to the true place of origin'. Due to the fact that for most countries the protection of geographical indications will be an innovation, Art 24.4 exclude from this form of protection trademarks which have been 'applied for or registered in good faith' or where the rights of the trademark 'have been acquired through use in good faith' either before the implementation of the TRIPS provisions, or before the geographical indication is protected in its country of origin. Article 24.7 provides that a

member state may provide that any request made under the section in connection with the use or registration of a trademark must be presented within five years after the adverse use of the protected indication has become generally known in that member state or after the date of registration of that trademark, provided the registration has been published and 'provided that the geographical indication is not used or registered in bad faith'. Similar to the analogous provision in most trademark laws, Art.24.7 preserves 'the right of a person to use, in the course of trade, that person's name or the name of that person's predecessor in business, except where such name is used in such a manner as to mislead the public'. Finally, Art.24.9 provides that there is no obligation under the TRIPS Agreement to protect geographical indications 'which are not or cease to be protected in their country of origin, or which are not in use in that certain country.

Intellectual property is a significant foundation for the protection and therefore the promotion and investment flows of intangible needs of the society. Industrial property plays a major role in the field of agriculture and foodstuffs.

Cannot avoid the fact that EU is the biggest producer of products carrying the GIs symbols in the world and therefore the community had developed the system of protection of these designations. This is implemented through the harmonization of a national legislation of a member states and foundation of a regulation structure on European level for implementation of freedom of movement of ideas and goods, creating common policies of quality and unified regulations on protection of GI's.

Macedonian legal framework for geographical indications

The Macedonian legislation framework was consisted of three dimensions (legislative, regulatory and enforcement) regarding the geographical names (indications and designations). This three parts of administration dimension should be functioning simultaneously and in synergy under the constitution and positive legislative in the country.

National legislative sources relevant to geographical indications

The Macedonian legislation dimension includes the following sources relevant to geographical indications:

- Law on Industrial Property, Official Gazette of R.M, No 42/1993
- Law on Industrial Property, Official Gazette of R.M, No 47/2002, No 42/2003, No 9/2004, No 39/2006 and No 79/2007

- Law on Industrial Property, Official Gazette of R.M, No 21/2009
- Law on Quality Control of Agricultural Products, Official Gazette of R.M, No 140/2010
- Law on Wine, Official Gazette of R.M, No 50/2010,
- Rulebook on Appellations of Origin and Geographical Indications, Official Gazette of R.M, No 102/2009

Regulatory dimension was represented by SOIP (State Office for Industrial Property) until seven years ago (year 2010) when institutional changes had been made and now the responsible body is MAFWE (Ministry of agriculture, Forestry and Water Economy). Since the transition of duties not one single designation was not registered and protected in MAFWE. From the year 2010, there is a start of the registration procedures for three new indications:

- Ohrid cherry (designation of origin)
- Valandovo white winter table grape (designation of origin)
- Scharlagan cold processed oil (sesame, sunflower or poppy-clubs) traditional specialty guaranteed

At this time period, the preparations of applications for three more indications are being conducted:

- Bistra white cheese (protected designation of origin)
- Bistra yellow cheese (protected designation of origin)
- Stanushina white wine-autochthonic variety of grape (protected geographical indication)

The **enforcement** dimension consist of chain of institutions (customs, border police, other police departments, inspections, revisions and courts) which are responsible for the enforcement of the protection of the industrial or intellectual property scope of rights.

In Macedonian legal system in use is the term 'geographical names', which substitute the appellations of origin and GIs. The function of 'geographical names' is to protect the products produced by natural or legal persons in certain regions. In the Industrial Property Law of 1993³⁹³, the Macedonian legislation operate situation where the 'appellation of origin' classification represent a higher level of protection. Later on, the Industrial Property Law of 2002, GIs were added³⁹⁴. They were constituted a 'lower' level of protection. The adoption of the term was very much influenced by the legal terminology of the European Union. The Law on Industrial Property (IPL) from 2009³⁹⁵ reaffirmed this terminology.

The Republic of Macedonia, country from the Southeast Europe an aspirant candidate for accession in EU has a strong determination to the

³⁹³Official Gazette of RM, No. 42/93

³⁹⁴Official Gazette of RM, Nos. 47/2002, 42/2003, 9/2004, 39/2006 and 79/2007

³⁹⁵Official Gazette of RM, No. 21/2009

common European values. It is one of the major benchmarks to develop the internal market and economy, competitive in the family of CMO. To reach this aim, it is necessary to decrease the costs and to promote the innovation.³⁹⁶ In the same regard, the scope of protection of the intellectual rights like: industrial property (patents, trademarks, designs and marks of origin and promotion of inventor ship. Industrial property rights had also a significant influence on agriculture and foodstuffs production and especially on the wine sector, which is very significant for Macedonia. Exploitation of the industrial property rights is in the phase of development and implementation and their stronger enforcement could bring up to stronger economical results. The business sector, whether private or public domain could contribute to a better exhaustion of IP rights, similar like it is a matter of case in the EU today.

The harmonization of a legal system of Macedonia and EU is on the satisfactory level and that is one of the most encouraging moments for the future accession of the country. As a developing country, Macedonia is firmly determined of protection and promotion of a GIs like a convenient opportunity to increase the value of its products, a tool to access the foreign markets and possibility to preserve the traditional techniques of production and knowledge, transferred thought many generations in this region. The wine export could also support the equal economic development of rural areas of the country like basics for stabile economic growth. In the year of 2010 the jurisdiction over the GIs in Macedonia was transferred from the SOIP (State Office of Industrial Property) to the MZSV (Ministry of agriculture, forestry and water supply) related to the novel of the Law on wine, from the same year. This reform is a significant for easier trade exchange with the foreign countries, especially with the EU member states after the forthcoming accession.

The strategic role of the GIs is a multidimensional issue, likewise:

- Products carrying GI are distinctive and differentiae on the marketplace (extraterritorial dimension gives them a chance to supersede the national borders versus the other IP rights)
- Economically, they are in poses of an added value, because of the quality and originality- they possess and it brings their higher price, eventually)
- Positive effect on biodiversity protection, natural resources maintenance, local skills and tradition, they also enhance the rural tourism and sustainable development
- Having a strong impact over the Macedonian national economy, especially in food and wine industry export rate

³⁹⁶Industrial Policy of the Republic of Macedonia 2009-2020, Ministry of Economy of the R.M, June 2009

- Enforcement of their social role and the rise of public awareness about GIs is the major future task regarding the benefits they bring back to the community
- Legal and legislative aspects bring the possibility of re-examination of the present double regime of distinction on food and non-food products (introducing the specialized institute like the French called INAO).

The local government is constantly trying to promote the sustainable regional development, giving subsidies to local farmer funds and producers of the healthy and organic food through EU development funds (IPA and IPARD fund) regarding the regulation 3/2008 which embodies the internal EU market and the third countries.³⁹⁷

The transitional economies of South-Eastern Europe, including Macedonia, have strong vested interest in GIs. Macedonia has an abundance of unique products which may become more competitive in domestic and foreign markets through GI protection.³⁹⁸

³⁹⁷See more at IP/07/699

³⁹⁸Introduction of the GI in the Macedonian law , GoceNaumovski Ph.D. , WIPO Journal accessed at:http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/wipo_wto_colloquium_aug11_e.pdf

UGOVOR O LICENCI PATENTA IZMEĐU PRAVA INTELKTUALNE SVOJINE I PRAVA KONKURENCIJE**

УДК: 347.77.043

Review paper

Apstrakt: Ugovor o licenci predstavlja pravni institut kojim se vrši konstitutivni promet prava industrijske svojine, odnosno instrument kojim se omogućava povezivanje subjekata koji stvaraju intelektualna dobra sa onima koji raspolažu tehničkim i ekonomskim sredstvima za njihovo iskorišćavanje. Licenciranje novih, zaštićenih pronalazaka i njihovo iskorišćavanje nesumljivo doprinosi opštem društvenom razvoju.

Pravo na patent garantuje svom titularu, za određeni vremenski period, monopolsko pravo njegovog iskorišćavanja, tako da titular svoje pravo može prenositi drugim licima pod znatno restriktivnijim uslovima nego što je to uobičajeno za prenos drugih prava. Superiorniji položaj davaoca licence omogućava mu da sticaoca licence stavi u što zavisniji položaj tako što se u predmetni ugovor o licenci unose različite restriktivne klauzule koje utiču na slobodu privredjivanja i konkurentnost na tržištu korisnika licence. Zbog narušavanja slobodne konkurencije na tržištu pojedine restriktivne klauzule u ugovorima o licenci patenta smatraju se nedopuštenim sa stanovišta prava konkurencije, te se zbog potrebe pravne sigurnosti, suzbijaju kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom planu.

Ključne reči: ugovor o licenci, patent, pravo konkurencije, restriktivne klauzule.

1. Uvod

Budući da se propisi koji regulisu oblast prava intelektualne svojine i oblast prava konkurencije laički posmatraju kao dve suprostavljene grane prava, ako se ima u vidu metod kojim regulišu odnose na tržištu, u radu autor nastoji da ugovor o licenci patenta prikaže kao jednu od tačaka dodira između ove dve grane prava. U radu su analizirane osnovne odlike ugovora o licenci patenta i izvori prava kojim se u srpskom pravu reguliše ovaj institut. Takođe, analizirana je uloga ovog ugovora u pravu intelektualne svojine i u pravu konkurencije i učinjen pokušaj da se ukaže na zajednički cilj koji se otvaruje upotrebom ovog pravnog instituta.

Pravo intelektualne svojine čine autorsko pravo i prava srodna autorskom pravu, s jedne strane, i pravo industrijske svojine, s druge strane. Za analiziranje ugovora o licenci od značaja su pravila koja spadaju u drugu grupu,

s obzirom na to da predmeti ljudskog stvaralaštva koji se štite normama prava industrijske svojine svoju svrhu ostvaruju kroz upotrebu u privrednom prometu.

2. O ugovoru o licenci patenta

Materija ugovora o licenci, kao osnovnog pravnog instrumenta kojim se može ostavarivati promet zaštićenih prava industrijske svojine, u srpskom pravu regulisan je Zakonom o obligacionim odnosima. Zakonske odredbe navode kao predmet ugovora o licenci iskorišćavanje dobara industrijske svojine, za koje on predstavlja uobičajeni pravni instrument raspolaganja. Zakonom je propisano da se ugovorom o licenci obavezuje davalac licence da sticaocu licence ustupi, u celini ili delimično, pravo iskorišćavanja pronalaska, tehničkog znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, a sticalac licence se obavezuje da mu za to plati određenu naknadu.³⁹⁹ Ovim ugovorom vrši se konstitutivni promet prava, tj. iz subjektivnog prava industrijske svojine izvodi se (derivira) jedno ili više imovinskopravnih ovlašćenja koja se, kao novo subjektivno pravo, konstituišu na ime sticaoca licence, čime se ne dira u supstancu izvornog prava, koje nastavlja da postoji uporedo sa licencom.

Prilikom ovakvog raspolaganja isključivim imovinskopravnim ovlašćenjima, pravo sticaoca može biti ograničeno na više načina, odnosno, može biti definisano sadržinski, predmetno, prostorno i vremenski. Kao prvo, sadržinskim ograničenjima određuje se koja se imovinskopravna ovlašćenja ustupaju ugovorom. Dalje, u pogledu predmeta korišćenja, moguće je odrediti konkretne radnje korišćenja patenta koje sticalac može vršiti na osnovu ugovora. Ovlašćenja sticaoca licence mogu biti ograničena i prostorno, u smislu određivanja teritorijanog domašaja važenja imovinskopravnih ovlašćenja koje se ugovorom ustupaju. Nadalje, ugovorom o licenci obično se određuje i vremenski okvir trajanja ugovorom ustupljenih imovinskopravnih ovlašćenja.

Razlikuju se dva tipa licence, isključiva i neisključiva licenca (prosta).⁴⁰⁰ Osnovna karakteristika isključive licence jeste da davalac licence ne sme sam vršiti, niti trećem licu ustupiti ona ista ovlašćenja koja je već ustupio sticaocu licence. U tom smislu, sticalac isključive licence je ovlašćen da jedini vrši ustupljena ovlašćenja, čime njegova licenca dobija karakter isključivog prava.⁴⁰¹ Budući da se sticaocu isključive licence obezbeđuje monopol na ugovoreno imovinskopravno ovlašćenje (najčešće je to ovlašćenje na proizvodnju i stavljanje u promet robe), otuda ugovor o licenci patenta može da

*Asistent, Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu

³⁹⁹Čl. 686. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78.

⁴⁰⁰Čl. 689. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78.

⁴⁰¹Više o pojmu isključive licence: S. Marković, *Patentno pravo*, Nomos, Beograd, 1997, 318-319.

utiče na konkurenciju na određenom tržištu.⁴⁰² Ugovor o licenci patenta ima za cilj da omogući promet patentom zaštićenih pronalazaka i povezivanje nosioca prava na patent i onih subjekata koji raspolažu neophodnim kapacitetom tehničkih i ekonomskih sredstava za uspešno iskorišćavanje patentiranih pronalazaka i postupaka, usled čega se stvara podsticajna klima za opšti društveni razvoj i prosperitet. Međutim, osim što pospešuje njegovo funkcionisanje, ugovor o isključivoj licenci patenta može da izazove i negativne efekte na konkurenciju učesnika na tržištu.

Pored toga što je pravni odnos dva zainteresovana subjekta, davaoca i sticaoca licence, ugovor o licenci patenta je i instrument prometa robe na tržištu. U savremenom informacijskom društvu prava industrijske svojine redovno se pribavljaju se i ustupaju na međunarodnom planu, i to između subjekata iz visoko razvijenih zemalja, koje su izvoznice kapitala, i nerazvijenih zemalja i zemalja u razvoju koje su najčešće uvoznice kapitala. Savremeni oblici tehnologije mogu se prenositi iz zemlje u zemlju samostalno, putem ugovora o licenci, ili kroz kooperaciju, ugovor o lizingu, franšizing, direktna strana ulaganja i slično. Priznato pravo na patent obezbeđuje svom titularu određenu tržišnu prednost u odnosu na konkurente. U pojedinim slučajevima ta prednost, koja je titularu priznata putem pravnih normi prava intelektualne svojine, a sve u cilju podsticanja intelektualnog stvaralaštva i omogućavanja konkurencije na tržištu intelektualnih dobara, može dovesti do dominantne pozicije na tržištu pojedinih subjekata. Zbog toga je neophodno da se, pri proceni da li su određena ustupanja ugovorom o licenci patenta dozvoljena ili ne, u obzir uzimaju ne samo norme prava intelektualne svojine, već i prava konkurencije.⁴⁰³ Pojedine odredbe ugovora o licenci patenta, iako nisu u suprotnosti sa pravilima intelektualne svojine, mogu da predstavljaju neki oblik povrede konkurencije učesnika na tržištu.

Budući da pravo na patent svom titularu garantuje monopolsko pravo na iskorišćavanje za vreme trajanja patentne zaštite, on je u poziciji da drugim licima prenosi to pravo pod znatno restriktivnijim uslovima nego što je to dozvoljeno i uobičajeno za prenos drugih prava. Uslovi pod kojima se zaključuje ovaj ugovor nazivaju se restriktivnim klauzulama i njima ugovorne strane definišu sadržinu isključivog ovlašćenja koje se ustupa. Ako uzmemo u obzir da se promet prava na patent, a i drugih prava industrijske svojine, odvija pretežno na međunarodnom nivou, gde se kao sticaoci licence javljaju subjekti iz nerazvijenih zemalja ili zemalja u razvoju koji često imaju snažan interes i potrebu za određenim patentom, lako dolazimo do zaključka da su ovi subjekti na neki način prinuđeni da prihvate sve uslove koje im davalac licence nameće u ugovoru o licenci. Koristeći svoj superiorniji položaj, davalac licence nastoji da sticaoca stavi u što zavisniji položaj. Davalac licence to može postići

⁴⁰² C. Quigley, *European Community Contact Law*, Kluwer Law International, 1997, 375-376.

⁴⁰³ D. Popović, *Isključiva prava intelektualne svojine i slobodna konkurencija*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 21-22.

unošenjem u ugovor o licenci različitih restriktivnih klauzula koje ograničavaju privrednu slobodu sticaoca licence i utiču na njegovu konkurentnost na tržištu.

Sa stanovista prava konkurencije restriktivne klauzule koje se pojavljaju u ugovoru o licenci patenta (ili nekog drugog zaštićenog prava industrijske svojine) mogu biti nedopuštene ili dopuštene. Na primer, ugovorom mogu biti predviđene odredbe koje predstavljaju nastojanje davaoca licence da blokira dalji tehnološki razvoj i usavršavanje prodate tehnologije kako bi što duže držao korisnika licence u zavisnom položaju; ograničavanje kupovine opreme i repromaterijala u inostranstvu isključivo od davaoca tehnologije; zabrana izvoza na određena tržišta i slično.

Pravo konkurencije neke od ovih restriktivnih klauzula smatra nedopuštenim zbog narušavanja slobodne konkurencije. Konkretnije, nedozvoljene restriktivne klauzule u ugovoru o licenci su zloubotreba monopolskog položaja, jer prelaze okvire vršenja monopolskog prava garantovanog titularu patenta odgovarajućim propisima. Ovim klauzulama davalac licence otežava položaj sticaoca licence, jer ga drži u zavisnom položaju i onemogućava ga da se pojavi kao potencijalna konkurencija na tržištu. Na taj način davalac licence praktično osigurava svoj superiorniji položaj na tržištu. Restriktivne klauzule su brojne i raznovrsne tako da je teško izvršiti njihovo potpuno i konačno nabranje, a u radu su navedene najkarakterističnije i najzastupljenije u ugovorima. Međutim, ni sa stanovišta ovog prava ugovori o licenci nisu nedopušteni oblik ograničenja konkurencije *per se*. Neophodno je u konkretnom slučaju ispitati antikompetitivna dejstva koja ima ugovor o licenci s obzirom na tržišnu moć koju sa sobom nosi.⁴⁰⁴

3. Restriktivne klauzule u domaćim propisima

Iako zakonodavac propisuje da su ugovorne strane dužne da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja, u praksi licencnih ugovora ovo načelo često bude izigrano. Kako bi se sprečile eventualne zloupotrebe u licencnim ugovorima neophodno je postojanje odgovarajuće pravne regulative. Kada je reč o srpskim propisima možemo konstatovati da je nepostojanje odgovarajuće pravne regulative omogućavalo da se transfer tehnologije licencnim ugovorima odvija bez odgovarajuće kontrole, pa nas to navodi na zaključak da su restriktivne klauzule bile zastupljene u ugovorima o licenci.

U odredbama Zakona o obligacionim odnosima kojim se reguliše ugovor o licenci propisana je zabrana unošenja restriktivnih klauzula u dva slučaja. Najpre, Zakon određuje da licenca za iskorišćavanje patentiranog pronalaska, uzoraka ili modela ne može biti zaključena za vreme duže od trajanja zakonske zaštite tih prava.⁴⁰⁵ Budući da je pravo na patent subjektivno

⁴⁰⁴ D. Guellec, *Patent Markets in the Global Knowledge Economy: Theory, Empirics and Public Policy Implications*, Cambridge University Press, 2014, 164.

⁴⁰⁵ Čl. 688. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78.

pravo koje svom titularu omogućava monopolsko iskorišćavanje zaštićenog pronalaska za određeno vreme, po isteku roka pravne zaštite patent postaje opšte dobro. U srpskom Zakonu o patentima kojim se uređuje pravna zaštita pronalazaka, kao i u većini savremenih patentnih zakona, propisano je da patentna zaštita traje dvadeset godina.⁴⁰⁶Ograničen rok trajanja pravne zaštite patentiranih pronalazaka je rezultat kompromisa između dve protivrečnosti, prava stvaralaca na rezultate svog intelektualnog rada i prava društvene zajednice da se tim rezultatima koristi. Budeći da je opšte pravilo da pravo na patent traje dvadeset godina, a da po isteku tog perioda postaje opšte dobro, klauzula u ugovoru o licenci patenta koja bi davaocu licence omogućavala pravo na licencnu naknadu posle isteka roka pravne zaštite predstavljala bi klasičan primer zloupotrebe prava na patent kao monopolskog prava.

Nadalje, Zakon o obligacionim odnosima propisuje da pravo iskorišćavanja predmeta licence može biti prostorno ograničeno samo ako to nije protivno propisima o jedinstvenom tržištu.⁴⁰⁷Ustav Republike Srbije, u delu koji se odnosi na ekonomsko uređenje zemlje, propisuje da svi učesnici imaju jednak položaj na tržištu. Takođe, Ustav zabranjuje sve akte kojima se, suprotno zakonu, ograničava slobodna konkurencija, stvaranjem ili zloupotrebom monopolskog ili dominantnog položaja.⁴⁰⁸Zakonski akt koji je donet na osnovu Ustava iz 2006. godine, a koji je i danas u primeni je Zakon o zaštiti konkurencije iz 2009. godine, sankcioniše radnje i akte koji vode ograničavanju jedinstvenog (relevantnog) tržišta. Ovaj propis je u najvećem delu zasnovan na odredbama Ugovora o funkcionisanju EU, u kome su odredbe o zaštiti konkurencije podeljene u dve grupe: odredbe koje se primenjuju na privredne subjekte i propisi koji se primenjuju na državnu pomoć.⁴⁰⁹Takođe, Zakon o zaštiti konkurencije je usaglašen i sa odredbama TRIPS. U smislu ovog zakona, povredom konkurencije smatra se svaki akt ili radnja učesnika na tržištu, koja za cilj ili posledicu ima ili može imati značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije.⁴¹⁰Naročito se smatra nedozvoljeno u ugovornim odnosima između učesnika na tržištu: a) neposredno ili posredno utvrđivanje kupovne ili prodajne cene ili drugi uslovi trgovine; b) ograničavanje i kontrolisanje proizvodnje, tržišta, tehničkog razvoja ili investicija; v) primenjivanje nejednakih uslova poslovanja na iste poslove u odnosu na različite učesnike na tržištu, čime se učesnici na tržištu dovode u nepovoljniji položaj u odnosu na konkurente; g) uslovljavanje zaključivanja ugovora ili sporazuma prihvatanjem dodatnih obaveza, koje se s obzirom na svoju prirodu i

⁴⁰⁶Čl. 39. Zakona o patentima, Službeni glasnik RS, br. 99/2011.

⁴⁰⁷Čl. 690. Zakona o obligacionim odnosima, Službeni list SFRJ, br. 29/78.

⁴⁰⁸Čl. 84. Ustava Republike Srbije.

⁴⁰⁹Čl. 81. - 89. Ugovora o osnivanju. European Union-Consolidated Versions of the Treaty on European Union and of the Treaty Establishing the European Community objavljen u Official Journal of the EU, br. C 321E od 29.12.2006. godine.

⁴¹⁰Čl. 9. Zakona o zaštiti konkurencije.

trgovačke običaje i praksu nisu u vezi sa predmetom sporazuma; d) deoba tržišta ili izvora nabavki, ako takvi postupci imaju za cilj ili posledicu značajno ograničavanje, narušavanje ili sprečavanje konkurencije na teritoriji Republike Srbije.⁴¹¹ Navedene restriktivne klauzule su zabranjene i ništave, osim u slučajevima kada se radi o izuzećima. Naime, srpski zakonodavac predviđa dve vrste izuzeća: slučajeve pojedinačnog izuzeća iz zabrane o kojima odlučuje Komisija za zaštitu konkurencije⁴¹² i izuzeća po kategorijama, o čemu odlučuje Vlada Republike Srbije.⁴¹³ Napred pomenuti organi donose odluku o izuzimanju imajući u vidu da li klauzule mogu doprineti unapređenju proizvodnje i prometa, odnosno podsticanju tehničkog ili ekonomskog napretka, a potrošačima obezbeđuju pravičan deo koristi, pod uslovom da ne nameću učesnicima na tržištu ograničenja koja nisu neophodna za postizanje cilja sporazuma, odnosno da ne isključuju konkurenciju na relevantnom tržištu ili njegovom bitnom delu.⁴¹⁴ Dakle, sa stanovišta Zakona o zaštiti konkurencije ugovori o licenci patenta koji sadrže restriktivne klauzule nisu nedopušteni oblik ograničenja konkurencije *per se*. Neophodno je u konkretnom slučaju ispitati antikompetitivna dejstva koja ima ugovor o licenci s obzirom na tržišnu moć koju sa sobom nosi. Uvidom u rešenja koja je Komisija za zaštitu konkurencije donosila vezano za pojedinačna izuzeća restriktivnog sporazuma od zabrane počev od stupanja na snagu Zakona o zaštiti konkurencije, saznajemo da do sada nije bilo rešenja kojim se izuzimaju od zabrane restriktivne klauzule u nekom ugovoru o licenci patenta.

Treba spomenuti i to da važeći Zakon o patentima, u naslovu koji nosi naziv promet prava, reguliše institut licence patenta, ali ne govori o restriktivnim klauzulama. Naime, Zakon propisuje da predmet ustupanja po osnovu ugovora o licenci mogu biti prava iz prijave, kao i pravo na patent ili mali patent, a ugovor mora biti zaključen u pisanoj formi i sadržati bitne elemente određene ovim Zakonom. Takođe, da bi ugovor o licenci proizvodio pravno dejstvo prema trećim licima, mora biti upisan u odgovarajući registra kod nadležnog organa, a to je u ovom slučaju Zavod za intelektualnu svojinu.⁴¹⁵ Na pitanja u vezi sa ugovorom o licenci patenta koja nisu uređena ovim zakonom primenjuju se odredbe Zakona o obligacionim odnosima, te se i Zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na restriktivne klauzule kod licencnih ugovora primenjuju i kada je u pitanju ustupanje prava na patent.

3. Zaključak

⁴¹¹Čl. 10. Zakona o zaštiti konkurencije.

⁴¹²Čl. 12. Zakona o zaštiti konkurencije.

⁴¹³Čl. 13. Zakona o zaštiti konkurencije.

⁴¹⁴Čl. 11. Zakona o zaštiti konkurencije, Službeni glasnik RS, br. 51/2009.

⁴¹⁵Čl. 46. Zakona o patentima, Službeni glasnik RS, br. 99/2011.

Bilo da se radi o pravilima koja regulišu intelektualnu svojinu ili o pravu konkurencije, nesumnjivo je da je cilj prava delotvorna regulacija odnosa ucesnika u pravnom prometu. Na prvi pogled, ako laički posmatramo, čini se da ove dve grane prave, koje postaju sve aktuelnije u srpskom pravnom sistemu, suprotstavljene grane prava. Međutim, smatramo da je predstavljeni institut restriktivnih klauzula koje se vrlo često mogu naći u ugovorima o licenci prava industrijske svojine, a najčešće kod licence patenta, dobar primer kako različiti metodi pravnog regulisanja pojedinih društvenih odnosa mogu da posluže istom cilju, a to je maksimizacija efikasnosti tržišta koja neminovno ima pozitivan uticaj na razvoj preduzetništva i podsticanje stranih ulaganja.

Ugovor o licenci je u našoj zemlji jedan od osnovnih pravnih instrumenata kojim se vrši prenos prava na privredno iskorišćavanje patentiranih pronalazaka i prava iz prijava za zaštitu pronalazaka. Analizirajući aktuelna rešenja u srpskom pravu koja se odnose na institut licence patenta dolazimo do zaključka da bi, s obzirom na značaj koji ugovori o licenci imaju za razvoj domaće privrede, bilo svrsishodno da Srbija dobije novi Zakon o transferu tehnologije koji bi morao da sadrži pravna rešenja koja odgovaraju savremenom privrednom životu. Novi zakon bi trebalo da, između ostalog, sadrži norme koje detaljno regulišu institut ugovora o licenci, kao i da predvidi obavezu da svaki zaključeni ugovor o licenci mora biti podnet na uvid nadležnom organu koji se bavi zaštitom konkurencije na tržištu.

Aleksandra Vasić, assitant
Faculty of Law,
University of Niš

Patent License Agreement between Intellectual property law and Competition rights

***Abstract:** License Agreement represents a legal institute which performs the constitutive transport of industrial property rights or an instrument that allows the connection of subjects that create intellectual resources with those that have technical and economic means for their exploitation. Licensing of new, protected inventions and their exploitation contribute undoubtedly to the overall social development.*

The right to a patent guarantees its titular, for a certain period of time, the monopoly right to its exploitation, so that his titular right can be transferred to other persons under much more restrictive conditions than is usual for the transfer of other rights. A superior position of a licensor allows him to put the license acquirer in a more dependent position by entering different restrictive clauses that affect the freedom of economy and competitiveness at the licensee market into concerned License Agreement. Due to violation of free competition in the market certain restrictive clauses in Patent License Agreements are considered to be unenforceable from the standpoint of Competition law and, for the need of Legal certainty, they have to be suppressed at both national and international level.

***Keywords:** license agreement, patent, competition law, restrictive clauses.*

IMPLICATION OF INTERNATIONAL MONETARY LAW RELATIONS ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS*

УДК: 341.231.14:339.732.4

Original research paper

Abstract: *The subject of analysis in this paper is to review the consequences of international monetary law relations on the concept of human rights protection. In this sense, the research emphasis on issues related to the role of the International Monetary Fund and the World Bank as the main actors in international monetary relations where a comprehensive analysis of the scope of their work is to determine the specific impact of these institutions on the protection of human rights, primarily in developing countries. Below, attention is paid to the analysis of the program of monetary and financial support in the area of the fight against poverty, which in terms of the global and economic crisis emphasizes the sustainability of social expenditures (enjoyment of social and economic rights), designed to protect the life and health of citizens, thus shows that both the IMF and World Bank indirectly have a significant impact on the enjoyment of human rights in countries which appear as their contractual partners at the public debt policy. By applying dogmatic, axiological and comparative methods and a critical reassessment of practice in terms of the debt crisis, the author will try to point out tendency binding responsibilities and actions of the main creators of good monetary governance for the concept of human rights as a *conditio sine qua non* of the desired living standard.*

Keywords: *international monetary law, the International Monetary Fund, the World Bank, social expenditures, human rights.*

*Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia, e-mail:
markod1985@prafak.ni.ac.rs

**The paper is a part of the research done within the project "Protection of Human and Minority Rights in the European Legal Area", D172046 financially supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia.

1. Introduction

Monetary law, as a set of legal rules that govern the monetary unit in which the amount of public debt is denominated, has a significant impact on the wide-ranging area use of human rights, since it determines all segments of the living standard of citizens under specific monetary jurisdiction. For this reason, a legal science must in the future pay great attention to identifying causal and consequential relations between postulates, institutes and entities of national and supranational international monetary relations, on the one hand, and transmission mechanisms and feed back in the area of social and economic rights in which Impact is most expressed. The impact of monetary legislation on human rights is, in our opinion is most expressed in the policy of public debt and the different notion of monetary sovereignty in practice. Namely, a public loan as a debt-lending relationship with a state in the role of the debtor, and creditors are natural and legal persons of domestic and foreign law (today, more often, international monetary and financial organisations), is an increasingly used instrument of the economic policy of modern states.

The legislator invests a lot of efforts in seeking optimal rules regarding the method of issuing a public loan, its consolidation and conversion as special techniques by which new existing loans are replaced by new ones or some contractual clauses are changed concerning the repayment period, the amount of the principal and the number of annuities. By getting public debt at leading monetary organisations such as the International Monetary Fund or the World Bank relativize the sovereign monetary powers of the states and the weakness of the national central banks requires a restrictive approach to financing the budget deficit by public crediting.

By relativizing the legal powers arising from monetary sovereignty also undermines the right of citizens in the sphere of economic and social relations, and the achieved level of living standards can be reduced. As these rights can be easily recognized in public goods (clean and mixed) countries such as health care, education, the environment, security, employment, etc., we will be convinced that economic and social rights monitored through the prism of monetary *ius cogens* norms are called "rights to Enjoyment of public goods "as a *sui generis* sub-category of human rights. As the burden of repayment of a public loan directly determines the number of public expenditures in the specific period of time, it is clear that the greater burden of repayment reduces the available funds to meet the aforementioned rights. This becomes especially important and is expressed in circumstances where the *fiscus* (lat.) must be sold by state-owned companies or privately privatised in a greater or lesser degree, although it is natural for them to be natural monopolies (gas supply, electricity, water supply, etc.), because they are seeking a large investment flows for which the private sector is not interested.

The (not) sufficiently explored area of impact of such changes in the area of economic and social rights implies that the proposed model of

privatisation should be preceded by an extensive multidisciplinary study that illuminates all potential disavows in human rights. The possible reason for the insufficient appreciation of the scientific and professional public about the impact of the derogation of monetary norms on the culture of human rights represent the fact that this influence, viewed at first glance, is only secondary, sporadic, and each much less serious and deprived of ethical reserves than the influence of other legal institutes of traditional Branch of law. We argue that this is no longer a justification for the absence of the necessary number of analytical research of the mentioned problems, because, in the conditions of globalisation of international capital flows, liberalisation of foreign trade regulations and debt crises, this influence from the indirect increasingly acquires elements of the immediate one in practice. For this reason, the main goal of the work is to identify the main implications of international monetary relations in the field of human rights protection by examining the concept of monetary sovereignty and the role of the IMF and the World Bank as international creditors of developing countries

2. The relationship between monetary sovereignty and the culture of human rights

Monetary sovereignty as a key Institute of monetary law is a constituent element of political sovereignty and implies the right of a public-law subject to regulate to sovereign all issues concerning the regulations of the monetary system. The manner of implementation of monetary sovereignty in practice is also influenced by human rights. The main issue is related to the manifestation of monetary sovereignty concerns the determination of the title of sovereignty. Thus, in monetary literature, one can observe the perceptions that sovereignty belongs to national governments that enjoy discretionary powers for its more precise implementation or implies the original authority of citizens delegating to governments or international organisations through a certain functional model. For this reason, representatives of the state and socio-psychological theory on the legal definition of the concept of money have mutually different views on the structure and scope of monetary powers. In the analysis of monetary sovereignty, current issues are related to the problem of its normative value, the scope of application (geographic and material) and the method of implementation, but also the very sensitive issue of the rights of states that have limited their monetary sovereignty by joining monetary unions.⁴¹⁶

In order to protect the legal position of these countries, it is necessary to make all the necessary efforts in the segment of the rights of states to independently determine the direction and course of their economic

⁴¹⁶ An Hertogen, “An Usual Suspects? Monetary Sovereignty and Financial Stability” (2010) *GJOIL* 2,243-266.

development, that is, the right to act inviolably and be free of interference by other states, *de iure* rights to act monetarily (which is institutionalised) and *de facto* freedom, which is not fixed and protected.⁴¹⁷ Practice shows that the benefits of full monetary sovereignty are particularly valuable to countries with more rigid economic systems, as economic shocks are less easily mitigated and pre-empted. In such circumstances, the central bank monitors the monetary policy, while the government seeks to remove all barriers to the free development of foreign trade flows.⁴¹⁸ The influence of legal norms on choosing the optimal monetary policy is crucial in circumstances when the state wants to restore shaky credibility in monetary relations.

3. The role of international monetary organisations in the protection of human rights

In considering the role of the IMF in the human rights field, it is important to point out that this is not its main task, as it is not financial stability, but the fulfilment of certain goals in the field of international monetary relations. In circumstances when the IMF appears as the main creditor in the public loan policy, it is important to emphasise, since the IMF is primarily a monetary and then a financial institution. In order to achieve these goals, the IMF uses various instruments that are primarily regulatory in nature and can influence them to a greater or lesser extent the manner of implementation of the monetary sovereignty of a particular member state (and so indirectly on social and economic rights). The meaning of all instruments and measures that are being pursued tends to create good monetary conduct standards, as a goal that all Member States are striving for. Certainly, by establishing the membership of the state, they also take concrete obligations that relates the scope and legal power of national monetary powers, but they agree to do so in order to obtain certain benefits arising from the stability of the foreign exchange rate and liberalisation of free foreign currency payments for current international transactions.

These benefits are reflected in the benefits arising from the security of international monetary cooperation and financial support that can be expected in times of crisis. The IMF currently gathers 189 member states seeking to achieve deepened international monetary cooperation identify international trade flows, promote high employment and sustainable economic growth with the reduction of poverty in the world. It is precisely in these provisions that we can see that the IMF is now increasingly aware of the social dimension of international monetary cooperation, and as he does not represent a specialised agency of the United Nations dealing with it. This only confirms the efforts of supranational

⁴¹⁷ Pedro Schwartz, “The Uselessness of Monetary Sovereignty” (2004) *CJ* 24 (1-2), 107-129.

⁴¹⁸ *Ibid.*

subjects of economic policy to exist in the financial and monetary law must exist and in these spheres of the rights closely related to the basic micro and macroeconomic institutes, i.e. foodstuffs that perceive the legal mechanisms of securing the environment in the widest sense.

The importance of the work of the IMF is reflected in the fact that with its decisions and other acts it has established a unique universal legal framework for the implementation of monetary sovereignty.⁴¹⁹ Consequently, we can observe that membership in the IMF does not imply automatic and enforced implementation of national monetary sovereignty, but it is a deliberative self-restraint to which monetary entities agree, but where each state can freely decide on the eventual exit from membership and establishment of full sovereignty. Monetary integration by itself does not mean the loss of monetary sovereignty, but rather its adjustment in the circumstances of firm coordination of national monetary policies in order to achieve certain benefits, although practice shows that in globalized economic systems the rule is that the state is smaller, the smaller is the intensity of monetary sovereignty.⁴²⁰ The state, as the titular of monetary sovereignty, enjoys primarily three exclusive legal powers, which include: the right to define the domestic currency (and the imposition of criminal sanctions for direct or indirect displacement of the same from the market - *lex cudenate monetae*), the right to determine and change the value of the local currency (as well as institutional regulation of the domestic banking system) and the right to use domestic or any other currency in monetary and legal relations within its territory.⁴²¹

1) The first authorization corresponds to the role of money as a means of payment, while another authorization corresponds to the function of money as a means of calculation. The right of the state to independently consider all the issues related to the definition and issuance of the local currency is protected by customary international law and the provisions of the Geneva Convention (1929), in which we can notice that this authorization is the prerequisite for the realisation of the remaining two rights and is therefore subject to strict legal protection. This right is essentially purely monopolistic (the widest scope) and belongs to the central bank as the supreme monetary institution, which implies the adoption of laws regulating the internal and external dimension of money, the credit system, the payment and clearing system.⁴²² Although protection is indisputable in peaceful circumstances, the question arises as to what happens to the object of protection in war circumstances, and can then apply the provisions

⁴¹⁹ Claus D. Zimmermann, "The Concept of Monetary Sovereignty Revisited" (2013) *TEJOIL* 24 (3), 797-818.

⁴²⁰ Angyal Zoltan, "Monetary Sovereignty and the European Economic and Monetary Union" (2009) *European Integration Studies* 7(11), 109-119.

⁴²¹ Charles Proctor, *Mann on The Legal Aspects of Money* (Oxford University Press 2004) 89-95.

⁴²² Rosa Maria Lastra, *International Monetary and Financial Law* (2nd edition, Oxford University Press 2015) 340-343.

of the Hague Convention (1907) that prohibit the change of the currency system in the occupied states by the occupiers? It is interesting to see that the change in the currency system in post-war Germany by the Alliance is justified by the fact that the former state as such has ceased to exist and that there is no place to apply the provisions of the Convention, while during the crisis in Iraq, the UN Security Council called for respect for the same Convention. Based on these examples, it is noted that the introduction of the new currency *per se* does not constitute a violation of the provisions of the Hague convention in the part concerning the undertaking of economic measures in the field of monetary system, so that the admissibility of the measure will be assessed depending on its eventual confiscatory character and interest in the protection of public goods, because monetary stability *de facto* represents a public good.

2) The right to determine the value of a currency on particular actuality is obtained when using public debt (loan) when capitalising the budget deficit. The change in the value of the domestic currency does not constitute a violation of the norms of international monetary law, and the states will not be held liable for the consequences to the creditors of the loan, given that the permissibility of such changes is of particular importance in cases of devaluation and revaluation of the domestic currency. Of course, if the motive of realisation of this right is met with deliberate causing damage to creditors of a loan or is basically a discriminatory one, it's narrowing in legal transactions will occur. For this reason, Articles IV and VIII of the IMF Agreement determine the limitations of this authority, in the context of the prohibition of the application of the gold standard, the manipulation of a change in value that jeopardises the effective payments or the acquisition of benefits and unfair competitive advantage over other members as well as the involvement in the practice of multiple exchange rates. When it comes to the extraterritorial effects of this power, the principle of monetary nominalism leads to the recognition of devaluation and revaluation carried out by the debtor country when it affects the value of bonds denominated in that currency.⁴²³

However, in certain circumstances there may be exceptions when the parties have explicitly agreed that such changes will not affect their obligations by entering a foreign currency clause, and then a foreign court decision on the effects of devaluation (revaluation) will be conditioned by collision norms, the interests of the protection of the public order and the similar. Thus, in the case of the *Messageries Maritimes* of June 1951, the French Court of appeal has refused to apply the provisions of the Canadian monetary law which made a devaluation of the Canadian dollar in order to avoid the validity of a currency clause, thus does not allow the recognition of a foreign (Canadian) monetary law in the domestic (French) territory. Based on this court decision, we can notice that the right to regulate and determine the conditions for the

⁴²³ Francois Gianviti, "Current Legal Aspects of Monetary Sovereignty" (2006) IMF Current Developments in Monetary and Financial Law 4, 3-16.

sustainability of foreign currency clauses does not result from the right to determine the value of the local currency about that, a practical issue is the question of the right to apply in the currency contracts contained in public loan contracts? In the case of the Norwegian public loan of 1957, the International Court of Justice applied the Norwegian monetary law as a *lex contractus* and thus allowed the debtor to be exempt from certain contractual obligations, which the creditors of the loan cannot agree to. In the case of the Brazilian and Serbian public loans, the monetary laws of the debtors were not recognised as a valid *lex contractus*, although the monetary laws of the public loan creditors (France) actually had the role of *lex monetae*.

3) When it comes to the right to use the domestic currency in domestic or foreign payment transactions, we must point out that the provisions of various international agreements limit the scope of this right (the IMF Agreement, the World Trade Organization Agreement, the guiding principles of the Organization for Economic Cooperation and Development and other prevailing in the spirit of liberalisation of capital flows). In certain cases it is possible, in order to protect the national or international security, that state asks the IMF for the full enjoyment of this right beyond the above-mentioned principles, and the IMF should inform the state about the justification of such a measure within 30 days. Even when the IMF finds it justifiable to impose such measures, the recognition of such restrictions in a foreign monetary context may be the subject of disputes. Namely, the recognition of restrictions on the use of domestic currency in abroad must be based on the principle of *lex loci solutionis*, *lex contractus* or art. 7 of the Rome Convention on contractual obligations, but they do not even have to be recognised in certain monetary jurisdictions despite the fulfilment of these conditions, i.e. the existence of a legal basis for their extraterritorial application. Article VIII (2) of the Agreement on the IMF imposes limited restrictions on such application. For example, In US monetary law, the right to use foreign currency is also based on the nationality of banks in which deposits are deposited outside the United States, which has led to the freezing of Iranian and Iraqi assets at US bank accounts. However, in the known case of the so-called "Banking Secrets" of 1989, the English judge has refused to recognise the provisions of the US Law on the freezing of official property of Libya, which was kept in English branch offices of US banks. Similar solutions regarding the freedom of states to make these mentioned restrictions exist in the circumstances of justification of participation in tenders organized abroad, where domestic courts may, but also do not have to recognise the effects of foreign monetary laws when deciding the validity of such legal transactions.⁴²⁴

The role of international institutions is particularly significant in the conditions of the crisis and is reflected in the definition of new standards for fine tuning fiscal and monetary policy. Thus, the IMF and the World Bank are

⁴²⁴ *Ibid.*

committed to strengthening the powers of national financial institutions, increasing the level of participation of the member states in international monetary cooperation, adopting five-year plans for the fine tuning of national monetary policies, entering summaries into each individual report on compliance and implementation of financial and accounting standards with the permanent collection of information among the different countries for a comparative analysis of the application of these.⁴²⁵

The great challenge in the future work of the IMF concerns the effectiveness of the measures it takes, as well as the legitimacy of the same. The fund must belong to a central place in the future structure of international financial architecture, but with the primary respect of its monetary competencies. Critics often point out that in applying the financial support measures, the IMF sets too extensive requirements for changing national monetary and financial legislation, i.e. too much influence on the way of conceiving a general economic policy. More precisely, the great challenge is finding an optimal solution that will simultaneously increase the degree of effectiveness of the measures taken, but also strengthen the credibility of the treatment. Considering the sensitivity of states in terms of engaging in economic activities, the task of the Fund as a monetary advisor in times of crisis often suppresses its role as a creditor, which is best shown by a small number of approved measures. Also, it can be noticed that governments by appropriating a programme of measures of the IMF sometimes trade with the political capital for the purpose of achieving certain political goals, where the concept of ownership of one's own politics simultaneously posing a threat to the achievement of internal and international liquidity.⁴²⁶

The role of legal institutes in the area of financial and monetary flows in the period prior to the beginning of the transition in the early 1990s had only marginal significance, due to the dominant influence of macroeconomic models and plans. Nevertheless, the rule of law concept has gained great historical and practical significance in the transition period. In the conditions of globalisation, this concept must be seen in the context of monetary, fiscal and financial sovereignty, because it is precisely through adequate legal standards perform the comprehensive harmonisation of mentioned regulations to extend the capacities of different jurisdictions to attract desirable financial activities, i.e. the capital investments (in the sense that strictly regulated systems guarantee credibility, transparency and protection of already acquired rights). Recognition of monetary sovereignty by the SSMZ ruling (1929) opened a space for incorporating the so-called state theories about money (monetary nominalism in the constitutions of various countries such as the USA, Germany and even the

⁴²⁵ D. W. Arner, *Financial Stability, Economic Growth and the Role of Law* (Cambridge University Press 2007) 2-10

⁴²⁶ M. Uzan, *The Future of International Monetary System* (Edward Elgar Publication Inc, London 2005) 21-35.

envisaged by EU Constitution that did not get into force). For the supporters of this direction, the issue of regulating monetary relations, similar to the issue of regulation of the tax system, falls under the exclusive competence of the state and as such, it is found in art. 2 (7) of UN Charter. The International monetary law must be in line with the principles of international public law, which means that the norms of international monetary law can be the subject of disputes before the International Court of Justice, which is implicitly established by Art. 36 (2) of the Statute of this judicial institution. The latest example of such disputes relates to the ECB's behaviour in the event of the application of measures on buying the bonds on the secondary market. By pronouncing this judgment ESP correctly confirmed the inviolability of the first component of monetary sovereignty, which is the best example of the lack of the thesis on the erosion of monetary sovereignty in the EMU.⁴²⁷

Although the classical monetary literature states that because of the elements of sovereignty, the state cannot be held responsible for the consequences of the exercise of its sovereign rights may hit other countries and persons (especially when there is no discriminatory treatment or violation of the rules of international law), exceptions can occur and conditioned by the will of the state of the debtor, e.g. cause of justice as it did in 1955 Argentina revalorising pensions of former English employees of British companies. However, in this dispute, the United Kingdom did not insist, nor referred to the specific monetary rule, but sought justice in the broadest sense of the word.⁴²⁸

4. "New social dimensions" of international monetary relations

There is no mention of human rights in any member of the Agreement on the World Bank and the IMF. The inexplicable determination of the Bank's tasks regarding creating the conditions for employment, that is, the IMF working to create good conditions for maintaining income and employment rates it only has a marginal importance. Some authors are of the opinion that art. 10 of the World Bank Agreement prohibits any action in the context of human rights, as this article prohibits participation in issues that have a political character, while a similar provision in the IMF Agreement is missing, but indirectly it can be derived from a ban on non-compliance prescribed by international public law.⁴²⁹ With this understanding, we cannot agree on precisely the hypothesis of rights to public goods and the fact that these are international organizations that cannot be exculpated by values, functions and

⁴²⁷ Marko Dimitrijević, "O procesnoj legitimaciji Evropske centralne banke u monetarnim sporovima" (2017) *Pravo i privreda* 7-9, 158-169.

⁴²⁸ Vjekoslav Meichsner, *Osnove monetarnog prava* (Informator, Zagreb 1981) 20-21.

⁴²⁹ Sigrun I. Skogly, *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary Fund* (Cavendish Publishing, London & Sydney 2001) 93-94.

the culture of human rights. Also, as the Bank and the IMF represent the specialised agencies of the United Nations, they are based on art. 63 of the UN Charter on Human Rights, and is still in the obligation to carry out its tasks in addition to institutional independence in the UN's interest and in accordance with their guidelines that must not endanger human rights. At the same time, it must be taken into account that all these organisations are established based on the decisions of the states that are responsible for human rights in accordance with the provisions of the UN Charter and the International Bill of Rights, which does not mean that the same obligations are directly transferred to the mentioned institutions that have the status of a separate legal entity, But each government direct their work to the above obligations.⁴³⁰ Based on this, it can be concluded that governments, together with the IMF and the World Bank, have shared responsibility in the area of human rights), where this burden⁴³¹, in our opinion, is still more in favour of the state, but this does not diminish the burden of international monetary and financial institutions)

In 2009, the IMF and the World Bank made a significant step towards protecting human rights during a meeting in Washington. On that occasion, the IMF on the initiative of the G20 group of countries has committed itself for the dedicated use of funds for the protection of basic human rights. At this point, we must point out that the position of the World Bank is somewhat different compared to the IMF because it paid more attention to the protection of human rights when approving public loans, but not as a principle *per se*, but rather as a dimension to be incorporated in financial support programmes. Certainly, the institutional place of the IMF in the United Nations system is very specific.

The modern human rights culture comprises many strands that invoke or echo natural law, natural rights, and human rights discourses, and in these discourses the voices of law, ethics, philosophy, and politics, with their differently nuanced idioms, all make claims to be heard.⁴³² The concept of human rights in the widest sense (workers' rights, women's rights, the right to education, health and other) constitute the primary pillar of protection that takes its place in the Universal declaration on the protection of human rights, where the obligations of the states are incorporated into numerous communitarian and supranational acts. Although the IMF is not formally legally a subject with primary jurisdictions in the protection of human rights, its monetary authority has direct repercussions on the protection of human rights, which is best seen in the case of the public debt (loan) policy where it appears as the main creditor. Namely, when governments cannot finance the budget deficit through monetization mechanisms (money printing by national central banks or their crediting) and capitalisation (by issuing government bonds), countries are addressing to the IMF in order to establish an impaired macroeconomic imbalance in the segment of monetary and fiscal policy. The link between the protection of human rights and jurisdiction of the IMF can best be seen through

⁴³⁰ *Ibid*, pp. 108-109.

⁴³¹ *Ibid*, p. 193.

⁴³² David Boucher, *The Limits of Ethics in International Relations, Natural Law, Natural Rights and Human Rights in Transition* (Oxford University Press 2009), 360-361.

the principle of non-regressive action, the principle of equality and the principle of maximum available funds. Obligation of progressive realization and non-retrogression implies that governments must move as expeditiously and effectively as possible to realize economic and social rights, and cannot take steps backward, while the principle of non-discrimination and equality, means that governments have an immediate obligation for ensuring that deliberate, targeted measures are put into place to secure substantive economic equality of all and that all people have an equal opportunity to enjoy basic human rights.⁴³³ The principle of maximum available resources, which means that a government, even in the face of public revenue limitations, must use the maximum resources available to fulfil economic and social rights.⁴³⁴

It is important to remember, however, that the ownership of the poverty reduction strategy needs to remain with the country. The international organizations that deal with human rights have found that to impose sanctions on a country is not always effective; working with these countries to resolve abuses over time is often the best option.⁴³⁵ Because of that countries that display egregious disrespect for human rights find that the international community is unwilling to provide the financial resources necessary to make their adjustment programs viable (but in those cases the IMF would be unable to assist the countries).⁴³⁶

The influence of the World Bank and the IMF in practice has different effects. In the literature, the IMF's impact is far less present than with the World Bank. The reasons for this are reflected in the fact that the Bank's impact is more related to the area of microeconomic policy, where the impact on human rights is more pronounced than in the macroeconomic policy which is initiated by the IMF.⁴³⁷ In addition, credit arrangements concluded with the IMF usually take a shorter period of time than loans approved by the World Bank, and therefore a shorter period of time for achieving a progress in the area of human rights. Moreover, under such circumstances, there may be a latent risk of human rights violations if economic reform programmes are too radical (as can be seen in the case of transitional countries that have chosen to implement shock therapy as the dominant privatisation model instead of gradualism, where rapid change property relations could be at the expense of economic and social rights, with the simultaneous absence of efficiency and effectiveness).⁴³⁸

⁴³³ Radhika Balakrishnan, James Heintz, "Making the International Monetary Fund Accountable to Human Rights" (2010)[http://www.huffingtonpost.com/radhika-balakrishnan/making-the-international b 549976](http://www.huffingtonpost.com/radhika-balakrishnan/making-the-international-b-549976), accessed 11.02.2014.

⁴³⁴ *Ibid.*

⁴³⁵ Sergio Pereira Leite, "The International Monetary Fund and Human Rights", <https://www.imf.org/en/News/Articles/2015/09//vc090401>, accessed 12.05.2014.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ Daniel Bradlow, "The World Bank, the IMF and the Human Rights" (1996) *Transnational Law and Contemporary Problems* 6 (49), 72.

⁴³⁸ *Ibid.*

4. Conclusion

In times of crisis, various economic factors can increase the gap between the proclaimed and real diapason of accessibility and enjoyment of human rights. The readiness of the subject of economic policy is that economic recovery programme is perceived according to the culture of enjoying human rights can be placed in a different direction depending on the consequences and causes of the crisis, which cannot be justified, because the postulates of the well-being state that have been developed centuries ago require an increase in social expenditures and the management of expansive monetary and fiscal policies that will make it easier for the citizens to live and help to maintain the existing standard.

It is precisely the policies of tax incentives and credit mitigation policies at the microeconomic level and the careful structuring of public debt, its repatriation, the budget rebalance and the introduction of medium-term projections model and existing budget laws at the macroeconomic level and the conduct of a broad macroeconomic dialogue with international monetary and financial institutions when concluding international monetary and financial agreements can determine the optimum discourse of the human rights protection policy in a globally world where credible cooperation of all national and supranational agency (regardless of the area of expertise and jurisdiction) as *conditio sine qua non* of optimal protection, access and enjoyment of human rights in the broadest meaning of the word.

ЕФИКАСНОСТ НА ЗАШТИТАТА НА ПРАВАТА НА ДАНОЧНИТЕ ОБВРЗНИЦИ ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА И ИСКУСТВА ОД КОМПАРАТИВНОТО ДАНОЧНО ПРАВО

УДК: 336.335.3.037 (497.7)

Original research paper

Анстракт: *Обезбедувањето на потребните јавни приходи, како *conditio sine qua non* за непречено функционирање на секоја современа држава и за исполнување на нејзините финансиски, економски и социјални цели, во голема мера зависи од степенот на почитување и заштита на правата на субјектите во даночно-правниот однос. Прашањето за гарантирање и овозможување на ефикасна заштита на правата на даночните обврзници добива сè поголемо значење, особено во услови на глобализација и интензивирање на прекуграничните активности, кои ја наметнаа потребата од зголемена интеракција помеѓу даночните власти во насока на точно утврдување на висината на даночниот долг и спречување на даночна евазија и даночно бегство. Согласно измените на Законот за даночна постапка од септември 2015 год. единствен правен лек за заштита на правата на даночните обврзници во Република Македонија претставува тужбата за поведување управен спор пред Управниот суд. Во услови на промоција на професионална услуга и ефикасно работење на Управата за јавни приходи и градење на клиентски однос со даночните обврзници, со право се поставува прашањето дали со можноста за заштита на правата единствено преку тужба не се влошува положбата на даночниот обврзник во Република Македонија и дали на ваков начин не се скратуваат некои од другите негови права. Несомнено, неопходно е воспоставување на подобра рамнотежа помеѓу правата и обврските на даночните обврзници на глобално ниво. За оваа цел потребно е да се изгради култура на соработка и разбирање помеѓу даночните обврзници и даночните власти, но сепак кога станува збор за даночно-правниот однос каде доминантна е државата, јасноста и одреденоста на законските норми и постоењето на адекватни правни механизми се клучната основа за ефикасна заштита на правата на даночниот обврзник.*

Клучни зборови: *даночен обврзник, даночна администрација, права на даночниот обврзник.*

* Соработник на Катедрата по Финансово право при Институтот по Деловна право, Правен факултет „Јустинијан Први“ Скопје, Република Македонија.

Вовед

Обезбедувањето на потребните јавни приходи, како *conditio sine qua non* за непречено функционирање на секоја современа држава и за исполнување на нејзините финансиски, економски и социјални цели, во голема мера зависи од степенот на доброволно исполнување на обврската за плаќање на данок од страна на даночните обврзници. Во оваа насока, покрај низата превентивни мерки кои се преземаат од страна на даночните власти, клучно влијание имаат и степенот и начинот на кој една држава ги гарантира и заштитува правата на даночните обврзници кои произлегуваат од конкретен даночно-правен однос. Прашањето за гарантирање и овозможување на ефикасна заштита на правата на даночните обврзници добива сè поголемо значење, особено во услови на глобализација и интензивирање на прекуграничните активности, кои ја наметнаа потребата од зголемена интеракција помеѓу даночните власти во насока на точно утврдување на висината на даночниот долг и спречување на даночна евазија и даночно бегство.

Неспорен е фактот дека даночните обврзници ги прифаќаат и исполнуваат своите обврски согласно законски определените услови доколку се чувствуваат соодветно заштитени од дејствијата на активниот субјект во даночно-правниот однос односно од дејствијата на даночните власти како ополномоштени органи од страна на државата за утврдување и наплата на даноците и другите споредни јавно-правни давачки. Дополнително, потребно е да биде воспоставен баланс помеѓу правата и обврските на самите даночни обврзници од една страна, и помеѓу правата и обврските на двата субјекти во даночно правниот однос од друга страна.

Во изминатите неколку години, на глобално ниво сè повеќе се потенцира значењето на ваквата рамнотежа на правата и обврските и во насока на нејзино постигнување даночните администрации започнаа со промовирање на перцепција на даночниот обврзник како порамноправна страна во даночно-правниот однос. Поконкретно, даночните власти во континуитет го напуштаат традиционалниот концепт на доминантност на државата при наплата на даноците и другите фискални давачки и се придвижуваат кон клиентски однос со даночните обврзници.

Наспроти ваквите тенденции во компаративното даночно право, каде се проширува спектарот на инструменти за што поефикасна заштита на правата на даночните обврзници, од 2008 година во Република Македонија се бележи континуирано влошување на положбата на даночните обврзници во даночно-правниот однос. Моменталната ситуација е резултат на две измени и дополнувања на Законот за даночна

постапка⁴³⁹, од 2008 год., и 2015 год., кога првин беше дерогирана постапката по приговор, а седум години подоцна и постапката по жалба во даночната постапка. Се поставува прашањето дали македонското даночно законодавство на ваков начин гарантира и обезбедува соодветна и ефикасна заштита на даночните обврзници во услови кога важечкиот Закон за даночна постапка ја предвидува единствено тужбата како правен лек.

Целта на овој труд е да се оцени степенот на ефикасност на заштитата на даночните обврзници во правото на Република Македонија преку историска ретроспектива на даночниот систем и компаративна анализа на механизмите за заштита на правата на даночните обврзници. Во заклучокот авторот ќе даде свои сугестии и препораки за подобрување на актуелната состојба и усогласување на македонското даночно законодавство со меѓународните даночни трендови во оваа сфера.

1. Права на даночните обврзници во даночното право на Република Македонија.

Правата и обврските на даночните обврзници кои произлегуваат од секој даночно-правен однос во Република Македонија се гарантирани и произлегуваат од Уставот, Законот за даночна постапка, Законот за управни спорови, како и од договорите за избегнување на двојното оданочување склучени од страна на Република Македонија.

Повелбата за правата на даночниот обврзник донесена од Управата за јавни приходи на Република Македонија ги прокламира следните права на даночните обврзници:

- *Тајност и доверливост* - Во согласност со Законот за заштита на личните податоци⁴⁴⁰, сите информации од даночен карактер кои се однесуваат за конкретен даночен обврзник претставуваат “личен податок”, кој треба да биде заштитен. Во спротивно, одавањето на службената тајна претставува казнено дело. Управата за јавни приходи, како даночен орган, е должна да ја почитува приватноста на сите даночни обврзници и тоа преку избегнување на претрес на станбените или деловните простории, како и преку одбивање на давање податоци и информации со кои што би се загрозила безбедноста и приватноста на даночните обврзници. Неовластеното користење и објавување на

⁴³⁹ Закон за изменување и дополнување на Законот за даночна постапка, Сл. весник на РМ, бр. 88/08 и Закон за изменување и дополнување на Законот за даночна постапка, Службен весник на РМ, бр. 154/15.

⁴⁴⁰ Службен весник на Република Македонија“ бр. 7/2005, 103/2008, 124/10, 135/11, 43/14, 153/15 и 99/16.

информациите на даночните обврзници ги загрозува нивните права како даночни обврзници. За да се постигне целосна заштита на личните и деловните податоци на даночните обврзници, надлежните службени лица се должни да ги чуваат како деловна тајна и да ги искористат единствено за целите на Управата за јавни приходи. Во Република Македонија, според Законот за даночна постапка тука влегуваат: сите документи, информации, податоци или други факти за даночниот обврзник до кои дошле во даночна, прекршочна или судска постапка; податоци за пронајдоци или патенти, како и сите други податоци за технолошките постапки кои ги применува даночниот обврзник, и сите деловни тајни за трето лице со кои што е запознаено службеното лице⁴⁴¹. Службените лица се должни да им дадат објаснување на даночните обврзници зошто бараат одредена информација од нив и како понатаму ќе биде искористена таа информација. Секој даночен обврзник има право на увид во даночните информации што Управата за јавни приходи ги поседува за него со поднесување на барање до Управата за јавни приходи. Управата за јавни приходи, без претходна согласност од даночниот обврзник, на својата веб страница може да објави листа на должници кои на државата ѝ должат парични износи по основ на данок на додадена вредност, данок на добивка, персонален данок на доход, придонеси од задолжително социјално осигурување, акцизи и царини, и притоа да не ја повреди обврската за чување на деловна тајна. Исто така, значајно е да се спомне и за меѓународната правна помош која што се состои од размена на информациите помеѓу државите врз основа на склучени билатерални договори меѓу нив. Таа претставува отстапување од начелото на тајноста на податоците. Доколку даночниот обврзник утврди дека му е повредено правото на тајност и доверливост на информациите во текот на даночната постапка од страна на Управата за јавни приходи има право на судска заштита. Ако биде утврдено дека постои повреда на обврската за чување на службена тајна, на даночниот обврзник ќе му биде надоместена претрпената штета и судските трошоци ќе бидат намирани од буџетските средства.

- *Плаќање на точен износ на данок* - Граѓаните како даночни обврзници имаат право на плаќање на точен износ на данокот. Тие треба да го платат само оној износ на данокот што го должат – ниту повеќе, ниту помалку. Ако некој даночниот обврзник се најде во ситуација да има платено повеќе данок отколку што е потребно, има основано право да бара враќање на повеќе или погрешно наплатениот данок.

- *Надворешна контрола на работењето* - Вршењето на надворешна даночна контрола на работењето на даночните обврзници, во

⁴⁴¹ член 9, став 1 од Закон за даночна постапка, Службен весник на Р. Македонија, бр.13/2006, 88/08, 159/08, 105/09, 133/09, 145/10, 171/10, 53/11, 39/12, 84/12, 187/13, 15/15, 129/15, 154/15 и 23/2016.

суштина не подразбира дека тие нечесно работат. Даночниот обврзник има право да биде известен од страна на Управата за јавни приходи за намерата за спроведување на надворешната контрола, како и да му биде објаснета целата постапка, опфатот, природата и времетраењето на надворешната контрола. Исто така, даночниот обврзник може да присуствува за време на извршувањето на контролата која ќе се врши во просториите на Управата за јавни приходи или пак на терен.

- *Професионална и коректна услуга* - Односот воспоставен помеѓу даночниот обврзник и Управата за јавни приходи во текот на целата постапка, од постапката на утврдување и контрола па сè до наплата на даноците, треба да биде коректен и на високо ниво. Доколку даночниот обврзник е неук, Управата за јавни приходи по службена должност треба да му ја даде основната правна помош на даночниот обврзник, упатувајќи го на потребните дејствија што треба да ги преземе за подобро да ги разбере и да ги исполни своите даночни обврски. Даночните обврзници имаат право на коректен однос во остварување на контактите од страна на Управата за јавни приходи и нејзина професионалност обезбедена преку објективен, праведен, непристрасен и фер третман кон сите даночни обврзници. Исто така, Управата за јавни приходи, со креирање на единствена политика треба да придонесе за подобрување на квалитетот на услугите кои што самата ги нуди.

- *Ефикасно работење од страна на Управата за јавни приходи* – Управата за јавни приходи на даночните обврзници треба да им обезбеди брз и лесен пристап до сите информации кои што им се потребни за навремено и законско исполнување на даночните обврски. Секој даночен обврзник има право на навремена и точна обработка на сите информации, пријави и барања кои што ги поднесува до Управата за јавни приходи. Од особено значење е и нејзиното ефикасно работење со обезбедување на поедноставни даночни постапки со цел даночните обврзници навремено и точно да си ги исполнат своите обврски, како и користење на средства кои ќе овозможат намалување на трошоците на даночните обврзници.

- *Правна заштита* – доколку даночниот обврзник смета дека не се согледани или земени во предвид сите факти или дека по неговото барање не е постапено или било неправилно постапено, има право на судска заштита со поднесување тужба. Со цел правилно остварување на правото на правна заштита, даночниот обврзник има право да бара од Управата за јавни приходи информација или упатување каде и во кој рок може да ја поднесе тужбата.

1.1 Постапка по правни лекови

Сé до 2008 година, кога стапи на сила Законот за измени и дополнување на Законот за даночна постапка (Сл.весник на РМ, бр.88/08), Законот за даночна постапка предвидувал три механизми за заштита на правата на даночните обврзници. Најпрвин тоа бил приговорот кој се напушта со законското решение од 2008 година. Имено, даночниот обврзник за чии права или обврски било одлучено во даночна постапка имал право да поднесе приговор против даночно- управниот акт. Приговорот се поднесувал кај организациската единица на Управата за јавни приходи која го донела даночниот управен акт во рок од 15 дена од денот на доставување до даночниот обврзник со донесување решение. Решение по приговор не било потребно доколку и ако надлежната организациска единица на Управата за јавни приходи го прифатела приговорот на даночниот обврзник. Со решение даночниот управен акт можел да се смени и на штета на подносителот на приговорот.

Против решението донесено по приговорот, како и по укинување на приговорот па сé до 4ти септември 2015 година кога стапија на сила измените и дополнувањата на Законот за даночна постапка (Сл.весник на РМ, бр. 154/15), даночниот обврзник или лицето за чии права или обврски е одлучено со решението можел да поднесе жалба во рок од 15 дена од денот на доставувањето на решението. Жалбата непосредно се предавала на организационата единица на УЈП која го донела решението и по неа одлучувал министерот за финансии или од него овластено лице.

Согласно позитивното даночно законодавство, против даночните управни акти кои што ги донесува Управата за јавни приходи, даночните обврзници имаат право единствено на судска заштита. Дополнително, согласно Законот за управните спорови⁴⁴², секое физичко и правно лице има право да поведе управен спор, ако смета дека со одреден управен акт му е повредено некое право. Доколку се утврди дека се повредени одредени права и правни интереси на физички и правни лица во текот на даночната постапка, тие имаат право да поднесат единствено тужба за поведување на управен спор пред надлежниот суд во рок од 30 дена од денот на доставувањето на управниот акт до странката. Тужбата му се доставува на Управниот суд непосредно или му се праќа по пошта. По тужбата на даночните обврзници одлучува Управниот суд во совет од тројца судии, во прв степен. Тужбата нема суспензивно дејство односно не го спречува извршувањето на даночниот управен акт.

Доколку даночните обврзници не се задоволни од одлуката, тие имаат можност да поднесат жалба против одлуката на Управниот суд по која ќе одлучува Вишиот управен суд. На овој начин е воспоставено двостепено одлучување во управен спор. Исто така, управен спор може да

⁴⁴² Службен весник на РМ, бр. 62/2006 и 150/2010.

се поведе и во случај кога Управата за јавни приходи по барање на даночниот обврзник не донела даночен управен акт во рокот утврден со законите од областа на даноците и другите јавни приходи со кои управува Управата за јавни приходи.

2. Искуства од компаративното даночно право по однос на заштитата на правата на даночните обврзници.

По однос на прашањето за правните лекови кои им стојат на располагање за заштита на правата на даночните обврзници кои произлегуваат од даночно-правниот однос, македонските даночни обврзници се наоѓаат во понеповолна положба за разлика од даночните обврзници во државите од регионот. Главна причина за ваквата ситуација е (не)постоењето на жалбата како правен лек предвиден во соодветните закони со кои се регулираат процесните даночни дејствија.

Така, согласно Општиот даночен закон⁴⁴³ на Република Хрватска, против даночниот акт со кој е одлучено за поединечни права и обврски од даночно-правен однос може да се поднесе жалба. Жалбата може да ја поднесе секој даночен обврзник за чии права и обврски се одлучувало во прв степен, како и секое друго лице кое за тоа има правен интерес. Истата се поднесува во рок од 30 дена сметано од денот на прием на даночниот акт до даночниот орган надлежен за одлучување во втор степен. Жалбата го одлага извршувањето на даночниот акт до донесување на решение по жалбата. Додека, пак, против решението со кое е одлучено по жалбата може да се поднесе тужба за поведување управен спор до надлежниот суд.

Слично законско решение е инкорпорирано и во Законот за даночна постапка и даночна администрација на Република Србија⁴⁴⁴. Она по што се разликува постапката по правни лекови на Република Србија од онаа на Хрватска е по однос на рокот за поднесување на жалба и нејзиното правно дејство. Така, согласно чл. 142 од Законот за даночна постапка и даночна администрација жалбата се поднесува во рок од 15 дена од денот на прием на даночниот акт, освен ако со закон не е поинаку определено. Додека, пак, за разлика од правното дејство на жалбата во даночното право на Република Хрватска, во Република Србија жалбата не го одлага извршувањето на даночно-управниот акт.

⁴⁴³ Opći porezni zakon, NN 115/16 – na snazi od 01.01.2017.

⁴⁴⁴ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, „Службени гласник РС“, бр. 80/02, 84/02 - исправка, 23/03 - исправка, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - др. закон, 62/06 - др. закон, 61/07, 20/09, 72/09 - др. закон, 53/10, 101/11, 2/12 - исправка, 93/12, 47/13, 108/13, 68/14, 105/14, 91/15-аутентично тумачење, 112/15, 15/16, 108/16.

Германското даночно право, пак, слично како и во Република Македонија, не ја познава жалбата како правен лек за заштита на правата на даночните обврзници во даночната постапка. Доколку се утврди дека се повредени одредени права и правни интереси на физичките и правните лица во текот на даночната постапка, тие имаат право на обезбедување судска заштита. Против даночно- управните акти кои што ги донесуваат финансиските органи, даночните обврзници можат да бараат заштита на своите права единствено доколку поднесат тужба за поведување на управен спор пред финансискиот суд. Сепак, од големо значење е да се напомене фактот дека во правото на Германија се предвидува поинаков начин на заштита на даночните обврзници преку развивање на професијата “даночен советник” која гарантира и обезбедува висок степен на професионална помош и заштита на даночните обврзници кои имаат недоволно познавања за сложениот германски даночен систем уште и пред да бидат повредени нивните права кои произлегуваат од конкретен даночно-правен однос.

Во компаративното даночно право, паралелно со стандардните правни лекови, се предвидуваат и дополнителни инструменти за поефикасна заштита на правата на даночните обврзници, како што се институциите “даночен омбудсман” или “национален даночен адвокат”. Во практиката, главно, се среќаваат две различни решенија на оваа институција: како самостоен, издвоен и независен државен орган (Индија, Шпанија) или како независен орган во состав на даночната администрација (Австралија, Канада, САД, Шведска). Независно од неговата правна положба, организациска структура, персонална и финансиска независност, начинот на пристап до потребните информации, како и неговиот однос со даночните власти, даночните обврзници и медиумите, главна задача на даночниот омбудсман или адвокат е заштита на правата на даночните обврзници кои произлегуваат од даночните закони и усвоени Повелби за права на даночните обврзници. Неговото дејствување има за цел подобрување на професионалноста и квалитетот на работа на даночната администрација, како и обезбедување на транспарентност и одговорност на даночните власти.

Заклучок

Легитимноста на еден даночен систем во голема мера зависи и од степенот на заштита на правата на даночните обврзници. Во својата суштина, пак, овие права не се ништо друго, туку дел од корпусот на основни човекови права. Од оваа причина, на глобално ниво се преземаат мерки за подобрување на положбата на даночните обврзници. Покрај вообичаените правни лекови, во правните системи се инкорпорираат и нови институти како даночни советници, даночни омбудсмани и сл. чија надлежност првенствено е насочена кон подобрување на квалитетот, ефикасноста и професионалноста на даночните власти.

Во споредба со меѓународните искуства, во моментот во Република Македонија единствен правен инструмент кој им стои на располагање на даночните обврзници е тужбата со кој се поведува управен спор пред Управниот суд, а која не го запира извршувањето на даночно-управниот акт. На ваков начин во никој случај не се обезбедува ефикасна заштита на правата на даночните обврзници. Ваквата состојба е резултат на две погубни законски решенија, од 2008 год. и од 2015 год., со кои се дерогираа најпрвин приговорот, а потоа и жалбата како правни лекови, и со кои значително се влоши положбата на даночниот обврзник во даночно-правниот однос.

Во вакви услови, Управата за јавни приходи на Република Македонија треба да се придвижи кон креирање и негување на клиентски однос со даночните обврзници. За оваа цел потребно е да подигне нивото на даночен морал кај даночниот обврзник и да се развие култура на разбирање помеѓу даночните власти и даночните обврзници. Од друга страна, пак, неопходно е да се постигне урамнотеженост на правата и обврските на даночните обврзници со правата и одговорностите на даночниот орган, односно државата. За тоа говори и една јужно-американска поговорка, која вели: „Долгот и побарувањето се две палми, кои ако не растат една покрај друга не даваат плодови“. Само со почитување на правата и исполнување на обврските кои произлегуваат од даночно-правниот однос ќе се овозможи непречено функционирање на државата и исполнување на нејзините финансиски, економски и социјални цели.

EFFICIENCY OF PROTECTION OF TAXPAYER'S RIGHTS IN REPUBLIC OF MACEDONIA AND EXPERIENCES FROM COMPARATIVE LAW

Abstract: Providing the necessary tax revenues, as *conditio sine qua non* for normal functioning of every modern country and fulfilling its financial, economic and social goals, largely depends on the protection of the parties in tax law relations. The issue of guaranteeing and providing efficient protection of taxpayer's rights is becoming increasingly important, especially in terms of globalization and intensification of cross-border activities, imposing the need for increased interaction between tax authorities in order to accurately determine the amount of tax debt and prevention of tax evasion and tax avoidance. According to the amendments to the Law on Tax Procedure from September 2015, the only remedy to protect the taxpayers' rights in Republic of Macedonia is the lawsuit in an administrative dispute before the Administrative Court. In terms of promotion of professional service and efficient operation of the Public Revenue Office and building client relationships with taxpayers, the question is whether the possibility of protecting the rights only through a lawsuit does not deteriorate the position of the taxpayer in the country and shorten some of his other rights. Undoubtedly, it is necessary to establish a better balance between the taxpayers' rights and obligations globally. Thus, it is necessary to build a culture of cooperation and understanding between taxpayers and tax authorities, but when it comes to tax law relations where the state is dominant, clarity and certainty of legal norms and the adequate legal mechanisms are the good base for efficient protection of taxpayer's rights.

Key words: *taxpayer, tax administration, taxpayer's rights.*

* Teaching and research assistant at the Department of Financial Law at the Faculty of law „Iustinianus Primus” Skopje, Republic of Macedonia.

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА НА ПРЕСУДИТЕ НА ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА КОИ СЕ ОДНЕСУВААТ НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

УДК: 341.645.2(4):342.7]:311.21 (497.7).1997/2016

Review paper

Апстракт: Ефектуирањето на заштитата на човековите права предвидени во Европската конвенција за човекови права и основни слободи од 1950 година претставува пред сè правна, но и цивилизациска придобивка. Европскиот суд за човекови права е носечка институција на овој систем, каде во крајна инстанца се гарантира заштита на правата и слободите на индивидуата во однос на државите – договорни страни на Конвенцијата.

Вкупниот број на пресуди на Европскиот суд за човекови права кои се однесуваат на Република Македонија во периодот од ратификацијата на Конвенцијата до 2016 година изнесува вкупно 133. Најголемиот дел од овие пресуди се однесуваат на повреда на членот 6 од Европската конвенција за човековите права, конкретно за повреда на правото на правична судска постапка. Дури 118 од овие пресуди наоѓаат најмалку една повреда на Конвенцијата, односно во 89 проценти од вкупниот број на пресуди на судот во Стразбур кои се однесуваат на Република Македонија е констатирана повреда на некое право заштитено со Конвенцијата. Сепак, правораздавањето не е бесплатно и создава низа директни и индиректни трошоци. Како пример за директен трошок можат да се издвојат директните издатоци кои треба да бидат покриени од страна на одговорната држава во случај кога Судот утврдува дека има повреда на некое од правата заштитени со Конвенцијата. Во оваа категорија на трошоци се евидентираат издвојувањата за исплата на нематеријална штета, трошоци и надоместоци поврзани со судската постапка, банкарски провизии, камати, останати такси и др. Трудот има за цел да ги процени економските ефекти од пресудите на Европскиот суд за човекови права против Република Македонија во периодот од 1997 до 2016 година. Анализата ги опфаќа сите пресуди достапни на HUDOC базата со податоци.

Клучни зборови: Европски суд за човекови права; пресуда; трошоци

Вовед

Ефектуирањето на заштитата на човековите права предвидени во Европската конвенција за човекови права и основни слободи од 1950 година (во понатамошниот текст: Конвенција) претставува пред сè правна, но и цивилизациска придобивка. Конвенцијата и нејзините Протоколи гарантираат заштита на основните човекови права кои се претставени преку: правото на живот, правото на правично судење, правото на почитување на приватниот и семејниот живот, слободата на изразување, слободата на мисла, совест и вероисповед, правото на ефикасен правен лек, правото на мирно уживање во сопственоста и правото на глас и учество во избори. Истовремено, со Конвенцијата се забрануваат одредени практики кои не се во духот на универзалните човекови вредности, како на пример: тортурата и нечовечкото или понижувачко постапување или казнување, произволното и незаконито притворање, дискриминацијата во уживањето на правата и слободите гарантирани со Конвенцијата, протерувањето на сопствени државјани од страна на државата или забрана за нивен влез во државата, смртната казна и колективното протерување на странци. Европскиот суд за човекови права (во понатамошниот текст: Судот) е носечка институција на овој систем, каде во крајна инстанца се гарантира заштита на правата и слободите на индивидуата во однос на државите – договорни страни на Конвенцијата.

Во овој труд се презентирани заклучоците од пресудите во предметите против Република Македонија, а кои се однесуваат на директните и индиректните трошоци кои треба да бидат покриени од одговорната држава. Економската анализата вклучува податоци за исплата на материјална штета, нематеријална штета и трошоци и надоместоци поврзани со судската постапка. Во трудот се вклучени сите пресуди донесени од 2001 до мај 2017 година достапни на HUDOC базата со податоци, а кои се однесуваат на Р. Македонија.

Статистика за пресуди кои се однесуваат на Република Македонија

Во периодот од 2001 до мај 2017 година, вкупно 135 пресуди донесени од страна на Европскиот суд за човекови права се однесуваат на Република Македонија. Од нив, во вкупно 91 предмети е констатирана повреда на најмалку едно право заштитено со Европската конвенција за човековите права. Во 23 проценти од пресудите, односно во вкупно 31 пресуда, е одлучено дека постои делумна повреда на човековите права⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Под делумна повреда подразбираме пресуда во која Судот нашол повреда на дел, но не на сите членови наведени во жалбата од жалителот.

Во само 15 пресуди, или 9,6 проценти е одлучено дека Република Македонија не повредила ниту едно од правата заштитени со Европската конвенција за заштита на човековите права.

Табела1. Пресуди за предмети против Р. Македонија (2001-2017)

Пресуда	Број на предмети
Повреда	91
Делумна повреда	31
Нема повреда	13
ВКУПНО	135

Извор: База на податоци HUDOC

Интересно е да се следи и динамиката на пресудите од аспект на тоа дали Судот заклучил дека постои или не постои повреда на одредено човеково право во предметите кои се однесуваат на Р. Македонија. Податоците за бројот и структурата на пресуди по години е претставен на сликата во продолжение. Од податоците може да се забележи дека во 2007 и 2009 година се донесени најмногу пресуди кои се однесуваат на Република Македонија, вкупно 17 во секоја година одделно. Истовремено, во посочените години се донесени најмногу пресуди, по вкупно 16 во секоја од одделните години, каде е констатирана целосна или делумна повреда на некое од правата заштитени со Конвенцијата. Во 2016 година, пак, донесени се најмногу пресуди, вкупно 4, во кои не е констатирано дека постои повреда на некој член од Конвенцијата. Единствено во 2003 и 2004 година Судот не донел никаква пресуда која се однесува на Р. Македонија.

Слика1 . Број на пресуди по година



Извор: База на податоци HUDOC

Бидејќи во една пресуда може да биде констатирана повреда на повеќе од едно право заштитено со Конвенцијата, беше пресметано и колку пати постоела повреда на одреден член од Конвенцијата. Пресметките говорат дека во периодот од 2001 до мај 2017 година во 104 одделни пресуди од Судот е констатирана повреда на едно право заштитено со Конвенцијата, 15 пресуди покажуваат дека се повредени две права, додека постои по една пресуда која покажува Р. Македонија повредила 3, односно 4 права заштитени со Европската конвенција. Најчесто повредувано право е правото на правично судење определено во Член 6 од Конвенцијата.

Табела 2. Статистика за повредени членови од страна на Р. Македонија

Број на членови кои се повредени согласно пресудата	Број на пресуди
1	104
2	16
3	1
4	1
ВКУПНО	122

Извор: База на податоци HUDOC

Во просек, во случајот на предметите кои се однесуваат на Р. Македонија, на судот му се потребни 5 години од моментот на апликацијата до датумот кога е донесена пресудата. Во продолжение е претставена фреквенцијата на бројот на предмети од аспект на времетраењето на предметот. Кај најголем број од предметите (вкупно 41), биле потребни 5 години од моментот на поднесување на апликацијата пред Судот до моментот на донесување на пресудата.

Табела 2. Времетраење на постапка

Времетраење (во години)	Број на предмети
1	1
2	7
3	9
4	15
5	41
6	28
7	20
8	7
9	3
10	3
11	1
ВКУПНО	135

Извор: База на податоци HUDOC

Структура на пресуди

Овде се презентирани добиените резултати за пресудите кои се однесуваат на Р. Македонија од страна на Европскиот суд за човекови права. Како што претходно беше посочено, во изминатите 16 години судот донел вкупно 122 пресуди во кои била констатирана повреда на некој член од конвенцијата.

Пристапот во овој дел од трудот е да покаже какви обврски се создадени за буџетот на Р. Македонија како последица на пресудите во кои е констатирана повреда на некое право од Конвенцијата. Во основа, обврските кои произлегуваат од пресудите каде е одлучено Р. Македонија да плати определен надомест на апликантот кој повел постапка можат да бидат во форма на исплата на материјална штета, нематеријална штета и покривање на трошоци и надоместоци поврзани со постапката. Во табелата во прилог е дадена структурата на пресудите во кои е донесена одлука Р. Македонија да плати определен износ по горенаведениот основ. Слика: Структура на штети и трошоци содржани во пресудите (2001-2017 година)



Извор: База на податоци HUDOC

Од сликата може да се забележи дека Р. Македонија била обврзана да исплати материјална штета во пресуди од 2012, 2013, 2015 и 2016 година. Нематеријална штета е одлучено да се исплати во сите години од 2001 наваму. Притоа, најголем број на пресуди каде е одредена нематеријална штета има во 2008 и 2015 година, поточно по 12 пресуди годишно.

Највисок пресуден износ на материјална штета е во предметот на Андоноски од 2015 година (16225/08), каде е определено Р. Македонија да му исплати на апликантот 10.000 евра. Најнизок износ на материјална штета е определен во пресуда од 2012 година во предметот на Сашо Ѓоргиев (49382/06) во износ од 3.390 евра.

Табела: Пресуди со материјална штета

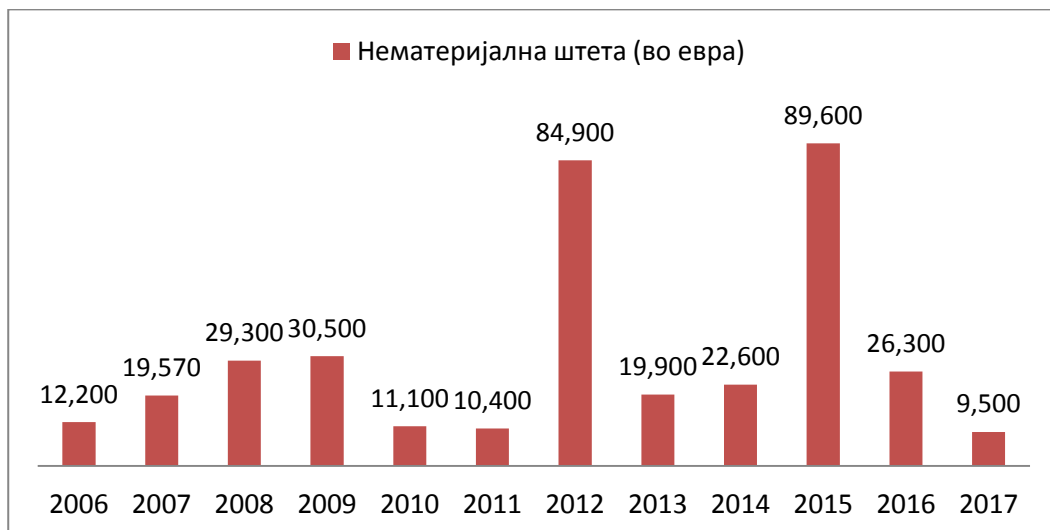
Предмет	Година	Материјална штета
Сашо Ѓоргиев (49382/06)	2012	3,390 €
Стоилковска (29784/07)	2013	6,880 €
Андоноски (16225/08)	2015	10,000 €
Василевски (22653/08)	2016	5,400 €

Извор: База на податоци HUDOC

Износите на нематеријална штета кои ги определува Европскиот суд за човекови права во пресудите кои се однесуваат на Р. Македонија се значително повисоки во споредба со износите на материјална штета. Така, анализата покажа дека во вкупно 90 пресуди Европскиот суд одлучил дека е потребно Р. Македонија да плати нематеријална штета поради повреда

на правата на апликантите. Во наредната табела е претставен вкупниот износ кој Р. Македонија била должна да го плати во секоја година одделно по основ на нематеријална штета. Износите се дадени во евра.

Слика: Вкупен износ на нематеријална штета (во евра)



Извор: База на податоци HUDOC

Од сликата јасно може да се увиди дека највисок износ на нематеријална штета содржат пресудите од 2015 година, кога вкупниот износ изнесува 89.600 евра. Најголем дел од овој износ се должи на пресудата од предметот на Митови (пресуда во висина од 20.000 евра) и предметот на Андоновски (пресуда во висина од 15.000 евра). Исто така, значителен износ на нематеријална штета е содржан и во пресудите од 2012 година. Најголем удел во оваа година има износот на нематеријалната штета определен во пресудата во предметот на Ел Масри, во вкупен износ од 60.000 евра.

Конечно, третиот облик на финансиска обврска со која Судот во Стразбур може да ја задолжи Р. Македонија е износот на судските такси и надоместоци кои Р. Македонија е принудена да ги покрие, а се поврзани со судската постапка. Интересно е да се забележи дека износот на оваа категорија во пресудите на Судот не е занемарлив. Така, анализата на достапните пресуди покажа дека Судот има пракса да донесува пресуди во кои ја задолжува Р. Македонија да ги плати судските такси и надоместоци на товар на апликантот, во континуитет, почнувајќи од 2006 година до денес. Највисок износ на такси и надоместоци е пресуден во 2007 година, каде вкупно со сите пресуди, Р. Македонија била обврзана да плати дополнителни 11.696 евра по овој основ. Најнизок износ на пресудена нематеријална штета е содржан во пресудата за предметот на Јовановски (31731/03) од 2010 година, во висина од 500 евра.

Слика: Вкупен износ на такси и надоместоци (во евра)



Извор: База на податоци HUDOC

Највисок износ на трошоци и надоместоци е содржан во пресудата за предметот на Јашар (69908/01) од 2007 година во износ од 500 евра. Најнизок износ, пак, на оваа категорија е доделен во пресудата за предметот на Ристеска (38183/04) од 2010 година во висина од 10 евра.

Заклучок

Анализата на минатогодишниот шеснаесет годишен период кој го означува периодот од донесувањето на првата пресуда која се однесува на Р. Македонија до денес, покажа дека постои континуитет во незадоволството од правораздавањето во Р. Македонија. За тоа говорат 135те пресуди кои се однесуваат на Р. Македонија, од кои во 122 е констатирана повреда на најмалку едно право од Европската конвенција за заштита на човековите права. Притоа, најчесто пресудите на Европскиот суд наоѓаат повреда на правото на правично судење гарантирано со Член 6 од Конвенцијата.

Дополнително, анализата на горенаведените 135 пресуди донесени од страна на Европскиот суд во период од 2001 до мај 201 година, а кои се однесуваат на Р. Македонија, покажа значителен износ на издатоци по основ на материјална и нематеријална штета, како и трошоци и надоместоци поврзани со судската постапка кои Р. Македонија како одговорна држава имала обврска да ги надомести. Вкупниот износ на

издатоците за материјална штета кои Р. Македонија била обврзана да ги исплати изнесува 25.670 евра. По основ на издатоци за нематеријална штета, овој износ изнесува 365.870 евра, додека за трошоци и надоместоци поврзани со судската постапка Р. Македонија требала да издвои 57.175 евра.

Вкупниот износ на обврски за Р. Македонија поврзани со администрирањето она правдата, а кои произлегуваат од пресудите на Европскиот суд за човекови права изнесува 448.715 евра. Овој износ, секако не претставува „цена на правдата“ во земјата, но сепак може да заклучиме дека даночните обврзници во земјата би биле побогати за речиси половина милион евра во изминатиот период доколку судскиот систем во земјата обезбедувал поефикасна примена на обврските за Р. Македонија како земја која ја има ратификувано Европската конвенција за човекови права.

ECONOMIC ANALYSIS OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CONCERNING REPUBLIC OF MACEDONIA

Abstract: The realization of the protection of the human rights stipulated in the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* from 1950 is above all legal and civilizational achievement. The European Court of Human Rights is leading institution in this system where the protection of the rights and freedoms of the individual is guaranteed in relation to the countries – contracting parties of the Convention. The total number of judgments rendered by the European Court of Human Rights concerning Republic of Macedonia in the period since the ratification of the Convention until 2016 is 133. The majority of these judgments are related to violation of the article 6 of the Convention, specifically the right to a fair trial. In 118 of these judgments, the Courts founded at least one violation of the Convention, respectively in 89% of all judgments concerning Macedonia the Court founded violation of the specific rights protected by the Convention. However, the administration of justice by the Court is not free of charge and generates different direct and indirect costs. An example of a direct cost are the direct expenses that should be paid by the concerning contracting state in cases where the Court founded violation of the rights protected by the Convention. This category of costs includes payment of the non-pecuniary damages, costs and expenses concerning the legal procedures, bank fees, interest rates and other fees. This articles aims to assess the economic effects of the judgments of the European Court of Human Rights concerning Macedonia in the period from 1997 to 2016. The analysis will comprise all judgments available at the HUDOC data base.

Key words: European Court of Human Rights; Judgments; Costs.

JEL Classification Code: J40.

** Assistant professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University Ss. Cyril and Methodius” – Skopje, scientific field: economic sciences. Contact email address: k.shapkova@pf.ukim.edu.mk

РЕГУЛАТОРНИ И ФАКТИЧКИ НЕДОСТАЦИ МЕХАНИЗМА ЗАШТИТЕ УПУЋЕНИХ РАДНИКА У ПРАВУ ЕУ**

УДК: 349.2-057.115-054.6 (4-672ЕУ)

Review paper

Апстракт: Упућивање радника на привремени рад у иностранство представља један од најбитнијих типова радне покретљивости становништва. Разлога за то има више, али се у најважније свакако може навести чињеница да привремени рад у иностранству има велику улогу у креирању пословних могућности и експанзији пословања. Да би испољио своје позитивне стране неопходно је адекватно правно уређење, али и делотворна примена правних прописа. У оквиру Европске уније, већ више од 30 година (након приступања Шпаније и Португала) води се правноекономски рат око нормирања статуса упућених радника. Проблем упућених радника свака страна види на свој начин - развијене земље сматрају да се ради о "социјалном дампингу", док оне друге виде прилику за економски просперитет. Будући да транснационализација радног односа ствара проблеме у погледу законодавства које се примењује на радни однос, Директивом 96/71/ЕЗ се утврђује скуп темељних услова запослења које пружалац услуга мора задовољити у држави чланици у коју је радник упућен да би се осигурао минимум заштите упућених радника. Међутим, изостанак адекватних механизма контроле и сарадње држава чланица у поступку примене прописаних правила довео је до лоших практичних резултата. Ради боље и уједначеније примене и извршавања у пракси Директиве 96/71/ЕЗ, укључујући мере за спречавање и кажњавање злоупотребљавања и заобилажења важећих правила, последњих година је интензивирана легислативна активност Уније. Циљ овог рада јесте да се анализира правни оквир заштите упућених радника у Европској унији, али и да се укаже на његове фактичке мањкавости.

Кључне речи: упућени радник, привремени рад, пружање услуга

* Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу, marijad@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", бр. 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

Увод

Међународне радне миграције⁴⁴⁷ предствљају саставни део процеса глобализације и добро се прилагођавају њеним развојним процесима - током времена се обим миграција повећава, а њихове друштвене и културне карактеристике се умножавају.⁴⁴⁸ Технолошки напредак значајно повећава могућности раста обима привремених и циркуларних миграција, а све већи број грађана се усмерава ка животу у два или више друштава паралелно.⁴⁴⁹

Због изразите сложености коју показују, савремене миграције причињавају велике тешкоће релевантним наукама и струкама при рашчлањавању како општег миграцијског контекста, тако и појединих миграцијских облика.⁴⁵⁰ У новијем раздобљу коегзистирају сви миграцијски модалитети, што упућује на висок степен мигративности радне снаге, а уједно и на присутност разноврсних чиниоца који их узрокују.⁴⁵¹ У таквим условима намеће се потреба за сталним продубљивањем теоријских знања као основе за разумевање овог феномена, његових главних детерминанти и модалитета, како би се што ефикасније савладали изазови и искористиле предности које међународне

⁴⁴⁷ Реч "миграција" потиче од латинске речи "migracio" - сељење становништва, са једног подручја на друго, трајног или привременог карактера, независно од тога да ли се збива у границама националне територије или међу двама земљама. Одомаћен је и у чешћој употреби страни термин "миграција" него домаћи термин "пресељење становништва". Види: Максимовић, М, *Привремено запошљавање наших грађана у иностранству, проблеми и политика њиховог повратка*, магистарски рад, Београд, 1981, стр. 1.

⁴⁴⁸ Види више: Месић, М, *Глобализација миграција, Миграцијске и етничке теме*, Vol. 18, бр.1, 2002, стр. 7-21.

⁴⁴⁹ Предојевић-Деспих, Ј, *Ка разумевању детерминанти међународних миграција данас - теоријска перспектива*, *Становништво*, 48/1, 2010, стр. 25.

⁴⁵⁰ Лајић, И, *Хрватске миграције почетком 21. столећа, Миграције у транзиционим земљама*, Загреб, 2002, стр. 135-136.

⁴⁵¹ Тако се, радне миграције унутар ЕУ могу појавити у неколико облика: миграције у другу државу чланицу, дневно или недељно прекогранично путовање или привремени боравак путем упућивања радника. Њихова величина сматра се (веома) ниском, посебно у поређењу са САД. Без обзира на то, радне миграције унутар ЕУ доживеле су пораст у току протекле деценије, углавном под утицајем проширења ЕУ 2004. и 2007. године, упркос прелазним аранжманима за ограничавање прилива радника из других држава чланица (OECD (2012), *OECD Economic Surveys: European Union 2012*, OECD Publishing). Ови прелазни аранжмани су, сматра се, чак довели до значајног броја упућених радника. Види више: Wispelaere F.D, Paolet J, *An ad hoc statistical analysis on short term mobility – economic value of posting of workers* (The impact of intra-EU cross/border services, with special attention to the construction sector), KU Leuven, NIVA Research Institute for work and society, Leuven, 2016, p. 9-10.

миграције могу да донесу како земљама порекла, тако и земљама дестинације и транзита.⁴⁵²

Упућивање запослених на привремени рад у иностранство је специфичан феномен у смислу радне покретљивости, где се запослени код послодавца са територије једне државе у ограниченом временском периоду упућује на рад у иностранство како би обавио неки рад за потребе свог послодавца, након чега се враћа у земљу и наставља рад код послодавца.⁴⁵³ Упућивање радника носи у себи велики економски потенцијал и може да допринесе како државама дестинације и њиховим друштвима, тако и земљама које их упућују, али и самим упућеним радницима. Да би испољило своје позитивне ефекте, неопходно је адекватно правно уређење. У оквиру Европске уније се још од приступања земаља југа (Шпаније и Португала) води правно-економски рат око нормирања статуса упућених радника, а из разлога што ниска цена рада јужних чланица негативно утиче на економију развијених чланица севера.⁴⁵⁴ Због различитости животних стандарда и цене рада, могућност упућивања радника за мање развијене земље представља велики економски потенцијал. С друге стране, развијене државе, у којима је цена рада висока, од самог почетка покушавају спречити „социјални дампинг“ на начин да правним нормирањем што више умање утицај упућених радника на властитој територији, што противречи слободној тржишној конкуренцији.⁴⁵⁵ Директивом 96/71/ЕЗ из 1996. године је, по први пут посебним актом на нивоу Уније, правно уоквирен статус упућених радника. Њоме се утврђује скуп услова и одредби запошљавања у држави чланици домаћину који се обавезно примењују на иностране пружаоце услуга. Међутим, неадекватни механизми контроле и изостанак сарадње органа и организација држава чланица у вези са заштитом права упућених радника су били неки од разлога непримењивања њоме установљених правила. Како би се спречила, избегла и сузбила злоупотреба и

⁴⁵² Предојевић-Деспић, Ј, *op. cit.*, стр. 25-26.

⁴⁵³ Wispeleae F.D, Rascolet J, *op. cit.*, стр. 9-10. Слично одређење садржи и чл. 2 Закона о условима за упућивање запослених на привремени рад у иностранство Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 91/15). Овај Закон уређује услове за упућивање запослених од стране послодавца са територије Републике Србије на привремени рад, односно стручно оспособљавање и усавршавање за потребе послодавца у иностранству. Закон је ступио на снагу 13. новембра 2015. године, а почео је са применом 13. јануара 2016. године. До почетка примене Закона, основ за упућивање запослених на привремени рад у иностранство био је Закон о заштити грађана СРЈ на раду у иностранству (“Сл. лист СРЈ“, бр. 24/98, „Сл. гласник РС“, бр. 101/05 – др. закон и 36/09 – др. закон), који је престао да важи 13.01.2016. године.

⁴⁵⁴ Рожић, И, Јасак, П. и Божиковић, Н, Економски потенцијал слободног кретања радника у Европској унији, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе*, бр. 12, Мостар, 2014, 292-298.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

заобилажење важећих правила од стране предузећа која непрописно или преваром стичу користи од пружања услуга, било је неопходно унапредити поступке надзора и контроле, те административне сарадње држава чланица. То је учињено Директивом 2014/67/EУ о извршењу Директиве 96/71/EЗ која предвиђа низ позитивних новина у том правцу. Међутим, да проблем упућених радника овим није решен, те да тензије држава чланица око нормирања њиховог статуса не јењавају, доказује и најновија предложена измена Директиве 96/71/EЗ из 2016. године. Имајући у виду напред наведено, чињеницу да се број упућених радника сваке године све више повећава, те да самим тим расте и значај овог питања, у раду је, најпре, анализиран правни оквир заштите упућених радника у праву Европске уније. Посебна пажња посвећена је Директиви 96/71/EЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга, која је почев од покретање иницијативе за њено доношење до данашњих дана предмет супростављених ставова у земљама чланицама. У другом делу рада аутор указује на главне практичне проблеме са којима се свакодневно суочавају упућени радници када се из матичне земље упућују на привремени рад у иностранству. Последњи део рада посвећен је анализи садржаја и домашаја најновије реформе правила о упућивању запослених, посебно њихов капацитет да допринесу побољшању статуса упућених радника.

I Правни оквир заштите упућених радника у ЕУ

Слобода кретања радника, слобода пословног настањивања и слобода пружања услуга темељна су начела унутрашњег тржишта у Европској унији уграђена у Уговор о функционисању Европске уније.⁴⁵⁶ Слобода кретања у праву Европске уније подразумева право држављана држава чланица да прелазе унутрашње границе Уније ослобођени формалности које су предвиђене за држављане трећих држава и да бораве на територијама других држава чланица, које нису земље њиховог порекла, без икакве дискриминације на основу држављанства.⁴⁵⁷ Самим тим, слободно кретање радника даје право сваком грађанину да се слободно пресели у другу државу чланицу како би у њој радио и боравио у ту сврху, те их штити од дискриминације у погледу запошљавања, зарада и осталих услова рада и запошљавања у односу на држављане те државе

⁴⁵⁶ Proposal for a Directive of The European Parliament and of The Council amending Directive 96/71/EC of The European Parliament and of The Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, (COM/2016/0128 final - 2016/070(COD)).

⁴⁵⁷ Новичић, Ж, Слобода кретања људи у праву Европске уније, *Међународни проблеми*, Vol. 55, бр. 1, 2003, стр. 57.

чланице.⁴⁵⁸ Посебан аспект слободе кретања радника је њихово распоређивање у оквиру пружања услуга на унутрашњем тржишту Европске уније. Наиме, упућени радници, по оцени Суда правде Европске уније, не потпадају под начело слободног кретања радника, већ под начело слободе пружања услуга које укључује право предузећа да пружају услуге у другој држави чланици, у коју могу привремено упутити своје раднике како би онде пружали те услуге.⁴⁵⁹

Најшири правни оквир правног регулисања сфере услуга на регионалном нивоу, који одрђује садржину и схватање начела слободе пружања услуга на тржишту ЕУ је Уговор о оснивању Европске економске заједнице. Широк спектар правних норми у области услуга условио је појачану активност Суда правде ЕУ који је преузео улогу ствараоца права.⁴⁶⁰ Упркос неспорном значају стваралачке праксе Суда правде, јасно је било да се његовим појединачним одлукама нису могли на адекватан начин заштити радници који су у оквиру начела слободе пружања услуга привремено радили и боравили на територији друге државе чланице. Било је потребно усвојити акте секундарног законодавства.

Имајући у виду да сходно чл. 3 тач. (ц) Уговора о оснивању Европске економске заједнице укидање препрека између држава чланица за слободно кретање особа и услуга чини један од циљева Заједнице, да су сва ограничења, у односу на пружање услуга, темељена на захтевима држављанства или боравишта забрањена Уговором, те да остварење унутрашњег тржишта нуди динамично окружење за транснационално пружање услуга, чиме се све већи број предузећа подстиче да привремено упућује раднике у иностранство како би обављали посао на државном подручју државе чланице која није држава у којој су уобичајено запослени, Европски парламент и Савет Европске уније донели су 16. децембра 1996. године Директиву 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга.⁴⁶¹ Директивом из 1996. године успоставља се регулаторни оквир

⁴⁵⁸ Directive 2014/67/EU of The European Parliament and of The Council of 15 May 2014 on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 on administrative co-operation through the Internal Market Information System (the IMI Regulation"), *Official Journal of The European Union*, L 159/11, 28.5.2014.

⁴⁵⁹ Groot, D, *The European Union's twofaced social policy and situation of posted workers - an analysis of EU social policy through the perspective of the Posting of Workers Directive*, Master European Private Law, Faculty of Law, University of Amsterdam, 2013, p. 22.

⁴⁶⁰ Видети више: Ћирић, А, Слобода пружања услуга на тржишту Европске уније у светлу Болкенштајнове директиве 2006/123, тематски зборник радова *Право Република и право Европске уније - стање и перспективе*, свеска 2, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2009, стр. 389-416.

⁴⁶¹ Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services, *Official Journal* L 018, 21/01/1997 P 0001-0006.

ЕУ ради поспешивања прекограничног пружања услуга, заштите упућених радника, те осигуравања равноправних услова за стране и локалне конкуренте.⁴⁶² Директивом се утврђује темељни скуп услова и одредби запошљавања које инострани пружаоци услуга морају задовољити у држави чланици домаћину да би се осигурао минимум заштите дотичних упућених радника. Значај Директиве у преображавању европског и националних радноправних система, стручњаци радног права су у почетку сматрали ограниченим. Та се теза темељила на схватању да је главна сврха Директиве била омогућити примену целокупног низа закона о раду земље домаћина на упућене раднике. Тако, уместо да унапреди и регулише равномерну расподелу радника унутар Уније, упућени радник је постао предмет спора између развијених и неразвијених земаља.⁴⁶³ Развијене чланице сматрају да се ради о социјалном дампингу⁴⁶⁴, а друге виде прилику за економски просперитет, што се слаже и са идејом здраве конкуренције и слободног кретања радне снаге. Суд правде ЕУ је донео неколико одлука којима пропитује садржај и опсег националних прописа о условима запошљавања упућених радника. Те су одлуке скренуле пажњу Европске комисије, држава чланица и социјалних партнера на тешкоће у

⁴⁶² Директива о упућивању радника је први пут предложена 1991. године када је Европска комисија настојала да регулише пружање услуга успостављајући равнотежу између права радника и бесплатног пружања услуга. Види: Cremers, J, Dølvik J.E. and Bosch, G, Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU, *Industrial Relations Journal* 524, 2007, p. 526. Ово је уследило након одлуке Суда правде ЕУ у случају *Rush Portuguesa*, у којој је суд утврдио да право Заједнице не искључује право државе чланице домаћина да прошири поље примене свог законодавства или колективних уговора о раду које су закључиле обе стране у индустријском односу, на било коју особу која је запослена, чак и привремено, на њеној територији, без обзира на то у којој земљи је њен послодавац основан. Види: Пресуда у случају C-113/89 (*Rush Portuguesa Lda v. Office national d'immigration*), од 27. марта 1990. године (European Courts Reports, I-1417).

⁴⁶³ Види више: Zahn, R, Revision of the Posted Workers' Directive: Equality at Last?, *CETLS online papers*, Vol. 5, Issue 1, Centre of European and Transnational Legal Studies, Belfast, 2016, p. 1-16.

⁴⁶⁴ "Социјални дампинг" се одређује као стратегија усмерена ка снижавању социјалних стандарда у циљу повећања конкурентности. Подстичу га компаније, али индиректно укључује и њихове запослене, као и земље домаћице. "Социјални дампинг" има негативне економске и социјалне импликације јер доводи до поремећаја у слободном функционисању тржишта и ценовних ратова, те ограничава раст зарада и других социјалних промена. Прекомерно остваривање профита експлоатисањем јефтине радне снаге је економски неприхватљиво ("нелојална конкуренција") и друштвено неетично. Groot, D, *op. cit.*, стр. 21-22. У теорији се наводи, да је рацио "социјалног дампинга" из Источне Европе, поред негативне импликације на армију запослених, садржан у чињеници о његовом утицају на знатно појефтинјење радне снаге у процесу производње и пружања услуга, што би требало да, као позитиван резултат, обезбеди конкурентност европске привреде на светском тржишту. Тирић, А, *op. cit.*, стр. 394.

спровођењу Директиве на националном нивоу. Расправа се није вртела само око опсега примењивих правила, односно око питања "пуне" у односу на "минималну" заштиту, већ је дотакла и друга тешка питања. Једно од њих је начин на који се правила садржана у Директиви спроводе. С обзиром на наведено, а ради успостављања заједничког оквира скупа одговарајућих одредби, мера и контролних механизма потребних за бољу и уједначенију примену и спровођење у пракси Директиве 96/71/ЕЗ, Европски парламент и Савет ЕУ су 15. маја 2014. године донели Директиву 2014/67/ЕУ о спровођењу Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга и измени Уредбе (ЕУ) бр. 1024/2012 о административној сарадњи путем информацијског система унутрашњег тржишта ("Уредба ИМИ"). Директива 2014/67/ЕУ јамчи поштовање одговарајућег нивоа заштите права упућених радника за прекогранично пружање услуга, посебно спровођење услова запослења који се примењују у држави чланици где услуга треба бити пружена у складу с чланом 3 Директиве 96/71/ЕЗ, истовремено олакшавајући пружаоцима услуга остваривање права на слободу пружања услуга те промовисаћи поштenu тржишну конкуренцију међу пружаоцима услуга и тако подржавајући функционисање унутрашњег тржишта. Овом се Директивом ни на који начин не утиче на остваривање темељних права признатих у државама чланицама и на нивоу Уније, укључујући слободу или право на штрајк или на предузимање других акција које покривају посебни системи индустријских односа у државама чланицама, у складу са националним правом и/или праксама.

1. Директива 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга -циљеви, значај и поље примене-

С обзиром на раднике који су привремено упућени на обављање посла како би пружали услуге у држави чланици која није она у којој уобичајено обављају свој рад, Директивом 96/71/ЕЗ се утврђује скуп јасно одређених темељних услова запослења које пружалац услуга мора задовољити у држави чланици у коју је радник упућен да би осигурао минимум заштите упућених радника.⁴⁶⁵

Текст Директиве садржи преамбулу у којој су веома детаљно изнети циљеви и значај њеног доношења, као и елементи важни за њену интерпретацију и примену. Поред преамбуле текст садржи укупно 8 чланова (опсег, дефиниција, услови запошљавања, сарадања на информисању, мере, судска надлежност, спровођење, преиспитивање

⁴⁶⁵ Schlachter, M, *The posting of Workers Directive - German reactions and perceptions*, Formula, Oslo, September 2010, p. 31-31.

Комисије). Званични циљ доношења Директиве о упућивању радника јесте постављање темеља обавезних правила за минималну заштиту која се требају поштовати у држави чланици домаћини од стране послодаваца који своје запослене упућују како би обављали привремени посао на подручју државе чланице где се таква услуга пружа. Притом, мандаторна правила за минималну заштиту на снази у држави чланици домаћини не смеју забранити примену одредаба и услова запошљавања који су повољнији за раднике.⁴⁶⁶

Директива се примењује на предузећа основана у једној држави чланици која, у оквиру транснационалног пружања услуга, упућују своје раднике на рад на територији друге државе чланице током одређеног временског периода, уз изузетак помораца запослених у предузећима за поморску трговину. Одредбе Директиве се примењују на наведена предузећа само ако је реч о предузећу које за свој рачун упућује раднике на рад у другој држави, на основу уговора овог предузећа и стране којој се услуге пружају, под условом да су предузеће које упућује радника на рад у другу државу и радник стране радног односа. Други случај у којем се примењују одредбе Директиве постоји ако предузеће упућује раднике на рад у филијали или предузећу из групације предузећа на територији друге државе чланице, под условом да постоји радни однос између предузећа које упућује радника на рад у другу државу чланицу и радника. Коначно, трећи случај у којем долази у обзир примена одредаба Директиве постоји ако су предузеће за привремено запошљавање радника за обављање привремених послова или агенција за запошљавање ангажовали радника за потребе предузећа - корисника, које је основано или послује на територији друге државе чланице, под условом да постоји радни однос између предузећа за запошљавање радника ради обављања привремених послова, односно агенције за запошљавање и радника. Директивом је прописана забрана стављања у повољнији положај предузећа основаних у држави која није чланица ЕУ, од предузећа основаних у чланици ЕУ.⁴⁶⁷

1.1. Дефиниција упућеног радника

У жељи да се контекстуализира слобода кретања радника, а због проблема ниске цене рада у три новопримљене чланице ЕУ (Шпанија, Грчка и Португал), Директивом 96/71/ЕЗ из 1996. године се нормира статус упућених радника у склопу пружања услуга.

"Упућени радник је радник који у ограниченом временском раздобљу обавља свој посао на државном подручју државе чланице која

⁴⁶⁶ Тачке 13 и 17 преамбуле Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга.

⁴⁶⁷ Чл. 1 Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга.

није држава у којој уобичајено ради".⁴⁶⁸ Упућени радници⁴⁶⁹ се разликују од радника миграната из ЕУ у том смислу што код државе чланице домаћина остају привремено и не интегришу се на њеном тржишту рада.⁴⁷⁰ Радници мигранти у оквиру слободе кретања радника у ужем смислу имају право на напуштање своје државе порекла и уласка у друге државе чланице, право боравка ради обављања професионалне активности у држави пријема и право да остану у држави пријема по престанку запослења. У ширем смислу слобода кретања радника укључује и право на недискриминицију у вези са запослењем и условима рада, као и са запослењем повезана права.⁴⁷¹ С друге стране, упућени радник је радник кога је упутио послодавац да за његове потребе обави одређени посао у

⁴⁶⁸ Чл. 2 Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга.

⁴⁶⁹ Поред термина "упућени радник" у теорији се среће и термин "деташирани радник" са истим значењем. Међутим, сходно одговору датом од стране Министарства рада, запошљавања и социјалне политике од фебруара 2005. године под термином деташман (франц. *detacher* - одвојен од целине) подразумева се посебан вид пословне сарадње између предузећа са територије једне државе које, на основу склопљеног уговора, са предузећем из друге државе изводи радове у тој држави. Овакав вид пословне сарадње регулише се споразумом у коме државе потписнице утврђују: услове под којима предузећа са територије једне државе могу да ангажују своје раднике на реализацији закљученог уговора о извођењу радова са предузећем из друге државе; поступак упућивања и запошљавања деташираних радника; максималан број радника који се могу ангажовати по основу деташмана; друга питања ради ефикасније реализације деташмана. Деташман није појединачно запошљавање радника. Република Србија је закључила међудржавни споразум о деташману само са СР Немачком. Министарство рада, запошљавања и социјалне политике, *Шта је деташман?*, фебруар 2005. године, <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrGradjevinarstvo/Statika/detasman.pdf> (Приступљено 20.04.2017).

⁴⁷⁰ Комунитарни појам радника, у циљу избегавања негативне последице по слободу кретања радника различитог одређења појма радника у националном радном законодавству, односно праву, одређује се на основу три мерила која су резултат праксе Суда правде европских заједница. Под радником се подразумева физичко лице које одређено време извршава рад за друго лице и под његовим надзором (субординација), а заузврат добија одређену зараду (примања). Лубарда, Б, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004, стр. 181.

⁴⁷¹ Начелу слободног кретања радника - физичких лица посвећена је Глава 1. Наслова 3. Другог дела Уговора о оснивању ЕЗ, с тим да са уношењем концепта "Европског грађанства" у Мастрихтски уговор начело слободног кретања припада сваком грађанину Уније, под условима (и ограничењима) која су садржана у Уговору и мерама усвојеним за његову примену. Упркос чињеници што је концепт слободног кретања радника еволуирао ка концепту слободног кретања европских грађана, одредбе посвећене слободном кретању радника нису модификоване. Уосталом, за разлику од комунитарног појма радника, појам европског грађанина није комунитарни концепт, у том смислу што свака држава чланица задржава уређивање услова за признавање држављанства, тако да постоје значајне разлике у том погледу између држава чланица. Види: Лубарда, Б, *op. cit.*, стр. 179-180.

другој држави чланици ЕУ, на привременој основи. За потребе Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга дефиниција радника је дефиниција која се примењује у праву државе чланице на чије је државно подручје радник упућен (члан 2).

1.2. Услови запошљавања

Према одредби члана 3(1) Директиве 96/71/ЕЗ државе чланице су дужне да осигурају, независно од права које се примењује на радни однос, да предузећа јемче радницима упућеним на рад на њиховој територији, услове рада који су у држави чланици у којој се обавља посао одређени законом или другим прописом, и/или колективним уговорима или арбитражним споразумима проглашеним универзално примењивим, ако се односе на делатности из Прилога, и то, у погледу: максималног радног времена и минималног одмора; минималног плаћеног годишњег одмора; минималних износа зараде, укључујући и накнаду за прековремени рад; услове уступања радника, посебно од стране предузећа за привремено запошљавање; здравља, безбедности и хигијене на раду; заштитних мера које се односе на услове рада трудница или породиља, деце и младих, и једнаког поступања према мушкарцима и женама и осталих прописа којима се забрањује дискриминација.

За потребе ове Директиве, појам минималних зарада одређен је националним правом и/или праксом државе чланице на чије је државно подручје радник упућен.⁴⁷²

Државе чланице могу, након саветовања са социјалним партнерима, у складу са традицијама и праксом сваке државе чланице одлучити да се не примењује одредба о минималним зарадама, ако дужина упућивања не прелази један месец. Поред тога, државе чланице могу, у складу са националним правом и/или праксом, предвидети одступање од минималног износа зараде помоћу колективних уговора за једну или више делатности, ако дужина упућивања не прелази један месец.⁴⁷³

Напред наведене одредбе не спречавајау примену услова запошљавања који су повољнији за раднике. Доплате карактеристичне за упућивање сматрају се делом минималне зараде, ако се не плаћају као надокнада за стварно настале трошкове због упућивања, као што су трошкови путовања, хране и смештаја.⁴⁷⁴

Тумачењем напред наведених одредби члана 3 Директиве може се закључити да је законодавац Заједнице усвојио Директиву 96/71/ЕЗ с циљем, а што јасно произилази и из описа тачке 6 у преамбули ове

⁴⁷² Чл. 3(1) Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга.

⁴⁷³ Чл. 3(3) и 3(4) Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга.

⁴⁷⁴ Чл. 3(7) Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга.

Директиве, да успостави, у интересу послодаваца и њиховог особља, захтеве и услове који уређују радни однос у ситуацији када предузеће које је основано у једној држави чланици привремено измешта раднике на територији друге државе чланице у циљу пружања услуга. Из тачке 13 преамбуле Директиве следи да закони држава чланица морају бити усклађени како би поставили темељ мандаторних правила за минималну заштиту која у држави домаћици морају бити испоштована од стране послодаваца који су у њу упутили раднике. Како би осигурала поштовање нуклеуса мандаторних правила минималне заштите, Директива 96/71/ЕЗ прописује да државе чланице морају осигурати да, какав год да је закон примењив на радни однос, у оквиру транснационалног пружања услуга, предузећа јемче упућеним радницима захтеве и услове запошљавања који покривају случајеве поименично наведене у члану 3(1) Директиве. Та одредба тежи, прво, осигурати климу поштене конкуренције између националних предузећа и предузећа која пружају услуге транснационално, барем у мери у којој то захтева од потоњих да приуште својим радницима, у односу на ограничену листу питања, захтева и услова запошљавања прописаних у држави домаћици законом, уредбом или административном одредбом или колективним уговорима или арбитражним споразумима у смислу чл. 3(8) Директиве, које представљају мандаторна правила минималне заштите. Осим наведеног, одредба члана 3(8) Директиве спречава појаву ситуације у којој би се, применом на своје раднике услова радног односа који су на снази у држави чланици порекла у погледу тих питања, предузећа основана у другим државама чланицама нашла у повољнијој конкурентској позицији насупрот предузећа државе чланице домаћици, у оквиру транснационалног пружања услуга, ако је степен социјалне заштите виши у држави чланици домаћици. Друго, оваквим уређењем Директива циља осигурати да се на упућене раднике примењују правила државе чланице о минималној заштити везане за услове радног односа док привремено раде на територији те државе. То значи да ће упућени радници, ако је степен заштите који им је зајемчен у држави чланици порекла нижи од степена минималне заштите у држави чланици домаћици, уживати боље услове радног односа за време док су на привременом раду у држави чланици домаћици. Ипак, Директива 96/71/ЕЗ није ускладила материјални садржај тих мандаторних правила за минималну заштиту, већ тај садржај могу слободно дефинисати саме државе чланице, у складу са Уговором и општим начелима права Заједнице. Истина је да члан 3(7) Директиве прописује да правила о минималној заштити не спречавају државе чланице да примене услове запошљавања који су погоднији за раднике. Но, без обзира на то, члан 3(7) Директиве се не може тумачити у смислу да допушта држави чланици домаћици да пружање услуга на својој територији условљава поштовањем захтева и услова запошљавања који иду преко мандаторних правила минималне заштите.

У складу са првом и другом тачком члана 3(1) Директиве, захтеви и услови запошљавања могу бити прописани било законом, уредбом или административном одредбом, било колективним уговором или арбитражним споразумом који су проглашени универзално примењивим. Према првом ставу члана 3(8) Директиве "колективни уговори или арбитражни споразуми проглашени универзално примењивима" значи колективни уговори или арбитражни споразуми којих се морају придржавати сва предузећа на подручју те земље и у предметној струци или индустрији. Међутим, ако не постоји систем проглашавања колективних уговора или арбитражних споразума универзално примењивима у напред наведеном смислу, државе чланице могу, ако тако одлуче, узети као основу: колективне уговоре или арбитражне споразуме који су опште примењиви за слична предузећа на подручју земље и у предметној струци или индустрији, и/или колективне уговоре које су склопиле највише представничке организације послодаваца и радника на националном нивоу и који се примењују на целом државном подручју, под условом да њихова примена у односу на предузећа на која се односи ова Директива осигурава једнако поступање између тих предузећа и предузећа која су у сличној ситуацији. Јасно је из формулације ове одредбе да коришћење потоње могућности захтева, прво, да државе чланице морају донети такву одлуку, и друго, да примена колективних уговора на предузећа која измештају раднике треба јемчити једнако поступање у стварима које су наведене у члану 3 Директиве између ових предузећа и националних предузећа у професији или индустрији која су у сличној ситуацији. Сматра се да је једнако поступање, у смислу члана 3(8) Директиве, остварено ако су национална предузећа подложна истим обавезама, у смислу тих ствари, као и предузећа која измештају раднике, и где се од сваког захтева да испуни такве обавезе с истим учинком.

У складу са напред наведеним, у пракси се појавило питање како поступити у ситуацијама када услови запошљавања (минимална зарада) у држави чланици домаћици нису прописани на један од начина предвиђених Директивом 96/71/ЕЗ, и може ли се у том случају наметнути предузећу које пружа услуге на њеној територији захтев да преговара са синдикатима како би одредило услове запошљавања, тј. зараде које требају бити исплаћене његовим радницима и да у ту сврху потпише колективни уговор. Суд правде ЕУ је, решавајући у случају *Laval* (C - 341/05), 18. децембра 2007. године донео одлуку да се члан 49 Уговора о оснивању ЕЗ и Директива 96/71/ЕЗ требају тумачити у смислу да забрањују синдикатима, у државама чланицама у којима су одредбе и услови запошљавања који покривају питања из члана 3(1) Директиве садржани у законским одредбама, осим минималног износа зараде, од покушаја да, путем колективне акције, присиле пружаоца услуга основаног у другој држави чланици на започињање преговора с њим о износима зараде упућених радника и на потписивање колективног уговора чије одредбе прописују, у односу на нека од тих питања, повољније услове од оних који

произилазе из релевантних законских одредби, док се други односе на питања која нису наведена у члану 3 те Директиве.⁴⁷⁵ Тумачећи одредбе Директиве 96/71/ЕЗ, у односу на захтеве који се у погледу могу наметнути страном пружаоцу услуга, Суд у пресуди наводи да се члан 3(1) само на минимални износ зараде. Стога се на ту одредбу не може ослонити како би се оправдала обавеза таквих пружаоца услуга да поштују износе зарада попут оних који синдикати покушавају наметнути, а које не представљају минималне зараде, и које штавише нису одређене у складу са начинима наведеним у члану 3(1) и (8) те Директиве. Стога, у односу на наведено питање, Суд закључује да држава чланица у којој минимални износ зараде није одређен у складу са једним од начина из члана 3 (1) и (8) Директиве, није овлашћена, у складу са Директивом, наметнути предузећима која су основана у једној држави чланици, у оквиру транснационалног пружања услуга, преговоре на месту рада, узимајући у обзир квалификације и задатке запосленог, тако да дотична предузећа могу одредити зараде које требају платити својим измештеним радницима.⁴⁷⁶

1.3. Методи имплементације и начини примене Директиве

Директивом 96/71/ЕЗ предвиђене су обавезе држава чланица да, у циљу њене имплементације, у складу са националним правом и/или праксом именују једну или више служби за везу или једно или више надлежних државних тела, као и да обезбеде сарадњу државних органа који су одговорни за надзор над поштовањем Директивом прописаних услова радног односа. Поменута сарадња се посебно односи на давање обавештења о транснационалном ангажовању радника, укључујући и евентуалне злоупотребе и незаконите активности. Неопходно је обезбедити и бесплатно пружање узајамне административне помоћи.⁴⁷⁷ На овај начин Директива указује, с једне стране, да је држава домаћин одговорна за организовање праћења услова запошљавања упућених радника и, с друге стране, да држава домаћин и држава порекла имају заједничку одговорност да сарађују како би се ојачао надзор и извршење.⁴⁷⁸

⁴⁷⁵ Пресуда у предмету C-341/05 (*Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others*) од 18. децембра 2007. године (European Court Reports 2007, I-11767)

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ Чл. 4 и 5 Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга. Поред тога, у циљу остваривања права на њоме гарантоване услове рада, у држави чланици на чију је територију радник упућен могу бити покренути судски поступци, без утицаја на право на вођење поступака у другој држави, предвиђено постојећим међународним конвенцијама о судској заштити (члан 6)

⁴⁷⁸ Ahlberg, K, Johansson, C. and Malmberg J, Monitoring Compliance with Labour Standards – Restriction of economic freedoms or effective protection of rights?, *Formula*, No. 35, 2012, p. 10.

2. Директива 2014/67/ЕУ о спровођењу Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга

Како би се спречила, избегла и сузбила злоупотреба и заобилажење важећих правила од стране предузећа која непрописно или преваром стичу користи од слободе пружања услуга уграђене у Уговор о функционисању Европске уније и/или од примене Директиве 96/71/ЕЗ, требало је унапредити спровођење и праћење упућивања радника, те на нивоу Уније увести више јединствених елемената који олакшавају заједничко тумачење. У том циљу, Европски парламент и Савет ЕУ су 15. маја 2014. године донели Директиву 2014/67/ЕУ о спровођењу Директиве 96/71/ЕЗ о упућивању радника у оквиру пружања услуга и измени Уредбе (ЕУ) бр. 1024/2012 о административној сарадњи путем информацијског система унутрашњег тржишта ("Уредба ИМИ"). Наведеном Директивом из 2014. године осигурани су нови и ојачани постојећи инструменти за сузбијање и санкционисање заобилажења услова, превара и злоупотреба. У циљу повећања правне сигурности, Директива утврђује попис националних контролних мера које се сматрају оправданим и пропорционалним, те које се могу примењивати за праћење усклађености Директиве 96/71/ЕЗ и Директиве о њеном извршењу. Поред тога, њоме се уређује решавање проблема које узрокују фиктивна привредна друштва, те се повећава способност држава чланица да надзиру радне услове и спроводе примењиве прописе. У Директиви се, између осталог, наводе квалитативни критеријуми који обележавају стварну везу између послодавца и државе чланице у којој је основан, а ти се критеријуми могу примењивати и како би се утврдило може ли се особа сматрати упућеним радником према примењивој дефиницији (члан 4). Да би подигле свест и повећале транспарентност, земље чланице ЕУ морају информације о условима запослења и колективним уговорима који се примењују на упућене раднике учинити доступним без накнаде на јединственој службеној националној интернетској страници (члан 5). Директива 2014/67/ЕУ укључује јаснија правила за унапређење административне сарадње међу националним телима задуженим за праћење усклађености, укључујући временска ограничења за доставу информације. У случају било којег трајног проблема у размени информација или истрајног одбијања достављања информација, Комисија може бити обавештена путем Информационог система унутрашњег тржишта (ИМИ). У том случају на снагу ступа Уредба ИМИ. Директива, такође, осигурава и да се административне санкције и новчане казне изречене пружаоцу услуга због непоштовања важећих правила у једној земљи ЕУ могу спроводити и наплаћивати у другој (поглавље VI).

II Фактичко стање на европском тржишту рада упућених радника

Одговарајућа примена правила установљених европском регулативом је кључни елемент у заштити права упућених радника и у осигуравању једнаких услова за пружаоце услуга, док лоша примена поткопава делотворност правила Уније која важе у том подручју. Међутим, чињеница је да упућени радници због привременог карактера њиховог боравка нису у потпуности интегрисани у индустријске односе државе домаћина, те у пракси нису потпуно покривени њеним контролним механизмима. С друге стране, с обзиром да свој рад привремено обављају у другој држави, праћење и контрола су отежани и од стране државе порекла.⁴⁷⁹ На овај начин су створене "мрачне нише" у којима за упућене раднике не важе темељна социјална постигнућа, већ напротив, у којима влада сива пракса запошљавања. Она се темељи на системском израбљивању упућених радника, а заснива се на уговорима склопљеним са подуговарачима, са предузећима која шаљу раднике на привремени рад у иностранство и агенцијама за привремено запошљавање које уступају раднике. Овај систем израбљивања подразумева да послодавци произвољно диктирају недељно радно време, вешто заобилазе минималне зараде, накнадно и по својој вољи мењају закључене уговоре, смањују зараде или их уопште не исплаћују, не исплаћују накнаде зараде за време привремене спречености за рад и годишњег одмора, и не пружају заштиту од отказа.⁴⁸⁰ Упркос раду европског законодавца на проналажењу одговарајућих контролних механизма и успостављању боље сарадње држава чланица, који је интезивиран неколико последњих година, упућени радници су и даље изложени великом ризику у вези са непријављеним радом. Надзорна тела су преоптерећена и немају на располагању довољно радника ни средстава. Осим тога, та тела у првом реду проверавају јесу ли пореска давања и доприноси за социјално осигурање плаћени, а мање се баве испитивањима владају ли хумани и правно усклађени услови рада. Тако настаје зачарени круг социјалног дампинга јер субјекти који се не придржавају правила могу понудити своје услуге по знатно нижој цени од осталих конкурената. Ту су и питања лажног самозапошљавања те заобилажења релевантног законодавства ЕУ и националног законодавства. Наведени примери практичних злоупотреба, као и чињеница да се број упућених радника из године у годину све више повећава⁴⁸¹, указује на

⁴⁷⁹ Ahlberg, K, Johansson, C. and Malmberg J, *op. cit.*, стр. 3.

⁴⁸⁰ Molitor, C, *Пословни модел "Израбљивање": европски радници у Немачкој преварени за своја права*, стр. 1-7. <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/kroatien/11672.pdf> (Приступљено 25.04.2017).

⁴⁸¹ Подаци Европске комисије показују да се, између 2010. и 2014. године, број упућених радника из једне државе чланице ЕУ у другу повећао за 49%, те да је укупно у 2014. години

неопходност укључивања свих заинтересованих актера у процес нормирања статуса упућеног радника, као и његове адекватне институционалне заштите, не би ли се коначно осветлиле "мрачне нише" тржишта рада и упућени радници „угледали светлост дана“.

III Најновија реформа правног статуса упућеног радника

У контексту напред наведеног, Комисија је у својим политичким смерницама најавила циљану ревизију Директиве о упућивању радника (што је потврдила у програму рада за 2016. годину), како би се сузбила непоштена пракса и промовисало начело да исти рад на истом месту буде једнако плаћен. У припремним саветовањима под вођством Комисије, у којима је учествовало преко 300 субјеката, 30% предузећа која пружају прекограничне услуге известило је о проблемима у вези са постојећим правилима о упућивању радника, као што су оптерећујући административни захтеви, административне процедуре, накнаде и регистрације. Недовољно јасни прописи у вези са тржиштем рада у одредишној земљи сматрају се и важном препреком у прекограничном пружању услуга.⁴⁸²

у ЕУ било више од 1,9 милиона упућивања, што је пораст од 10,3% у поређењу са 2013. и 44,4% у поређењу са 2010. годином и представља 0,7% радне снаге у ЕУ. Притом, 7, 86% радника је упућено у земље чланице ЕУ-15, при чему највећи удео имају Немачка, Француска и Белгија. 42% укупног упућивања се јавља у грађевинарском сектору, 21,8% у прерађивачкој индустрији и 13,5% у сектору услуга - образовање, здравство и социјални рад. Види: Eurofund, *Posted Workers in the European Union*, <http://www.eurofund.europa.eu/observatories/eurowork/comparative-information/posted/workers-in/the/european/union>. Међутим, треба истаћи да су ове статистике далеко од савршених. Европска комисија користи информације који су забележене административним путем земаља чланица порекла радника. Постоје значајне разлике између националних и бројки ЕУ и недостају прецизни подаци о трајању упућивања, квалификацији радника, њиховом полу и зарадама. Види: Dheret, C, Ghimis, A, *The revision of the Posted Workers Directive: towards a sufficient policy adjustment?*, *European Policy Centre Discussion Paper*, 20 April 2016, p. 4.

⁴⁸² У поступку измене Директиве, настављен је правноекономски рат држава чланица. Тако су Аустрија, Белгија, Француска, Холандија, Немачка, Луксембург и Шведска у заједничком допису Комисији изразиле подршку модернизацији Директиве о упућивању радника којом се утврђује начело једнаке зараде за једнак рад на истом месту. Те државе чланице су навеле да је потребно: размотрити одређивање максималног трајања упућивања, посебно узимајући у обзир одредбе за усклађивање са Уредбом ЕУ о координацији система социјалне сигурности; побољшати поузданост информацијског темеља садржаног у преносивим документима А1; побољшати прекограничну сарадњу инспекцијских служби и сл. С друге стране, Бугарска, Чешка, Естонија, Летонија, Литванија, Пољска, Румунија и Словачка су у заједничком допису изразиле став да је измена Директиве из 1996.

Узимајући у обзир напред наведено, Европска комисија је 8. марта 2016. године поднела Европском парламенту и Савету Предлог Директиве о измени Директиве 96/71/ЕЗ од 16. децембра 1996. о упућивању радника у оквиру пружања услуга. У наведеном предлогу се не спомињу питања о којима се говори у Директиви 2014/67/ЕУ о извршењу. Уместо тога, он је усмерен на питања која нису обухваћена том Директивом и која се односе на регулаторни оквир ЕУ успостављен изворном Директивом из 1996. године. Стога се ревидирана Директива о упућивању радника и Директива о њеном извршењу допуњују и међусобно ојачавају. Предлог садржи два члана којима се уводи неколико измена Директиве 96/71/ЕЗ.

Најпре, у тачки 1(1) Предлог о измени Директиве садржи правило да ће се, ако предвиђено или стварно трајање упућивања премашује 24 месеца, држава чланица на чије је државно подручје радник упућен сматрати државом у којој уобичајено обавља посао.⁴⁸³ Како би се спречило заобилажење напред наведеног правила, тачком 1(2) појашњава се, да ће се у случају замене упућених радника који извршавају исти посао на истом месту, у обзир узети укупно трајање раздобља упућивања предметних радника. Правило из тачке 1(1) ће се примењивати сваки пут када кумулативно трајање пређе 24 месеца, али само за раднике упућене на период од најмање 6 месеци, како би се поштовало начело пропорционалности. Затим, тачком 2(а) уводи се неколико измена члана

преурањена, те да је треба одложити та период након истека рока за преношење Директиве о извршењу и пажљивог оцењивања њених учинака. Те државе чланице изразиле су забринутост због могуће некомпатибилности начела једнаке зараде за једнак рад на истом месту са јединственим тржиштем, с обзиром да разлика у заради представља једини легитимни елемент конкурентске предности пружаоца услуга. Штавише, оне су изнеле став према којем упућени радник треба и даље да подлеже законодавству државе чланице порекла када је реч о социјалној сигурности, те стога не треба предузимати никакве мере за ревизију везе између упућивања радника и координације система социјалне сигурности. Види: Предлог Директиве о измени Директиве 96/71/ЕЗ.

⁴⁸³ Основно правило по коме се врши избор меродавног (радног) права јесте правило да избор права јесте ствар аутономије воље - ствар самих уговорних страна - *lex voluntaris*, односно послодавца и радника (чл. 3 Конвенције о праву које се примењује на уговорне облигације). У случају да послодавац и радник нису одредили меродавно право, Конвенција предвиђа да се на уговор о раду примењује право државе у којој запослени уобичајено обавља свој рад (*lex loci laboris*) у складу са уговором, чак и ако је пребивалиште радника у другој држави. Од правила *lex loci laboris* значајан изузетак је предвиђен у погледу радника миграната који обављају привремени рад у иностранству, јер се на ову категорију радника примењује право које је пре упућивања на привремени рад било меродавно (примењиво). Morgenstern, F, *International Conflicts of Labour Law*, International Labour Office, Geneva, 1984, p. 27-29. У контексту напред наведеног, Предлог о измени Директиве садржи правило да ће се, ако предвиђено или стварно трајање упућивања премашује 24 месеца, држава чланица на чије је државно подручје радник упућен, а не држава порекла, сматрати државом у којој се уобичајено обавља посао.

3(1) Директиве. Првом се променом колективни уговори проглашавају универзално примењивима, у оквиру значења члана 3(8), на упућене раднике у свим секторима привреде, независно од тога наводе ли се делатности у Прилогу Директиви (тренутно се наводе само делатности из грађевинског сектора). Другом изменом се врши корекција тако што се уместо термина "минимална зарада", користи термин "примања од рада". Утврђивање правила о примањима од рада у надлежности је држава чланица у складу са њиховим законима и праксом. Прописи о примањима од рада примењиви на локалне раднике, који произилазе из закона или колективних уговора универзално примењивих у оквиру значења члана 3(8), примењују се и на упућене раднике. Коначно, новим се подставом државама чланицама намеће обавеза објављивања на интернетским страницама наведеним у члану 5 Директиве 2014/67/ЕУ саставних делова зарада примењивих на упућене раднике. Тачком 2(б) додаје се нови став у којем се говори о ланцима подуговарача. Тим се новим прописом државама чланицама омогућује да обавезу предузећа на склапање подуговора само са предузећима која радницима осигуравају одређене услове у вези са примањима од рада примењиве на уговарача, укључујући услове који произилазе из колективних уговора који нису универзално примењиви. То је могуће само на пропорцијалној и недискриминаторској основи те би стога захтевало наметање истих обавеза свим националним подуговарачима. У тачки 2(ц) додаје се нови став у којем се наводе услови примењиви на раднике наведене у члану 1 ставу 3 тачка (ц) Директиве, односно раднике које упуту предузеће за привремено запошљавање основано у држави чланицама која није држава чланица у којој је основано предузеће корисник услуге. Тај нови став одговара члану 3(9) Директиве. У њему се наводи да услови који се примењују на прекогранична предузећа која упућују раднике морају бити једнаки условима који се, у складу са чланом 5 Директиве 2008/104/ЕЗ примењују на националне агенције које упућују раднике. Сада је реч о правној обавези, за разлику од претходног члана 3(9) Директиве.

Закључак

У многим земљама чланицама Европске уније питање упућених радника углавном није привлачило посебну пажњу у јавним расправама. Акцент је, пре свега, био стављан на категорије радника, као што су радници мигранти (уопштено) и привремени радници који се ангажују посредством агенција за привремено запошљавање. Међутим, одређене одлуке Суда правде Европске уније (пре свега оне из квартета "*Laval*"), као и чињеница да радници све више користе различите канале мобилности како би се преселили из једне државе чланице у другу, привукли су пажњу заинтересованих актера на европском нивоу, те је ово

питање дошло на дневни ред у готово свим државама чланицама. Када је 1996. године донета, Директива 96/71/ЕЗ о упућивању радника је имала за циљ да промовише транснационално пружање услуга, стварајући климу поштене конкуренције и обезбеђујући заштиту права упућених радника. Балансирање између ових циљева довело је до стварање тензија које су кулминирале одлуком Суда правде Европске уније у случају *Laval*, у којем је Суд потврдио равнотежу у заштити транснационалног пружања услуга, далеко од забринутости за права (упућених) радника. Двадесет година након усвајања, а у контексту проширене Уније, јасно је да Директива о упућивању запослених не може адекватно да испуни своје циљеве. Недостатак јасноће у дефинисању минималних зарада и одсуство принципа једнаког третмана (који је инхерентан слободном кретању радника миграната, али не и упућеним радницима чији је положај регулисан под окриљем начела слободног пружања услуга), довели су до диференцијације правила о зарадама у државама чланицама. Заправо, одредбе Директиве, како их тумачи Суд правде ЕУ, дају компанијама које пружају услуге на територији друге државе конкурентску предност у односу на локалне компаније у тој држави чланици, што превазилази „фер конкуренцију“. Ово доводи до смањења стандарда рада и представља „трку до дна“. Покушаји измене Директиве о упућивању су до сада били неуспешни. Најновији предлог Комисије је, свакако, корак у правом смеру, иако је ограничен његов потенцијал у погледу правне основе. Различити интереси држава чланица се најновијим предлогом могу помирити, али он неће решити тензије које Директива у њеном садашњем облику заоштрава.

484

На крају, у погледу положаја упућених радника важно је осигурати исправно спровођења постојећих правила, јер је већина проблема везаних са упућивање радника последица неадекватне примене и недостатка контроле у државама чланицама. У том смислу, хитно би требало успоставити заједнички систем надзора на нивоу ЕУ који би се бавио прикупљањем података о броју упућених радника и њиховим условима запошљавања и рада, и то интегрисањем већ доступних извора и попуњавањем празнина. Поред тога, увођење јединствене службене интернетске странице, делотворних механизма улагања приговора, интегралнијих приступа инспекцијама рада, као и стварање простора за заступање и колективно преговарање у држави домаћини су неки од механизма који би значајно допринели ограничавању могућих злоупотреба, те стварању праведнијих услова запошљавања, као и здраве конкуренције.

⁴⁸⁴ Види више: Zahn, R, *op. cit.*, стр. 16.

Marija Dragičević, LL.B.
Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Regulatory and Factual Deficiencies of the Posted Workers' Protection Mechanism in EU Law

***Abstract:** Posting workers abroad for temporary work engagement represents one of the most important types of labour mobility of the population. There are many reasons for that, but the fact that temporary work abroad plays a significant role in the creating of business potential and expansion can be stated as the most important one. In order to express its positive sides, it is necessary to have an adequate legal setting, but also the effective application of legal regulations. For more than 30 years (upon the accession of Spain and Portugal to the Union) there has been an economic-legal war about the standardization of the status of posted workers in the European Union. The problem of the posted workers is seen by each side in their own way – developed countries see it as a “social dumping”, while the others see it as an opportunity for an economic prosperity. Owing to the fact that the transnationalization of the employment relationship creates problems in the domain of the legislation applied to the employment relationship, the Directive 96/71/E3 defines a set of basic conditions of employment that the service provider has to satisfy in a member country where a worker is sent to work, in order to grant minimal protection to the posted workers. However, the lack of adequate mechanisms of control and cooperation among the member countries in the procedure of applying the prescribed rules led to negative practical results. For the sake of better and more even application and practical execution of the Directive 96/71/E3, including the measures for prevention and punishment of the misuse and avoidance of valid regulations, legislative activity of the legislations of the Union has been intensified. The objective of this paper is to analyze the legal framework of the posted workers’ protection in the European Union, but also to point out its factual deficiencies.*

Key words: posted workers, temporary work, service provision

ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА И СЛОБОДИ И ПРАВА ПОМЕЃУ ВРЕДНОСТ И ПОТРЕБА

УДК: 341.231.14-027.31

Review paper

Анстракт: Целта на овој научен труд е да придонесе кон опитата тема на конференцијата. Трудот исто така е наменет да ја покрие оваа тема од две перспективи. Првиот аспект е од гледна точка на правната аксиологија. Овој аспект се занимава со аргументи кои се однесуваат на човековите права и слободи во непосредна врска на концептот на правни вредности. Вториот аспект е поврзан со функционалноста на човековите права и слободи. Овој аспект се занимава со прашањето што е нивната функција. Заклучокот на овој труд е дека човековите права и слободи се истовремено вредносни и функционални за човечкото општество. Иако се цели кон нивната универзалност поради културните, правните и другите социјални разлики тие не може да бидат апсолутно универзални.

Клучни зборови: човекови права и слободи, вредност, правна аксиологија.

Во начинот на разгледувањето на човековите права и слободи може да си дозволиме поширока **правна, социолошка** или пак **филозофска размисла** за нивното настанување, менување, функција и цел во општествени, меѓународни и државни рамки. Оваа интердисциплинарност во пристапите се јавува поради вообичаено различното сфаќање на поимот човекови права и слободи. Поимот “човекови права“ е релативно нов поим, кој е евидентен дури после втората светска војна. Се разбира има напори изворноста на поимот да се бара во античката филозофија, преку изведување на поимот од сличен поим на природните права на човекот, вообичаено преку учењата на стоиците. Меѓутоа главен проблем во овој случај е што античката филозофија се потпира на основи на природното право. Дополнителна аргументација за разликите во сфаќањата е дека во периодот на антиката имаме раширена појава на ропство, кое што во основа ја прави состојбата на луѓето не еднаква и потчинета, па не може да стане збор за еден од суштинските аспекти како што е на пример еднаквоста на човековите права во современа смисла или пак правото на слобода како човеково право.

1. Поимот и местото на човековите и субјективните права во правната теорија

Поимот "човекови права" како одредница во Оксфордскиот речник се одредува како: „*права кои се сметаат за заеднички за сите*“⁴⁸⁵ Енциклопедиското сфаќање за човековите права кое што се среќава во реномираната Енциклопедија Британика е дека: „*Човековите права, правата што им припаѓаат на поединец или група на поединци, едноставно затоа што се човечки суштества или како последица на вродена човечка ранливост, или поради тоа што се неопходни за можноста за праведно општество. Без оглед на нивната теоретска оправданост, човековите права се однесуваат на широк континуум на вредности или способности за кои се смета дека ја зајакнуваат човечката активност или ги штитат човековите интереси и се прогласуваат за универзални по карактер, во извесна смисла еднакво се однесуваат за сите човечки суштества, сегашни и идни.*“⁴⁸⁶ На овој начин јасно се одредува дека човековите права се врзани единствено со човекот како поединец и како човечко суштество. Затоа и произлегува заклучокот дека се работи целосно за **антропоцентрично** сфаќање секогаш кога се во прашање човековите права. Овој вид на објаснување на човековите права ја прифаќа и нивната поврзаност со одредени **интереси и вредности** кои што се клучни концепти при теоретизирање за основата на постоењето на човековите права.

Освен поимното определување, човековите права своето значење и цел вообичаено се одредуваат во неколку важни референтни Конвенции за заштита на човековите права. Овие конвенции произлегуваат од долготрајни стремежи, **преку процес на дијалог и аргументација** да се формираат единствени и универзални концепти за човековите права и слободи. Секако дека највлијателни во оваа смисла се Конвенциите кои што ги определуваат овие права и слободи, а се донесени од Светски организации кои што имаат соодветна репрезентативност и влијание во меѓународните односи како што се: **Обединетите нации; Советот на Европа; Организацијата на Афричко единство**. Една од водечките идеи на обединување на заеднички различните сфаќања на државите членки на овие организации е да се постигне **универзалност на термилолошките сфаќања**, како и **реална еднаквост во нивната примена**.

Во правната теорија, како и во правната филозофија, во врска со субјективното право, сфаќањата за неговата суштина и цел се систематизирани во неколку различни теории. Во секоја од овие теории се користат правно - филозофски аргументи од соодветните претставници,

*Асистент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје

⁴⁸⁵ The Pocket Oxford Dictionary of Current English, Clarendon press, Oxford 1969, p.428

⁴⁸⁶ <https://www.britannica.com/topic/human-rights>

преку кои што се докажува вистинитоста на теоријата. Кај некои теоретичари централниот елемент во објаснувањето се неутуѓивите природни права на субјектите, или пак аргументи кои се изведуваат од волјата на субјектот. Кај други теоретичари, тоа се власта, слободата, или пак интересот на субјектот. Ова особено ја усложнува дебатата во научната јавност, пред се поради се уште недоволно определените поими со кои што се користи правната наука, како што се поимот на власт, слобода, интерес, волја итн. Овие поими своето значење, го развиваат преку примената во еден поширок контекст како што е историскиот, цивилизацискиот човечки и технолошки развој. Историски, теориите за субјективните права своите аргументи, ги изведуваат од начелата на римското право, или пак уште поназад од теоријата за природните права.

На овие две теории за субјективните права, во голем дел се надоврзуваат подоцна и либералните концепции за правото. Според проф. Ташев, постојат пет теории за субјективното право и тоа: „природно правна теорија, теорија за субјективното право како средство на слободната волја, теорија за субјективното право како правно заштитен интерес, теорија на субјективното право како слобода, теорија на субјективното право како правен однос“⁴⁸⁷. Има и автори кои што сметаат дека постојат помал број на теории за субјективното право. Еден од нив е и проф. Душко Врбан, според кого сфаќањата за теориите на субјективното право, може да се сместат во неколку теории како што се: „теоријата на волја, власт и овластување, интересно сфаќање за субјективните права и негирање на субјективните права“⁴⁸⁸. Поради методот на селекција на суштинските теории во однос на тематиката која се разработува во оваа магистерска теза, се решивме како прифатливи да ги прикажеме основните теории за сфаќањето на субјективното право, како што се: **теоријата на волја, теоријата на интерес и мешовитата теорија.**

Кога се пишува за теориите за суштината на субјективното право, треба од аспект на објективноста на научното пишување, да се споменат и оние кои што ги негираат постоењето на субјективните права. Тие во своите теоретски системи се трудат да го негираат постоењето на субјективното право. Пред се, тие се залагаат за негирање на претходно споменатите теории, аргументирајќи дека субјективните права воопшто и не постојат. Нивните појдовни позиции се тоа што субјективните права, се права кои што не зависат од субјектите, туку од објективното право, кое што преку институциите или органите им ги делегираат овие права на субјектите на правото. Аргументите за негирање на субјективните права, се пред се од позитивно правен карактер. Ова од друга страна значи дека

⁴⁸⁷ Ташев Росен, *Обща теорија на правото*, Софија 2010 г. Стр. 292

⁴⁸⁸ Врбан Душко, *Држава и право*, Голден Маркетинг, Загреб 2003, стр. 312

со овие негации истовремено тие ги негираат воопшто и природните права, како соодветни предвесници на субјективните права.

Терминолошките проблеми за кои што претходно стана збор, дополнително носат недоумица во формирањето на овие различни теории. Дополнително што поимите **објективно** и **субјективно право**, даваат и противречност на изворноста на поимот право. Од една страна стојат сфаќањата за целокупноста на правото во објективизацијата на неговото постоење. Од друга страна, се ставовите за постоење на можноста субјектот на кој што се однесува соодветен правен однос, да располага со своите права следствено на неговите интереси, моќ, волја. Основната дилема во овој дел е дали субјектите можат да ги користат своите права, доколку не постојат објективните права. Сепак ова не смее да води до другиот екстрем, кој што пак целосно ги негира постоењето на субјективните права. Субјектите на правото имаат одредени овластувања, со кои што може да располагаат во согласност со објективното право.

Теориите за субјективните права се од голема важност поради концептите кои што се создадени во одредени правни гранки, како што е на пример граѓанското право, кое што во најголема мерка се потпира на постоењето на концептот на субјективните права. Исто така еден голем дел од граѓанското процесно право, особено во постапките каде што преку тужбата, субјектите на правото располагаат со своите побарувања или го остваруваат своето право, би била непостоечка доколку не се заснова на теориите за субјективното право како интерес и како волја.

Во однос на практикувањето на правото, односно на субјективните права во оваа смисла, едно од прашањето кое што зависи од различните сфаќања за теориите за субјективното право е и злоупотребата на правото. Правото сфатено во објективна смисла, може да биде злоупотребено само доколку го имаме како постоечко субјективното право, односно користењето на своето право на субјектот на правото.

Влијанието на правната наука во однос на човековите права преку соодветно вредносно и универзално поставување на некои начела се огледа и во создавање на одредби кои што се однесуваат на пример на презумпцијата на невиноста. Имено во еден од највлијателните акти за човекови права како што е **Универзалната декларација за човековите права се определува дека:** „*Секој обвинет за кривично дело има право да се претпоставува дека е невин се додека не се докаже неговата вина во согласност со закон и на јавно судење, на кое тој ги има сите гаранции неопходни за неговата одбрана*“⁴⁸⁹ Се разбира дека врз основа на ова начело се создаваат претпоставки за почитување на достоинството,

⁴⁸⁹ УНИВЕРЗАЛНА ДЕКЛАРАЦИЈА ЗА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА, Усвоена и објавена во Резолуцијата 217 А(III), од 10 декември 1948 година, на Генералното собрание, Член 11, став 1

невиноста, како и остварувањето на објективноста од страната на судот, без притоа да се прејудиира било какво решение или пак да се врши притисок со цел за донесување на посакувана пресуда.

2. Човековите права и конвенциите за човекови права и слободи

Освен теоретското поимање на човековите права, пред се на индивидуалните права, се работи за права кои што се уредени со конвенции на меѓународно ниво. Со некои од Конвенциите **се определува значењето на човековите права**, нивната примена или пак се **формираат соодветни комитети** кои што се одговорни за следење на примена на човековите права од соодветна област.

Една од највлијателните меѓународни акти е секако: Универзалната декларација за човековите права Усвоена и објавена во Резолуцијата 217 А(III), од 10 декември 1948 година, на Генералното собрание на Обединетите нации. Како меѓународна организација со најголем број на членки, па со самото тоа со респектабилна репрезентативност, таа претставува основа за останатите текови во заштитата на човековите права во Светот. Уште во преамбулата евидентно е повикувањето на неотуѓивите природни права : **„Бидејќи признавањето на вроденото достоинство, и на еднаквите и неотуѓиви права на сите членови на човештвото се темелите на слободата, правдата и мирот во светот;“**,⁴⁹⁰ декларацијата се стреми кон втемелување на клучните вредности како што се слободата, правдата и мирот.

Таков случај на формирање на нов комитет за следење на статусот на правата на лицата лишени од слобода се воведува преку: **“Европска конвенција за заштита од тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување“**⁴⁹¹, која е ратификувана од 47 држави.

Оваа Конвенција само ја доработува потребата од формирање на комитет кој јасно се поврзува со постоење на заштита на човеково право од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи: **„Потсетувајќи дека според членот 3 од таа Конвенција, "никој не може да биде изложен на тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување"; Констатирајќи дека лицата кои се сметаат за жртви на повредите на членот 3 можат да се повикаат на механизмот наведен во таа Конвенција; Уверени дека заштитата**

⁴⁹⁰ Преамбула, УНИВЕРЗАЛНА ДЕКЛАРАЦИЈА ЗА ЧОВЕКОВИТЕ ПРАВА, Усвоена и објавена во Резолуцијата 217 А(III), од 10 декември 1948 година, на Генералното собрание

⁴⁹¹ Strasbourg, 26/11/1987 - Treaty open for signature by the member States and for accession by non-member States,

*на лицата лишени од слобода од тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување би можела да биде засилена со несудски средства од превентивен карактер, преку посети на затворениците,*⁴⁹² Вредноста на оваа Конвенција и работата на Комитетот е пред се во фактот дека на затворениците им е ставено на располагање тело кое што е вон судскиот систем, односно вон системот на изрекување на санкциите. Ваквата позиција на Комитетот би требало да овозможи објективност и универзалност во увидот на третманот на затворениците.

Треба да се има во предвид дека Советот на Европа, може да покани и друга држава членка која што не е членка да ја потпише оваа Конвенција. Пред се овој став се должи на фактот што Советот на Европа е една од најстарите институции кои што ги промовираат и соработуваат на полето на вредностите на територија на Европа, обединувајќи ги и државите кои што не се членки на Европската Унија⁴⁹³. Имено уште во првиот став е наведено дека: *„Се формира Европски комитет за заштита од тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување (во натамошниот текст: "Комитет"). Преку посети, Комитетот врши увид во постапувањето со лицата лишени од слобода со цел, доколку е потребно, да ја засили нивната заштита од тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување.*⁴⁹⁴ Овде јасно се гледа главната цел на постоењето на комитетот пред се поради заштита на вредноста како што е човековото достоинство, кое што го имаат и лицата кои што се лишени од слобода, од активности на тортура или нечовечко или понижувачко постапување. Со оглед на тоа што деталниот делокруг на Комитетот е предвиден да врши увид, се овозможува да се добие слика за третманот на овие лица, па доколку е потребно да се реагира во загрозувањето на нивните основни човекови права.

Со оглед на над националната структура на Советот на Европа и неговото правно и политичко влијание, преку оваа конвенција јасно се наведува дека таа во ниту еден случај на е насочена да противречи со одредби од националното внатрешно право на државите потписнички. Овој стремеж се огледа во одредбата дека: *„Со оваа Конвенција не се повредуваат одредбите од внатрешното право или меѓународните спогодби со кои се обезбедува поголема заштита на лицата лишени од*

⁴⁹² Извадок од Преамбула на “Европска конвенција за заштита од тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување“

⁴⁹³ Република Македонија ја има потпишано “Европска конвенција за заштита од тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување“ на 14.06.1996 година, ја има ратификувано на 06.06.1997, а стапува во сила од 01.10.1997

⁴⁹⁴ “Европска конвенција за заштита од тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување“, Член 1

слобода.⁴⁹⁵ Јасно изразувајќи ја намерата и посветеноста на заштитата на човековите права кои што се однесуваат на оваа група луѓе, денес потпишувањето и ратификувањето на оваа Конвенција значи ниво на вредносен и цивилизациски дострел во полето на човековите права воопшто.

Според **“Конвенцијата за заштита на човековите права и слободи”**, во првичната верзија од конвенцијата без додатоците се уредени следниве права и слободи: *Право на живот, Забрана на мачење, Забрана на ropство и принудна работа, Право на слобода и безбедност, Право на правична судска постапка, Нема казна без закон, Право на почитување на приватниот и семејниот живот, Слобода на мислење, совест и вера, Слобода на изразување, Слобода на собирање и здружување, Право на брак, Право на реална жалба, Забрана на дискриминација*⁴⁹⁶.

Динамиката на човековиот живот доведе до донесување на неколку протоколи кои што ги дополнија спектарот на човекови и права на човекот. Во текот на историјата на постоењето на **Конвенција за заштита на човековите права и основните слободи** донесена во Рим, 4 ноември 1950 година од своето донесување до денес содржи **13 Протоколи кон Конвенцијата**. Со **Протокол кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи** донесен во Париз, од 20 март 1952 година се вбројуваат следниве права: **Заштита на сопственоста, Право на образование, Право на слободни избори**.

Сеуште постои дилемата дали кога зборуваме за човековите права и слободи имаме во предвид права во позитивно правна смисла, во природно правна смисла или пак во аксиолошка смисла. Од друга страна пак од аспект на теоријата **на правото** и **правната филозофија**, може да ги третираме човековите права како дел од нормативната стварност, соодветно и како права кои се во тесна поврзаност со правните вредности. Човековите права понатаму може да се разгледуваат од аспект на нивната **универзалност, корисност** или пак **морална оправданост**. Универзалноста на човековите права произлегува преку меѓународните конвенции за човековите права, ратификувани од земји членки кои што се залагаат на својата територија да ги заштитат човековите права и слободи предмет на соодветна конвенција на ист начин. Но, овој концепт на универзалност на човековите права, не може да биде разгледувам изолирано од разликите кои што постојат во различните обичаи и култура. Истовремено тоа се основните предизвици пред кои што се исправени **идејата за универзалност на човековите права како и концептот за**

⁴⁹⁵ “Европска конвенција за заштита од тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување“, Член 17

⁴⁹⁶ www.echr.coe.int, **Конвенција за заштита на човековите права и основните слободи**, Рим, 4 ноември 1950 година, www.echr.coe.int

изедначување со минимум стандарди на почитувањето на човековите права во Светот.

Една од клучните карактеристики освен концептот на универзалноста на човековите права е нивната **плуралност**. Имено, секогаш кога се зборува за човековите права, не можеме да издвоиме едно човеково право, поради тоа што постои меѓусебна поврзаност на различните човекови права.

Имајќи ги во предвид правните вредности и човековите права и слободи се утврдува взаемната врска која што постои помеѓу нив. Оваа врска е независна од вообичаените општествени разлики во однос на културата или пак обичаите на соодветните општества. Во оваа смисла сосема коректно е тврдењето дека: *„Аксиологијата го обезбедува приклучокот на правото кон општиот вредносен систем и хиерархија на на вредностите во општеството: морални, културини, религиозни итн.“*⁴⁹⁷ Дотолку повеќе што вредносниот систем е нужен особено кога се работи за меѓународна соработка, поради универзалноста на вредностите, но различноста на правните поредоци, култури и општествени обичаи.

3. Заклучни согледувања

Човековите права и слободи се предмет на разгледување на различни науки, кои што се трудат интердисциплинарно да пристапат кон изучувањето на поимот и суштината на појавата. Во рамките на Светските организации се донесени бројни Декларации и конвенции, кои во крајна смисла имаат уредување на човековите слободи и права на меѓународно ниво.

Поимањето на човековите права и слободи е процес кој што е евидентен поради случувањето особено за време на Втората Светска војна, па затоа и целта е да се нормираат универзални човекови слободи и права. Коренот на поимањето на човековите права во правната теорија и филозофија се бара во рамки на античките хеленски и Римски сфаќања за природните права, кои што се различни од нормативните или пак аксиолошките сфаќања за правото.

Динамиката на развојот на сферата на човековите права и слободи се менува, па затоа постојат и протоколи со кои што се доуредуваат односите или пак се воведуваат останати права и слободи со цел да се крене нивото на свесност, да се формираат нови механизми за нивна заштита.

Сепак фактот што постојат држави кои што не ги почитуваат одредбите од донесените меѓународни декларации или пак конвенции,

⁴⁹⁷ Камбовски, Владо, “Филозофија на правото“, Македонска Академија на науките и уметностите, Скопје, 2010, стр. 229

доведува до заклучок дека сепак разликите во културните, вредносните и општествените вредности не можат да бидат во целост универзално сфатени и имплементирани и покрај најдобрата намера да се вреднува човековата слобода и право во рамките на правните вредности.

Сеуште е доминантно сфаќањето дека човековите права и слободи се наоѓаат помеѓу вредноста и потребата од нивно имплементирање како на нормативно ниво така и на функционално ниво преку соодветни акти на промоција и мерки за примена.

Ilija Manasiev, LLM

Human rights and liberties between value and necessity

***Abstract:** The aim of this scientific paper is to contribute towards the general topic of the conference. It is also intended that the paper covers the topic from two perspectives. The first perspective is from the stand point of legal axiology. This aspect deals with arguments that relate the human rights and liberties closely to the concept of legal values. The second aspect is related to the functionality of the human rights and liberties. This aspect deals with the question what is their function. The conclusion of the paper is that human rights and liberties are both valuable and functional for the human society. Although it is aimed towards their universality due to cultural, legal and other social differences can not be absolutely universal.*

**ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ И НЕДОСЛЕДНОСТИ ВО
УПРАВУВАЊЕТО И ЗАШТИТАТА НА ЖИВОТНАТА
СРЕДИНА СО ПОСЕБЕН ОСВРТ НА СЕКТОРОТ ВОДИ ВО
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА**

УДК: 503.51:503.17]:34-021.475.4 (497.7)

Review paper

***Апстракт:** Квалитетот на животната средина е глобален проблем кој забрзано ги засегнува земјите и регионите кои заостануваат во стопанскиот развој. Степенот на антропопресија врз основните компоненти на животната средина на територијата на Република Македонија, несомнено, го следи светскиот тренд. Популациско-демографската експанзија, техничко-технолошкиот развој и зголемените енергетски потреби неминовно преку разни деградациски процеси оставаат траги врз квалитетот на животната средина. Како реакција се понагласено се наметнува императивот за итно справување со несаканите процеси и појави во животната средина. Тоа од своја страна наметнува комплексен мултидисциплинарен пристап на субјектите кои вржат мониторинг и истражување во корелација со правниот систем за коренита, систематска и сеопфатна заштита и унапредување на животната средина на сите нивоа.*

***Клучни зборови:** животна средина, загадување, гранични вредности, контаминација...*

ВОВЕД

Под животна средина се подразбира целокупен систем на меѓусебно поврзани природни и антропогени објекти, појави и процеси во кои се одвива животот, работата и рекреацијата на хуманата популација (Љешевиќ, 2002). Животната средина ги вклучува природните, социјалните и создадените физички, хемиски и биолошки чинители кои директно или посредно делуваат на животот на човекот и останатите живи битија. Проценката на квалитетот на животната средина во Република Македонија, односно нејзините витални компоненти (воздух, води, почви, жив свет), заштитата и унапредувањето се предвидени со законски акти кои воглавно датираат од 1992 година, со подоцнежни сукцесивни измени

и дополнувања. Иако, подоцна, дополнувани и изменувани, се чини дека недоволно ги покриваат сите сфери од менаџирањето на животната средина. Главните цели на трудот се однесуваат на изнаоѓање и укажување на правното отсуство, недореченост и непокриеност во некои од комплексните сфери на управувањето со животната средина, како што се: мониторингот, проценка на степенот на загадувањето (деградација), како и санкционирањето. Како основа за дискусија и компарација се земани искуства од домашни и странски третирања на проблеми поврзани со животната средина

ДИСКУСИЈА

Бројни природни и антропогени фактори перманентно вршат морфолошка, но и квалитативна промена на животната средина кои во зависност од степенот на деградација можат да се движат од: блага аномалија, преку критично нарушена состојба, до тотална ентропија во системот. Интензивниот притисок кој го вршат антропогените фактори (енергетика, индустрија, сообраќај, туризам итн.) најчесто го надминува капацитетот на автопурификација и ревитализација на природните компоненти на животната средина чија заштита, унапредување и управување се префрла во рацете на човекот како нејзин кормилар и корисник и тоа со висока морална и правна одговорност (Павлов, 2011). Неопходниот интегрален пристап во проучувањето на физичко-хемиските и биолошките особености на животната средина се повеќе наложува поширока експертиза во која освен природните и техничките, мултилатерално, ќе се наметнат и правните науки особено во сферата на заштитата и амортизирањето на последиците од акцидентното и инцидентното антропогено делување врз некоја од виталните компоненти. Од инклузивноста на правото во мултидисциплинарниот приод на опсервирање и третирање на проблемите во животната средина, во голема мера зависи нејзиното правилно управување и заштитување. Степенот на инклузивност, влијателност и ефикасност на правниот систем во менаџирање на животната средина во Република Македонија се чини дека постојано се зголемува, иако се уште се присутни парцијални недоследности и недоречености по одделни сектори.

1. Заштита на водите

Проценката на квалитетот на водите во Република Македонија се базира на релевантни податоци од надлежни институции кои вршат перманентен мониторинг и сопствени анализи на површински, подземни

води и вода што се користи за водоснабдување на населението и стопанството. Оперативните податоци се одликуваат со висок степен на референтност кој се должи на строгата кореспонденција со пропишана законска регулатива како што се: Уредба за класификација на водите - Службен весник на Р. Македонија бр. 18/99; Уредба за категоризација на водотеците, езерата, акумулациите и подземните води - Службен весник на Р. Македонија бр. 18/99; Законот за водите- Службен весник на Р. Македонија бр. 4/98 и законот за водите од 2008 година, изменет и дополнет во 2015 година (Службен весник на РМ, бр. 146); Законот за заштита и унапредување на животната средина и природата- Службен весник на Р. Македонија бр. 13/2003; Законот за вршење на хидрометеоролошки работи - Службен весник на Р. Македонија бр. 19/92. Содржински тие генерално кореспондираат со европското законодавство како што е на пример директивата 2000/60/ЕС на Европскиот парламент и Советот на Европа чија што основна цел е да се етаблира рамка за заштита на подземните, копнените, површинските, преодните и крајбрежните води. Заштитата од загадување и унапредувањето на квалитетот на водите во републиката има потреба од комплексен зафат кој под параванот на правниот систем ќе се врши преку соодветен мониторинг до донесување на превентивни и супресивни мерки чија имплементација може длабоко да навлезе и во други општествени ресурси, помалку или повеќе блиски до водостопанските проблеми. Како појдовно, теренската научно-истражувачка пракса на територија на Р. Македонија покажува дека мониторинг-мрежата за испитување на квалитетот на површинските и подземните води е слабо разгранета или воопшто незастапена (Павлов, 2013). Мониторингот е воглавно институционализиран и законски обврзан преку годишна програма која ја изведуваат: УХМР- Скопје и Заводот за јавно здравје на Република Македонија. Најдобро се покриени водотеците преку 18 станици на поголемите реки за перманентно следење на квалитетот на водата. Помалите водотеци, како и повеќето вештачки акумулации не се опфатени со редовен мониторинг иако на локално ниво некои веќе се предвидени, освен за наводнување, дури и за водоснабдување на градско и селско население со вода за пиење. Идентификацијата на загадувањето и тенденцијата на промена на квалитетот на водите се врши врз основа на пропишани критериуми и параметри кои можат да се групираат во три групи и тоа: физички и органолептички особини; хемиски параметри и биолошки параметри. Бројот на испитувани загадувачки материи е сосема на задоволително ниво со пропишани гранични вредности за класа на квалитет (I-V). Меѓутоа домашните и странските практични искуства покажуваат дека е потребно ревидирање на граничните вредности кај некои критериуми за квалитет на водата, односно загадувачка материја. Така на пример кај некои тешки метали во водите за кои постојат стриктни гранични концентрациски вредности не е земена превид тврдината на водата од која

во голема мера зависи токсичноста на испитуваната материја. Во тој контекст, максимално дозволената концентрација (МДК) за прва класа по квалитет на цинкот во површинските води во Р. Македонија изнесува 100 $\mu\text{g/l}$ (микрограми на литар) не сметајќи го притоа степенот на тврдина на водата. Во Р. Србија, на пример, за истата класа на квалитет се пропишани гранични вредности за цинкот од 30 до 500 $\mu\text{g/l}$ во зависност од тврдината на водата. И сето тоа во функција на докажаниот факт дека високата тврдина го анулира штетното дејство на катјоните на тешките метали, односно помага во нивното комплексирање и таложување врз седиментот (Pavlov et al., 2012). Посебно е проблематична и дискутабилна МДК за прва класа по квалитет на кадмиумот како тежок метал. Во македонскиот правилник за класификација тој изнесува само 0,1 $\mu\text{g/l}$. Компарирано со граничните вредности во некои други земји (САД, Ирска, Србија) каде што се дозволени МДК за овој полутант до 5 $\mu\text{g/l}$, се чини дека нашата регулатива е престога. Тоа меѓутоа доведува до незавидна ситуација што повеќето релативно чисти и незагадени, дури и планински, водотеци во Р. Македонија да реферираат квалитет на водата по основ на кадмиумот како полутант од класа III-IV, а нивните просечни концентрации се движат од 0,2 до 4,9 $\mu\text{g/l}$ (Vojkovska et al., 2016). Раководејќи се според нашата регулатива тоа е ниска класа на квалитет, а сосема би била коректна доколку се допушти граничната вредност како во цитираните земји до 5 $\mu\text{g/l}$. Тоа особено е фрустрирачки момент што Р. Македонија е потписник на конвенција за заштита на меѓународни водотеци според кој е обврзана да внимава на водите кои ја напуштаат државната територија (Вардар, Струмица). Во крајна линија тоа рефлектира груба и необјективна слика за состојбата на водотеците ширум земјата чинејќи да едноставно незагадена вода со кадмиум, не постои, без разлика што неговата концентрација може да биде сосема од природно потекло и без антропогено влијание. Исто така во контекст на горното, правилникот на категоризација на водотеците би можел да допушта повисоки концентрации на некои загадувачки материји во рамничарските региони на поголемите реки кои се реципиенти на урбани води, за разлика од планинските водотеци кои не изнесуваат комунални отпадни води, како што предвидува правилникот во Р. Србија. Во однос на превентивните и супресивните мерки за заштита на водите од загадување пожелно е да добијат правосилност следниве мерки кои правно можат да навлезат или да се поклопат со други сфери од правото:

1.1. Конечна изградба на прочистителни станици, по светски стандарди, за прифаќање на градските отпадни води и прочистителни станици за прифаќање на отпадните води во постојаните и викенд населбите покрај вештачките акумулации каде се евидентирани знаци на фекално загадување;

1.2. Изградба на колекторски системи за одлагање и третман на отпадните води од индустриските капацитети по однапред утврдени стандарди;

- 1.3. Изградба на колекторски системи за одлагање и третман на отпадните води од сточарските фарми по однапред утврдени стандарди;
- 1.4. Да се продолжи со изградбата на селски канализациски системи за да се запре загадувањето на подземните води;
- 1.5. Да се обезбеди соодветен третман (дезинфекција) на водата за пиење кај локалните системи за водоснабдување на селските населби;
- 1.6. Да се преземе иницијатива за одгледување на растенија кои ги акумулираат токсичните материи од почвата и водата во долините на поголемите реки и нивните притоки;
- 1.7. Да се преземе мерка за амортизирање на последиците од одлагањето на згурата од топилниците и рудниците;
- 1.8. Да се минимизира употребата на вештачки ѓубрива и пестициди;
- 1.9. Да се намали употребата на ризичните ѓубрива со форсирање на природните типови;
- 1.10. Да се пропишат места за откуп на земјоделски производи и места за депонирање на земјоделскиот отпад;
- 1.11. Да се преземе мерка за утврдување и контрола на селските депонии кои најчесто се позиционирани покрај реките;
- 1.12. Да се спречи појава на диви депонии со одложување на смет, трупови од домашни животни и земјоделски отпад;
- 1.13. Да се спроведува и законски наметне селективно собирање на отпадот;
- 1.14. Да се обезбеди простор за одлагање и опрема за уништување на медицинскиот отпад;
- 1.15. Да се отворат погони за рециклажа на отпадоците од индустријата;
- 1.16. Да се започне со изградба на локални колектори и прочистителни станици (еден на секои 2000 жители);
- 1.17. Да се донесе акт за ограничено користење на водата од малите водотеци за подготовка на препарати за прскање против болести и штетници кај културните растенија;
- 1.18. Изградба на заштитни зони околу бунарите и изворите за водоснабдување кај селските населби;

2. Заштита на воздухот

Квалитетот и заштитата на воздухот во Р. Македонија е законски регулиран актуелниот закон за квалитетот на амбиентниот воздух (Сл. Весник бр. 100/2012). Постојните законски одредби, со извесни недостатоци, го покриваат мониторингот, испитувањето на квалитетот и санкционирањето на правните и другите субјекти како прекршители. Од годишните извештаи на МЖСПП за квалитетот на амбиентниот воздух може да се воочат појдовните недостатоци во управувањето, заштитата и унапредувањето на воздухот како витална компонента на животната

средина. Имено, годишната програма за следење на квалитетот на воздухот во земјата предвидува само 17 мерни места кои се однесуваат на 7 показатели. Вкупно пет од постојните станици се однесуваат како мерни места кои го проценуваат сообраќајот како извор на загадување на воздухот. Тоа од своја страна се чини дека е недоволно за да го рефлектира деградирачкиот степен на овој моќен антропоген фактор врз квалитетот на воздухот имајќи го предвид неговиот постојан развој, како по бројот на корисници, возен парк и инфраструктура. Во тој контекст недоволно е јасен членот 14 кој се однесува на издувните гасови од подвижните извори на загадување за кој во прекршителните санкции не постојат изречени глоби. Односно, изостанува категоризација на подвижните извори на загадување како и максимално дозволените количини на одредена загадувачка материја која може да се емитира во воздухот, ако и санкциите против пробивањето на лимитот. Исто така широк простор за толкување и манипулација остава и членот 16 кој се однесува на контролата на опасните материи во горивата околу која не се пропишани соодветни акти за спроведување. Членот 40 кој се однесува на мерните станици за проверка на емисијата од подвижни извори не кореспондира со членовите 14 и 16. Ниту членот 58 околу техничките прегледи на возилата е доволно јасен и прецизен. Истиот експлицитно не налага кој, кога и како да го изведува прегледот и емисијата на загадувачки материи од подвижните извори и како пречекорувањето на концентрациите да биде ставено во постапка за санкционирање. Посебен анахронизам претставува и изедначувањето на сите корисници на возила со внатрешно согорување пред даночното оптоварување како при купување на возилото така и при редовните годишни еколошки такси. Така законот ги доведува во неповолна состојба корисниците на возила со стандард на моторите "еко-5" и "еко-6" со минимална емисија на загадувачки материи, посебно на ПМ 10 честичките, пред корисниците на мотори од постари генерации кои се оптоварени со истите давачки кон државата. Парадоксот оди кон апсурд што првспоменатите самостојно се изложени, без дотација од државата, на дополнителни давачки за одржување на релативно скапите системи за спречување на емисија на штетни материи од издувните гасови за разлика од оние кои тоа неконтролирано и несанкционирано го чинат. Во поглед на санкционирањето на прекршителите на законските прописи исто така е присутна видлива диспропорција помеѓу правните лица кои вршат неправилен мониторинг за што следуваат многу повисоки парични глоби отколку правните и физичките лица кои вршат директно загадување на амбиентниот воздух за кои следуваат драстично пониски глоби. Помеѓу итните и неодојни мерки кои можат да се предложат за подобрување на законот за заштита на воздухот во Р. Македонија се:

- 2.1. Зголемување на бројот на мерни станици за следење на квалитетот на воздухот во урбаните населби и руралните населби кои се наоѓаат во непосредна близина на индустриски објект;
- 2.2. Изработка на единствен катастар на индустриски загадувачи со видот и количината на емитирани загадувачки материи во воздухот;
- 2.3. Интервенирање во просторното планирање преку строги одредби за почитување на европскиот минимум на зелена површина по жител во урбаните средини;
- 2.4. Воведување строги мерки и задолжителен редовен мониторинг на возилата како подвижни извори на загадување;
- 2.5. Да се интервенира во обезбедување буџетски средства за стимулација на импорт и субвенционирање на возила со ниско ниво на емисија или хибриден погон;
- 2.6. Да се преземе иницијатива за даночно олеснување при купување и регистрација на возила со дизел мотор каде се вградени филтри (ФАП, ДППФ) за задржување на согорените тврди честичици;
- 2.7. Да се отпочне со изгласување на строги зони во поголемите градски населби со ограничен пристап за возила, освен за оние со највисок екостандард;
- 2.8. Закон за дотација на физички и правни лица кои вршат сопствен или јавен превоз при замена на стари автомобили, автобуси и мопеди со дизел или двотактен мотор со некои од еколошки оправданите погони;
- 2.9. Изготвување на посебни дозволи на локално ниво за користење на фосилни горива во домаќинствата и индустриските објекти;

3. Заштита од бучава

Бучавата претставува штетен природен или антропоген агенс кој сериозно го нарушува квалитетот на животната средина без оглед на состојбата на амбиентниот воздух. Докажаните штетни дејства по човековото психофизичко здравје како што е: слабење на слухот, болка во увото, хормонално пореметување, срцева аритмија, општ стрес и друго, наметнува потреба од негов мониторинг, контрола и мерки за намалување. Оперативните активности за контрола и заштита од бучавата во Р. Македонија е регулиран со правилник за гранични вредности на нивото на бучава (Сл. весник бр. 147/2008). Основен стратешки недостаток на национално ниво за заштита од бучавата како штетен агенс во животната средина е неговиот мониторинг. Следењето на бучавата во урбаните центри со густ сообраќај воопшто не е воспоставена со задоволителна мрежа од мерни пунктови и покрај тоа што постојните покажуваат надминување на максимално дозволените нивоа во одредени периоди од денот во некои градови. Исто така законот ја превидува контролата на постарите возила како еден од најчестите генератори на вознемирувачки

звуци во градските и крајпатните средини. Помеѓу итните и неодојжни мерки кои можат да се предложат за подобрување на законот за заштита од бучава во Р. Македонија се:

3.1 Во изработката на просторните и урбанистичките планови, задолжително треба да содржат и заштитни мерки од бучава;

3.2. Одобренијата за градба во урбани средини, задолжително да ги исполнат посебните услови и мерки во врска со стандардите за заштита од бучава;

3.3. Да се зачуваат мирните зони во агломерациите со контрола на сообраќајот и густината на населеност;

3.4. Итно да се воспостави мониторинг-мрежа на бучавата со систематизирано мерење, следење и контрола на состојбите на бучавата;

3.5.. Законски да се иницира и воспостави информативен систем за состојбата на бучавата во животната средина во Република Македонија;

3.6. Донесување на законски прописи и стандарди за минимум зелена површина со високостеблести растенија во станбените квартави како мерка за подобрување на квалитетот на воздухот и намалување на бучавата која би се ограничувала на максимални 45 децибелни;

3.7. Редовна акустична контрола и казни мерки за прекршителите на граничните вредности кај подвижни извори на бучава во сообраќајот.

4. Заштита на почвите

Почва претставува тродимензионално динамично природно тело. Тоа е фин, обработлив и растресит слој на површината на Земјата модифициран преку интеракција на повеќе педогенетските фактори и процеси. Основна вредност на почвата е капацитетот за извршување на еколошки, економски, социјални и културни функции. Заштитата на почвите во Република Македонија се регулира со неколку закони: Законот за животната средина, Законот за заштита на природата, Законот за земјоделско земјиште (Сл. весник бр. 135/07), Законот за шумите. Исто така почвите се третирали и во законот за просторно планирање (Сл. весник бр. 52/05). Еден од главните недостатоци за управување со почвите како полифункционален медиум на животната средина кој е под перманентно повеќекратно природно и антропогено деградирање, претставува еден сеопфатен закон за управување, мониторинг, заштита од деградација и санација на почвите, отколку нивната парцијална покриеност во рамките на законската регулатива во други сектори. Почвите остануваат најслабо мониторирана компонента на животната средина иако деградирачките фактори се мошне комплексни и тоа: седиментирање на тврд комунален, отпад, ерозија, салинизација со вештачки ѓубрива, таложење на тешки метали итн. Еден од примарните чекори кон заштитата на почвите е редовна контрола на нивниот квалитет. Во таа насока, освен недоволниот мониторинг во Р. Македонија не е

донесен ниту правилник со гранични вредности за некои загадувачки материи во почвите, како на пример тешките метали, кој ќе биде појдовен момент за идентификација на квалитетот и понатамошна заштита. Најчесто употребувани гранични вредности во парцијалните испитувања на контаминираноста на некои почви со тешки метали е според холандските стандарди (Pavlov et al, 2012).

ЗАКЛУЧОК

Заштитата на животната средина претставува интегрален општествен процес кој обединува мноштво ресурси и активности од природонаучна, општествена и правна профилираност во функција на правилна дијагностика и правовремена превенција на проблемите и санација на настанатите последици. Мониторингот, заштитата и унапредувањето на виталните компоненти на животната средина во Р. Македонија е тесно поврзан со правниот систем кој предвидува соодветни акти за следење, спречување на деградација и санкционирање на физички и правни лица кои вршат дејности со кои се врши нарушување на квалитетот на животната средина. Општ е впечатокот дека правно не е доволно покриен потребниот менаџмент со поедините сектори од животната средина во Р. Македонија. Некои од од секторите како: почвите и бучавата се недоволно опфатени како во доменот на мониторингот, категоризацијата по квалитет, така и во доменот на казнените мерки кои очигледно не се во согласност ниту во тек со утврдената регулатива во некои од развиените земји во светот. Поединечни парцијални недоследности кои би можеле да се искорегираат со некои законски измени и дополнувања се препорачуваат во доменот на секторот вода, посебно во правилникот за категоризација, како и некои корекции во делот на мониторингот и казнените одредби од законот за амбиенталниот воздух.

Kole Pavlov, PhD

Abstract: The quality of the environment is a global problem that is rapidly affecting countries and regions lagging behind in the economic development. The scale of human pressure on the basic components of the environment on the territory of the Republic of Macedonia, undoubtedly, follows the global trend. Population-demographic expansion, technical-technological development and increased energy demand, through the various degradation processes, inevitably cast influence on the quality of the environment. As the reaction, the imperative for further reconciliation with unexpected processes and occurrences in the environment is imposed. This, on its part, imposes a complex multidisciplinary approach to the entities that conduct monitoring and research in correlation with the legal system for the radical, systematic and comprehensive protection and improvement of the environment at all levels.

Key words: environment, pollution, limit values, quality criteria, contamination...

Д-р Зоран Киткањ
Д-р Ана Фрицханд

ДИСФУНКЦИОНАЛНОСТ НА СЕМЕЈСТВОТО И РАЗВОДОТ: ЕФЕКТИ ВРЗ РАЗВОЈОТ НА ДЕЦАТА И АДОЛЕСЦЕНТИТЕ

УДК: 347.627.2 (497.7)
Original research paper

Апстракт: Во овој труд се разгледуваат карактеристиките на семејството како примарен агенс на социјализација и прва надворешна реалност за поединецот. Притоа, посебен акцент е ставен на дисфункционалните семејства и на негативните ефекти од живеењето и растењето во вакви семејства. Во исто време, во трудот се разгледува и разводот од аспект на појавностите и последиците, како и неговото влијание врз развојот на децата и адолесцентите. Познато е дека зголемувањето на стапката на разводи е глобален тренд и дека помалку или повеќе ги засега речиси сите општества. Иако разводот е стресен настан за сите членови на семејството, кога се во прашање децата емпиријата и праксата покажуваат дека доколку родителите успеат конструктивно да го изменаат стресот кој го следи разводот, голем број деца не развиваат негативни симптоми од разводот. Дисфункционалноста на семејството, лошите и несоодветни економски услови, присуството на семејно насилство, запоставувањето на децата и незадоволувањето на нивните базични потреби, присуството на психички растројства кај едниот или двата родители, како и многу други ризик фактори го попречуваат, па дури и го оневозможуваат оптималниот развој на децата и адолесцентите. Резултат од ова неретко се (авто)деструктивни однесувања кои можат да доведат до престапничко однесување и имаат сериозни последици по животот и безбедноста на самиот поединец и на останатите луѓе од неговата непосредна и подалечна средина.

Клучни зборови: дисфункционално семејство, развод, развој на деца и адолесценти

Вовед

Семејството е примарен агенс на социјализација и е првата надворешна реалност за поединецот. Тоа може да се разбере како социјална институција чија функција е репродукција на општеството и унапредување на психосоцијалниот развој во текот на животот (Gecas, 1990; Hess, 1995; според Karaga и Cervone, 2003). Стапувањето во брак, пак, е една од трите основни развојни задачи (т.н. кариери) во периодот на рана зрелост. При правењето избор на брачен партнер најчесто се следат неколку критериуми, кои во психологијата се познати како близина, привлечност, слично социјално потекло, постоење слични ставови и вредности, комплементарност и подготвеност за брак. Доколку еден или повеќе критериуми не се исполнети, бракот или нема да се склучи или ако се склучи, може да има нарушена хармонија и функционалност (зависно од тоа на кој или на кои критериуми едниот или двајцата партнери им даваат приоритет). Сепак, денес стапувањето во брак не е единствениот начин да се живее со партнер во долга и трајна врска. Многу млади луѓе не се решаваат да стапат во брак и избираат да живеат во некоја од алтернативните форми, на пример да кохабитираат.

Бракот како институција опстојува низ вековите, но во совремието почнува да се рedefинира, реструктурира и на тој начин да добива ново значење. Ова е посебно карактеристично за индивидуалистичките култури каде во центарот е поединецот и неговата субјективна добросостојба. Ако порано браковите почесто се склучувале како резултат на рационална проценка на повозрасните членови на семејствата на младенците (т.е. бракови по договор), па љубовта доаѓала подоцна, денес за современите општества е карактеристично тоа што, кога се работи за причините за стапување во брак, како прва и најважна се наведува љубовта кон партнерот/партнерката – поточно, денес љубовта најчесто е основен предуслов за стапување во брак, а не негова последица. Па сепак, колку и ова да звучи бајковито, токму љубовта т.е. нејзиното губење или престанок, може да биде и една од главните причини за развод. Трендовите кои ги бележат речиси сите светски статистики укажуваат на тоа дека бројот на разводи е во постојан пораст, што го прави разводот и последиците што тој ги има врз развојот на децата и адолесцентите, важна тема со која се занимаваат повеќе науки - пред сè правните науки и психологијата.

Семејството како примарен агенс на социјализација

Семејството има неколку функции кои ги извршува на тој начин што ги пренесува општествените вредности и норми и го поддржува развојот на идните генерации. Според тоа, постојат две основни, меѓусебно поврзани функции на семејството – социјална контрола и индивидуална промоција. Членовите на семејството разменуваат обврски и ограничувања во личната слобода за поддршката и грижата што ја добиваат од останатите членови. Семејната поддршка, од своја страна, придонесува за постигнувањата и на поединците и на општеството во целина. Овие односи на поддршка се засноваат не само врз емоционални врски, туку и врз вредности и норми кои се пренесуваат од една на друга генерација. Врските меѓу генерациите, особено реципрочните врски на помладите и повозрасните членови на семејството, го разликуваат од другите форми на општествени институции. Секое семејство е единствен систем кој им дава единствено опкружување на своите членови. Поради тоа што семејствата секогаш функционираат во рамки на општествено - културните граници, одредени семејни структури се почести во рамки на дадено општество. Доминантната семејна структура на некое општество неизбежно ги одредува начините на кои тие конкретни семејства го оформуваат развојот на поединецот (Kapraa и Cervone, 2003).

Психолошката литература и емпиријата се согласни дека условите кои постојат во семејството и квалитетот на односите меѓу неговите членови се исклучително важни за оптималниот развој на поединецот. Во таа насока, поединците кои потекнуваат од семејства во кои постои меѓусебна доверба, почитување, љубов и разбирање манифестираат генерално попозитивен став кон другите луѓе, имаат развиено чувство на независност и сигурност во себе, врамнотежени се итн. За разлика од нив, оние кои потекнуваат од семејства во кои конфликтите се секојдневна појава или во кои постои отфрлање и незаинтересиран однос од страна на родителите, манифестираат негативна слика за себе, ниска самодоверба и ниско себепочитување, а неретко и агресивно се однесуваат.

Односот меѓу родителите се издвојува како важен елемент кој влијае врз процесот на социјализација. Усогласените односи придонесуваат за правилен развој на детето, додека неусогласените односи предизвикуваат конфликти и во самото дете, бидејќи последиците од таквиот неусогласен однос тоа ги доживува како загрозување на основите потреби за сигурност и љубов. Ова е еден од ризичните фактори за јавување на асоцијално и антисоцијално однесување. На него се надоврзуваат и дисфункционалноста на семејството, вработеност односно невработеност на родителите, нискиот социоекономски статус на семејството и слично. Важноста и влијанието на семејството врз развојот на поединецот е видливо не само во детството, туку и за време на

адолесценцијата. Ова го покажуваат податоците од многу истражувања (на пр. Шурбановска, 2009).

Во периодот на адолесценција, однесувањето на родителите се преиспитува и критикува, а нивната дотогашна слика на идоли се деидеализира, па дури и обезвреднува. Оттука, кај родителите е присутна загриженост со какви модели децата ќе дојдат во контакт, бидејќи, како што посочува Бандура (Bandura, 1991), не можат постојано да бидат присутни за да го насочуваат нивното однесување. Децата кои се изложени на возрастни и врнички модели кои даваат пример на конфликтни стандарди, усвојуваат различни стандарди на однесување. Во целиот тој процес врсниците можат да извршат силно влијание, на пример, преку прифаќање на одредено прекршочно однесување како морално правилно. Слични влијанија имаат медиумите преку вредностите кои ги пренесуваат и моделираат (Bandura, 1991).

Меѓу сите промени што се случуваат во светот ниту една не е поважна од оние што се случуваат во рамки на семејството (Гиденс, 2002, 2003; Каргара & Џервоне, 2003; Каргара, 2008). Веќе подолго време е присутна глобална револуција во начинот на кој луѓето, особено младите размислуваат за себе и начинот на кој воспоставуваат врски и односи со другите. Гиденс (2002) констатира дека традиционалното семејство во многу држави е одамна само мит и наведува дека идејата за враќање кон него е бесперспективна. Историските промени, првенствено во западните општества се однесуваат на исчезнување на мултигенерациското семејство и јавување на модерно, нуклеарно семејство. Во последно време се зголемува бројот на семејства со еден родител, како и на останатите алтернативни форми на семејство. Големи промени се забележани и во однос на рамнотежата во моќта меѓу мажот и жената во семејството, во зголемување на предизвиците на родителскиот авторитет, во повисоки стапки на развод, во поголем процент на вработеност на мајките итн. (Golombok, & Fivush, 1994; според Каргара и Џервоне, 2003).

Сето ова води кон менување на семејната динамика, што влијае врз социјализацијата и развојот на децата и адолесцентите. Ова од причина што семејството е нивната прва надворешна реалност која ја поставува основата за натамошниот развој во сите аспекти од животот. Дисфункционалноста на семејството, лошите и несоодветни економски услови, присуството на семејно насилство, запоставувањето на децата и незадоволувањето на нивните основни потреби, присуството на психички растројства кај едниот или двата родители, како и многу други фактори го попречуваат, па дури и го оневозможуваат оптималниот развој на поединецот. Резултат од ова најчесто се (авто)деструктивни однесувања кои неретко водат до судири со законот и имаат сериозни последици по животот и безбедноста и на самиот поединец и на останатите луѓе од неговата непосредна и подалечна средина.

Дисфункционалност на семејството

Функционалноста на едно семејство претставува процес на интеграција на системски и развојни гледишта и ги спојува социјалните и развојните контексти. Во последно време, сè повеќе се посветува внимание на чувството на благосостојба и поврзаност меѓу членовите на семејството. Семејството се смета за функционално доколку се вклопува во она што е заедничко и очекувано за обичното семејство во даден контекст. Функционалното семејство има голем број алтернативни решенија и стратегии за решавање на некој проблем и е флексибилно со својот модел на однесување во кризни моменти. Неговите членови можат и умеат да најдат рамнотежа меѓу близината и дистанцата и можат на соодветен начин да ги толерираат или да ги елиминираат меѓусебните несогласувања.

Терминот *дисфункционалност* се однесува на семејните модели со кои не се исполнуваат задолжителните семејни задачи, туку доаѓа до разни симптоми и незадоволства. Функционирањето на едно ниво, може да биде дисфункционално за друго ниво (на пр. одржување на нестабилен брак). Доколку во проценката се вклучи и поширокиот социјален систем, може да се утврди дисфункционалноста во однос на семејството, па затоа понекогаш е потребна интервенција не само во семејството, туку и во поширокиот систем, кој пак може да биде извор на таа дисфункционалност. Дисфункционалноста на семејство се забележува во сите или во повеќе области на функционирање. Тоа е дезорганизирано, дезориентирано, со нарушени односи и семејна функционалност, а основните вредности на системот се нескладни (Милошевска, 2017).

Дисфункционалност во семејството може да настане под влијание на повеќе фактори (на пример, ако едниот или двајцата родители злоупотребуваат алкохол, дрога или други психотропни супстанции под чие дејство можат да настанат различни проблеми во однесувањето, семејни расправи, малтретирања, автоагресија или пак физички напади). Со тоа се искривува сликата за себе и за другите членови во семејството, доаѓа со несоодветно реагирање во ситуација на стрес и реконструкција на односите со најблиските и со поширокото општествено опкружување. Одговорот од детето кое е сведок на ваков несоодветен начин на функционирање, неретко е агресија, асоцијално и криминално однесување.

Под асоцијално однесување се подразбира секоја реакција (психичка или телесна) што отстапува од стандардното и вообичаено однесување со кое се кршат пишани и напишани правила во училишната, семејната и пошироката социјална средина (Киткањ, 2014). Оние деца и адолесценти кои потекнуваат од дисфункционални семејства, обично се емоционално нестабилни, социјално незрели, импулсивни, депресивни, сугестибилни и воспитно запустени. Истите тие се вбројуваат во група на деца во ризик, деца жртви на насилство и воспитно и социјално запустени

деца, кои се наоѓаат во ситуација во која е отежнато или оневозможено остварување на воспитната функција на семејството или децата не се вклучени во системот на воспитание и образование или пак се оддале на питање, скитање или проституција, поради што се или можат да дојдат во судир со законот (Киткањ, 2014).

Семејното насилство е карактеристично за дисфункционалните семејства и за него станува збор при намерно повредување, заплашување или принудување на член или членови во семејството. Тоа може да ги вклучува сите членови на семејството и како сторители и како жртви. За разлика од функционалните, кај дисфункционалните семејства заемното почитување е заменето со насилничко однесување. Проблемите од детството поврзани со изложеност на расправи и конфликти во семејството, спаѓаат во три примарни категории: проблеми во однесувањето, социјални и емоционални проблеми; когнитивни проблеми и проблеми во однесувањето (ниско когнитивно функционирање, насилно однесување, лоша училишна дисциплина); и долготрајни проблеми (депресија, траума). Притоа, колку е помала возраста на детето кое расте во дисфункционално семејство, толку поуништувачко ќе биде влијанието на злоупотребата поради фактот дека изложеноста на насилство може да продолжи низ подолг период пред да биде откриено (Милошевска, 2017).

Најчестата жртва на агресивното однесување на поединецот е неговото семејство. Отпрвин детето е жртва на агесијата на родителот, а подоцна родителот е жртва на агесијата на детето, кое пораснало во возрасен човек. Кога тој млад човек ќе создаде свое семејство во отсуство на позитивен модел на однесување, го продолжува вообичаениот и единствено познат начин на решавање на недоразбирањата, т.е. употребата на сила. Поради тоа, во дисфункционалните семејства расте бројот на лица кои доаѓаат во судир со законот и деца кои покажуваат знаци на престапничко однесување.

Нискиот степен на образование на родителите е, исто така, една од причините за дисфункционалност на семејството. Ваквите родители не можат да ја постигнат рамнотежата на улогите и нивната подготвеност за одржување на трајни односи, како и со умешноста за правилно воспитување и правилен развој на детето. Сите погоренаведени причинители претставуваат ризик фактори за појава на дисфункционалност во семејството (Димитријоска, 2012). Ниту еден ризик фактор сам по себе не е доволен за да може се предвиди дали едно лице е злоупотребувано или дали тоа станало злоупотребувач, но колку е поголем бројот на ризик факторите, толку е поголема и веројатноста за јавување на семејно насилство, а со тоа и на бројот на дисфункционални семејства.

Разводот разгледуван од психолошка перспектива

Разводот на родителите, економските услови во семејството, невработеноста на родителите, образовното ниво на родителите, професијата, станбените услови за живеење, интеракцијата на членовите во семејството можат да доведат до дисбаланс на силите во едно функционално семејство. Ако во семејството владее дисхармоничен однос помеѓу родителите, тоа многу силно влијае врз детето. Неслогата, повредувањето, омразата, честите караници имаат негативно влијание врз развојот на детето, што потоа доведува до деструктивно и агресивно однесување во училиште и во пошироката средина.

Кога се зборува за развод, во доменот на развојната психологија се издвојуваат шест негови појавности. Секоја од нив различно ги засега поединците кои поминуваат низ овој процес. При *афективниот развод* престанува љубовта кај едниот или обата партнери, што воедно значи и крај на интимноста и на меѓусебната доверба. Оваа појавност може да предизвика низа негативни реакции - од тага и разочарување до сериозна состојба на реактивна депресија - посебно кај оној сопружник кај кого љубовта кон другиот сеуште не згаснала. Следните две појавности се *правниот развод*, односно *економскиот развод* каде бракот правно се разведува и се дели заеднички стекнатиот имот. Уште една, психички тешка појавност, е *родителскиот аспект на разводот* кој се однесува на поделбата на обврските и одговорностите околу децата. Последните две појавности ги опфаќаат *разводот од пошироката општествена средина* дефиниран како развод од заедничките пријатели, од роднините на дотогашниот сопружник, менување на документите и слично, и *физичкиот развод*, кога секој заминува на своја страна и започнува свој живот – фаза која неретко е исполнета со непријатни чувства на тага, осаменост, страв итн. (според Мурцева-Шкарик, 2010).

Познато е дека зголемувањето на стапката на разводи е глобален тренд и дека помалку или повеќе ги засега речиси сите општества. Сепак, поважно од бројките и статистиката, се причините поради кои доаѓа до развод и ефектите кои тој ги има врз децата. Меѓу најчесто наведуваните ризик фактори за развод се раното стапување во брак, понискиот степен на образование, ниските месечни примања, бременост или раѓање на дете пред да се стапи во брак, семејна историја на разводи (разведени родители), како и некои црти на личност (пр. несигурност). Од друга страна, како најчести причини за развод се споменуваат недостаток на посветеност, премногу расправи, недостиг на комуникација, неверство, нереални очекувања, финансиски проблеми, семејно насилство, партнерско насилство, злоупотреба на алкохол и наркотици, недостаток на еднаквост, неподготвеност за брак, недостиг на вештини за решавање конфликти и слично.

Во процесот на развод можат да се издвојат три фази – почеток на разводот, приспособување на разводот и реконструкција на редот на животот. Во секоја од нив на стрес се изложени не само сопружниците, туку и нивните деца. Првата фаза ја карактеризира донесување одлука за развод што може да се должи на некои од факторите и причините наведени погоре, но и на престанок на заедничкиот развој, на раздвојување на животните патишта поради различни приоритети и интереси, на престанок на љубовта итн. Најчестите емоции поврзани со оваа фаза се гнев, лутина и недоверба, додека реакциите се меѓусебно напаѓање, обвинување, навреди и изолирање. Приспособувањето на разводот е уште една тешка фаза од разводот, со оглед на тоа што е поврзан со практични проблеми кои треба да се решаваат во од и со лични прашања на кои порано можеби и воопшто не се размислувало. Праксата покажува дека првите две години по разводот се најтешки, бидејќи обично (но не секогаш) се јавуваат емоционални потешкотии, се губи идентитетот, се јавува несигурност, чувство на некомпетентност, намалување на самодовербата и друго. Конечно, во третата фаза се воспоставува нов начин на живеење, поединецот е посигурен во себе, има реконструирана визија за иднината и нови поставени цели. Можно е да биде попретпазлив при изборот на новиот партнер, што го прави повеќе практичен, а помалку романтичен (според Мурцева-Шкарик, 2010).

Ефекти од разводот врз децата и адолесцентите

Разводот за децата речиси секогаш е стресен настан (освен во ситуации кога конфликтите и расправиите во бракот се премногу чести и бурни, па го засегаат мирот и оптималниот развој на детето). Оттука, често пати тие имаат проблем да се навикнат на новонастанатата состојба па стануваат нервозни, анксиозни, исплашени заради губењето на сигурноста и заминувањето на едниот родител. Сепак, постојат разлики во реакциите и очекувањата на децата, зависно од возраста и развојниот период во кој се наоѓаат. Имено, секое дете бара љубов и внимание од своите родители, задоволување на потребите, заштита, комуникација и низа други нешта кои со разводот на родителите можат да бидат загрозени и нивното реализирање да биде доведено во прашање. Ваквите потреби се, пред сè, дефинирани од степенот на психофизички развој кое детето го има достигнато.

На доенчињата најмногу им требаат целосна нега, топли емоционални врски, сигурност и воспоставување на чувството за самоконтрола. Во предучилишна возраст, приоритетните барања од родителите, меѓу другото, се охрабрување на независноста, стимулирање на когнитивниот развој и развојот на говорот. Училишната возраст, која се карактеризира со напреднат когнитивен развој во споредба со претходните

развојни периоди, наметнува потреба од врамнотежување на сознанијата кои доаѓаат од различни извори (пр. семејство и училиште), од стимулирање на моралниот развој, самодовербата и самопочитта, истрајноста, одговорноста и исполнителноста кога станува збор за училишните обврски. Адолесцентите, пак, од родителите бараат поддршка за осамостојување од нив и од другите авторитети, за формирање на сопствен вредносен систем и за поставување и реализација на академските и професионалните цели. Конечно, младите возрасни се очекува веќе да водат независен живот, така што родителите во овој период се повеќе консултанти и партнери, отколку татори и несоборливи авторитети, кои ја споделуваат својата животна мудрост и искуство со своите (веќе возрасни) деца (според Мурцева-Шкарик, 2010).

Имајќи го предвид погоре изнесеното, јасно е дека разводот на родителите ќе има различни ефекти и последици врз развојот на децата, зависно од тоа во кој период од животот децата ќе се соочат со него. Сепак, пред да бидат изложени најчестите ефекти и последици од разводот врз развојот на децата и адолесцентите, неопходно е да се нагласи дека постојат индивидуални разлики во реакциите на децата кои, освен од возраста, зависат и од способноста на родителите конфликтите и проблемите да ги решаваат меѓу себе, држејќи го детето настрана од таквите случувања. Тоа, всушност, подразбира да не го ставаат детето во центарот на конфликтот, манипулирајќи со неговите чувства и потреби и попречувајќи го да ги остварува интеракциите со другиот родител. Имено, истражувањата и праксата покажуваат дека голем број деца воопшто не развиваат негативни симптоми од разводот, односно се *резилентни*, доколку нивните родители успеат конструктивно да го изменаат стресот кој го следи разводот. Тие деца функционираат речиси идентично како децата чии родители се во брак и се однесуваат типично за својата возраст (според Emery, 2016). Тоа што брачните другари треба секогаш примарно да го земат предвид доколку се родители, е добросостојбата на нивните деца и нивниот непречен развој. Ова, секако, не значи по секоја цена да се остане во нефункционален брак кој можеби е погубен по личниот развој и иднината на поединецот, бидејќи на тој начин автоматски станува погубен и за добросостојбата и развојот на децата (пр. при семејно насилство).

Кога конкретно се зборува за ефектите од разводот врз децата и нивниот развој, се мисли на најчестите реакции кои се последица од новонастаната состојба што детето не можело да ја предвиди. Доенчињата и децата на возраст помеѓу 2 и 3 години не разбираат што се случило, но поради нарушениот ред и мир можно е да манифестираат нервоза, анксиозност, несигурност, плашливост, да бидат плачливи, како и да станат многу зависни од родителот со кој останале да живеат. Во предучилишна возраст, кога во когнитивниот развој доминира егоцентризмот, децата неретко мислат дека тие се причината за разделбата

на родителите поради што бараат уште поголемо внимание од претходно. Повозрасните деца (училишна возраст) им се лутат на родителите и се обидуваат да ги „казнат“ со своето лошо однесување, со слабиот училишен успех и слични неприфатливи форми на однесување, кои се разбира, можат да бидат комплетно последица од нарушената семејна динамика и рутина. Овие деца неретко имаат и потешкотии во односите со врсниците. Може да живеат во надеж дека родителите сепак повторно ќе живеат заедно (според Мурцева-Шкарик, 2010).

Според О’Конел-Коркоран (O’Connell-Corcoran, 1996), психолошките реакции на децата на разводот зависат од три фактори: а) квалитетот на врската со мајката и со таткото пред да се случи разводот, 2) интензитетот и траењето на конфликтите помеѓу родителите, и 3) способноста на родителите да се насочат кон потребите на детето за време на разводот. Децата кои полесно и поуспешно се адаптираат на новата состојба во семејството, се најчесто оние чии родители конструктивно комуницираат и по разводот и ги споделуваат родителските обврски. Всушност, она што го потврдуваат мета-анализите на претходно објавени истражувања на оваа тема, е дека прв и најризичен фактор кој доведува до појава на депресивност и проблеми во однесувањето кај децата не е самиот развод, туку конфликтите кои му претходе. Праксата и истражувањата покажуваат дека нема разлики меѓу половите во однос на интензитетот на негативните емоции кои децата ги искусуваат за време и по разводот на родителите. Разлики се манифестираат во начинот на кој момчињата и девојчињата се справуваат со негативните емоции. Така, момчињата повеќе екстернализираат, а девојчињата повеќе интернализираат. Поточно, за првите е покарактеристично отворено покажување на гнев, револт и лутина, поради што е можно почесто да влегуваат во конфликти во училиште и со родителите. Девојчињата, пак, може почесто да манифестираат депресивни симптоми и психосоматски реакции (пр. главоболки, болки во стомак, мачнини, вртоглавици итн.), како и проблеми во исхраната и спиењето.

Од сите возрасни периоди адолесцентите би требало најдобро да ја разберат потребата и причините за развод, поради напредниот когнитивен развој. Ова посебно важи за оние семејства каде на разводот му претходе многу конфликти и расправи, па разделбата доаѓа како олеснување за сите. Тогаш, адолесцентите најчесто повеќе време поминуваат со врсниците во кои наоѓаат поддршка и/или се посветуваат на различни хобија, спортови итн. Сепак, во адолесценцијата може да се јават и најнепријатните реакции, кои можат да достигнат сериозност до степен на различни форми на проблематични однесувања на адолесцентите (според Мурцева-Шкарик, 2010). Во таа смисла, тие можат да се чувствуваат предадени од нивните родители, поради што е можно да покажуваат недоверба при воспоставувањето на нови релации. Почнуваат да се однесуваат понезависно, бидејќи сметаат дека нивните родители се

ставаат себе си на прво место и затоа сега тие мораат самите да се грижат за себе и за своите потреби. Кај момчињата ова може да резултира во нагласено бунтовничко и агресивно однесување, а кај адолесцентките почесто се јавуваат анксиозноста или повлекувањето од социјалните интеракции.

Според Лауман-Билингс и Емери (Laumann-Billings & Emery, 2000), студентите кои биле целна група во истражувањето, а чии родители се развеле пред најмалку 3 години, соопштуваат негативни чувства кога ќе помислат на разводот и на родителите. Сепак, авторите нагласуваат дека и покрај добиените резултати, станува збор за резилентни поединци кои добро функционираат во интеракциите со другите. Оттука, тие нагласуваат дека родителите, колку и да сакаат не можат потполно да ги заштитат своите деца од негативните емоции кои го следат разводот. Но, она што секако можат и мораат да го направат, е да им овозможат да ги изживеат тие емоции и да создадат услови за стимулирање на резилентноста и на нивниот натамошен развој.

Како до успешно адаптирање на децата по разводот?

Децата кои остануваат да живеат во еднородителско семејство по разводот, треба да „пораснат“ пред своите врсници. Ова е така, од причина што новата семејна реалност бара од нив да станат поодговорни и посамостојни, односно да воспостават нов ред и нови навики. Успешноста на овој процес во голем степен зависи од меѓусебниот однос на родителите по разводот и од односот на секој од нив кон детето. Разбирливо е дека мајката и таткото се незаменливи во животот на секое дете. Затоа не треба да се инсистира на тоа некој друг да го заземе нивното место и од детето да се бара, едноставно, да го заборави родителот кој веќе не живее со него. Напротив, како што е нагласено и погоре, успешноста во адаптирањето на новите околности зависи од одржувањето на квалитетна и континуирана интеракција меѓу детето и неговите родители (посебно со родителот кој заминува). Тоа долгорочно ќе му овозможи на детето да ги надмине стресот и стравовите кои би можело да ги манифестира во идните врски и односи и би му обезбедило побалансирана иднина во интеракциите со другите, пред сè со врсниците и со романтичните партнери. Со оглед на тоа што децата најчесто остануваат да живеат со мајката која го добива старателството, за успешното адаптирање на детето од голема важност е вклученоста на таткото во неговиот живот.

Познато е дека децата учат по пат на имитација и идентификација од лицата кои се авторитет во нивните очи, а тоа стануваат родителите веднаш по нивното раѓање. Оттука, за квалитетот на врските со другите учат од квалитетот на односот меѓу родителите, бидејќи тие се најважниот модел на идентификација. Тоа значи дека, доколку гледаат конфликтно

однесување манифестирано преку физичко и вербално насилство, психолошко малтертирање (кое е посуптилно и поради тоа потешко видимо) и слично, ќе усвојат насилни модели на однесување. Со други зборови, ќе усвојат модел на однесување на агресор и/или на жртва, сметајќи дека штом родителите така се однесуваат еден кон друг и тоа трае долго време, а никој не прави обид тоа да се измени или да престане, тогаш значи дека така треба и тие да се однесуваат. Во такви околности децата страдаат многу повеќе отколку што страдат по разводот, а последиците по нивниот развој се многу подеструктивни и потрајни. Оттука, одржувањето на коректни односи помеѓу родителите под вакви околности за време и по разводот претставува вистински предизвик и бара голема умешност, но е основен предуслов за успешното адаптирање на детето на новите услови во семејството. Токму тоа треба да биде најсилниот мотив за родителите - да се обидат да направат сè што е во нивна можност за да му ја дадат шансата на своето дете сепак да води смирен и хармоничен живот и непречено да се развива.

Претходно кажаното повторно го актуелизира прашањето за вклученоста на родителот кој заминува од дома, во животот и во дневните рутини на детето. Како што е веќе нагласено, тоа е најчесто таткото. Поради тоа, ставот на мајката кон контактите на детето со таткото е од исклучителна важност. Таа не треба да го попречува гледањето и интеракцијата. Уште поважно, обата родитела, во ниту еден случај не би смееле да ја „јакнат“ сопствената позиција кај детето демонизирајќи го другиот родител и намалувајќи ја важноста на неговата вклученост во животот на детето. Тоа е манипулација со личноста и со чувствата на детето, бидејќи тоа подеднакво ги сака обата родитела. Оттука, крајно нехуман чин би било детето да биде доведено во ситуација да одбира кој родител го сака повеќе.

Постојат најразлични начини на кои таткото може да го одржува контактот со детето и да биде вклучен во неговиот живот. Тоа значи дека дел од обврските и од грижата треба да ги преземе тој во заеднички договор со мајката (пр. носење на спортски активности, на курс по странски јазик, совладување на одреден материјал за училиште и слично). Воедно, пожелно е двајцата родители да присуствуваат на настани кои му се важни на детето (пр. роденденска забава, училишна претстава, спортски натпревар итн.). Ова, затоа што поддршката што ќе ја добие од двата родители, во миговите на среќа и успеси, а уште повеќе во миговите кога треба да се справи со одреден неуспех или тага, е клучна за неговиот оптимален развој. Истото важи и за адолесцентите, со тоа што поради развојните карактеристики на возрасниот период во кој тие се наоѓаат, родителите би требале повеќе внимание да посветат на поттикнување на независноста и самодовербата, како и на поддршката за успешно справување со академските и професионални предизвици кои следуваат во натамошниот развој.



IURIDICA PRIMA

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

Ј У Р И Д И К А П Р И М А

3-та Меѓународна научна конференција
ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО - 2017

Тема:

*„Ефикасната заштита на човековите права и слободи:
реалност или идеал“*

12-14 Мај Охрид 2017

Конференцијата и издавањето на зборниците го помогнаа:
Нотарска комора на Република Македонија, Прима МК, Кнауф, адвокатско друштво Апостолски, Еуростандард банка, Аполонија, Парк Вила, Горан Димитров, Виктор Павлов, Аполо, Ацибадем Систина, Визија Т, Бовин, Тиквеш, Кожувчанка, Ледотрон, Електроинстал, Винарија Стоби, Зорица Пулејкова, Марјан Коцевски, Анита Петровска Алексова, Драган Георгиев.