



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

**International Scientific Conference
OHRID SCHOOL OF LAW
2019**

***Abuse of the Law and "Abnormal" Law
Versus Rule of Law***

9



IURIDICA PRIMA

Institute for Legal – Economic Research and Education

5-th International Scientific Conference

OHRID SCHOOL OF LAW

2019

*Abuse of the Law and “Abnormal” Law
Versus Rule of Law*

*Dedicated in Honor of
Acad. Prof. Slobodan Perović
Founder of the
Kopaonik School of Natural Law*

9-12 May 2019 Ohrid

9

Издавач:

Институт за правно-економски истражувања и едукација

ЈУРУДИКА ПРИМА

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

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

Publisher:

Institute for Legal-Economic Research and Education

IURIDICA PRIMA

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

iuridicaprima.mk

iuridicaprima@gmail.com

За издавачот:

Проф. д-р Ангел Ристов

For the Publisher:

Angel Ristov, Phd

Печати:

Стоби Трејд

Print:

Stobi Trejd

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

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



IURIDICA PRIMA

Институт за правно економски истражувања и едукација

5-та Меѓународна научна конференција

**ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2019**

***Злоупотреба на правото и „ненормалното“ право
наспроти владеење на правото***

*Посветена во чест на животот и делото на
Акад. проф. д-р Слободан Перовиќ –
основположник на
Копачичката школа на природното право*

9-12 Мај 2019 Охрид

9

CIP - Каталогизација во публикација
Национална и универзитетска библиотека "Св. Климент Охридски",
Скопје 34(082)

МЕЃУНАРОДНА научна конференција Охридска школа на правото
(5 ; 2019 ; Охрид)
Охридска школа на правото. Злоупотреба на правото и
"ненормалното" право наспроти владеење на правото : посветена во чест на
животот и делото на акад. проф. д-р Слободан Перовиќ - основоположник
на Копаоничката школа на природното право / 5-та Меѓународна научна
конференција, 9-12 Мај Охрид 2019 ; [главен и одговорен уредник Ангел
Ристов]. - Скопје : Институт за правно-економски истражувања Јуридика
Прима, 2019. - 2 св. (315 ; 313 стр.) : илустр. ; 25 см

Трудови на повеќе јазици. - На преднасл. стр.: Ohrid school of law 2019,
Abuse of the Law and "abnormal" Law versus rule of law dedicated in
honor of ac.prof. Slobodan Perovic - founder of the Kopanik school of
natural law / 5-th International Scientific Conference 9-12 May Ohrid
2019. - Фусноти кон текстот. - Библиографија и summaries кон одделни
трудови

ISBN 978-608-66152-4-6 (кн. 9)
ISBN 978-608-66152-5-3 (кн. 10)

а) Право - Зборници
COBISS.MK-ID 111886090

Institute for Legal – Economic Research and Education
IURIDICA PRIMA

Editor –in-chief: Professor Angel Ristov, PhD

Secretary: Ilija Rumenov, PhD

International Editorial Board:

1. PhD, Ivan Ruschev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
2. Phd, Mihail Malchev, Faculty of Law, University “St. Kliment Ohridski” Sofia, Republic of Bulgaria;
3. PhD, Barbara Novak, 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. Seregin Andrej Viktorovich, Assistant Professor, Candidate on Legal Sciences, South Federal University, Rostov on Don, Russian Federation;
14. PhD, Ivana Shumanovska Spasovska, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
15. PhD, Jovan Zafirovski, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia
16. PhD, Ilija Rumenov, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia;
17. LLM, Ilija Manasiev, Faculty of Law “Iustinianus Primus” University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje, Republic of Macedonia.

Институт за правно-економски истражувања и едукација
ЈУРИДИКА ПРИМА

Главен и одговорен уредник: проф. д-р Ангел Ристов

Секретар: доц. д-р Илија Руменов

Меѓународен уредувачки одбор:

1. Д-р д-р Иван Русчев, Правен факултет Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
2. Д-р Михаил Малчев, Правен факултет, Универзитет „Св. Климент Охридски“ Софија, Република Бугарија;
3. Д-р Барбара Новак, 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 Тешкиќ, 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 Јогановиќ, 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. Серегин Андреј Викторович, кандидат на правни наука Јужниот федерален универзитет во Ростов на Дон, Руска Федерација;
14. Д-р Ивана Шумановска Спасовска, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил Методиј“ Скопје, Република Македонија;
15. Д-р Јован Зафировски, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија;
16. Д-р Илија Руменов, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија.
17. М-р Илија Манасиев, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје, Република Македонија

СОДРЖИНА / CONTENTS

ПРЕДГОВОР EDITORIAL NOTE.....	13
НЕ Душанка Дивјак-Томиќ Амбасадор Републике Србије ПРИГОДНО ОБРАЌАЊЕ ПОВОДОМ СВЕЧЕНОГ ОТВАРАЊЕ МЕЃУНАРОДНЕ КОНФЕРЕНЦИЈЕ „ОХРИДСКА ШКОЛА ПРАВА-2019“.....	15
Проф. д-р Гале Галев РЕЧ НА ПРОФЕСОР Д-Р ГАЛЕ ГАЛЕВ ВО ЧЕСТ И СПОМЕН НА ПРОФ. Д-Р СЛОБОДАН ПЕРОВИЌ.....	17
Проф. д-р Светомир Шкарик ПРИЛОГ КОН ТЕОРИЈАТА ЗА ЗЛОУПОТРЕБАТА НА ПРАВОТО.....	35
ТРУДОВИ / ARTICLES	
Проф. д-р Борче Давитковски Проф. д-р Елена Давитковска МОДЕРНИЗИРАЊЕ НА МАКЕДОНСКОТО ПРЕКРШОЧНО ПРАВО: ЗАКОНОТ ЗА ПРЕКРШОЦИТЕ ОД 2019 ГОДИНА.....	41
Проф. д-р Сашо Пенев ПРАВОВА ДЪРЖАВА И ПРАВОМОЩИЈАТА НА ДЪРЖАВНИТЕ ОРГАНИ В ОБЛАСТТА НА ДАЊЪЧНОТО ОБЛАГАНЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЈА.....	65
Проф.д-р Весна Пендовска Проф.д-р Александра Максимовска Стојкова Д-р Елена Нешовска Ќосева ОСНОВНИ КАРАКТЕРИСТИКИ НА ДАНОЧНАТА РЕФОРМА ОД 2019 ГОДИНА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА.....	71
Dragica Živojinović, PhD Nina Planojević, PhD PATIENTS' ADVANCE DIRECTIVES IN SERBIAN AND MACEDONIAN LAW DE LEGE FERENDA.....	87

Проф. Иван Русчев, ЗАОБИКАЛЯНЕТО НА ЗАКОНА ЧРЕЗ ПРАВНИ СДЕЛКИ КАТО ФОРМА НА ЗЛОУПОТРЕБА С ПРАВА.....	103
Проф. д-р Валентина Попова НЯКОИ ПРОБЛЕМИ ВЪВ ВРЪЗКА С ИЗМЕНЕНИЯТА НА ИЗПЪЛНИТЕЛНИЯ ПРОЦЕС ПО ГПК, НАПРАВЕНИ СЪС ЗИДГПК / ДВ, БР. 86/2017 Г./.....	117
Проф. д-р Екатерина Михайлова НОРМАТИВНИ ИЗИСКВАНИЯ ЗА БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО И ЗЛОУПОТРЕБИ С ПРАВО.....	135
Др Миомира Костић Др Јелена Паповић Миладиновић МЕХАНИЗМИ ЗАШТИТЕ ПРАВА ЛИЦА ЛИШЕНИХ СЛОБОДЕ НА НАЦИОНАЛНОМ НИВОУ.....	151
Проф. д-р Дејан Мицковиќ ДОГОВОРОТ ЗА ДОЖИВОТНА ИЗДРШКА – ПОТРЕБА ЗА ИЗДРЖУВАЊЕ НА СТАРИ ЛИЦА ИЛИ ЗЛОУПОТРЕБА НА ПРАВОТО.....	167
Проф. д-р Дарина Зиновиева ТЪЛКУВАНЕ В ПУБЛИЧНОТО ПРАВО И СЪОТВЕТСТВИЕТО С ЦЕЛТА НА ЗАКОНА.....	183
Доц. д-р Анета Антонова ЗНАЧЕНИЕ НА МЪЛЧАНИЕТО ПРИ СКЛЮЧВАНЕ НА ТЪРГОВСКИ СДЕЛКИ.....	191
Д-р Петър Георгиев Бончовски ВЪЗМОЖНОСТ ЗА ЗЛОУПОТРЕБА С ПРАВА В ГРАЖДАНСКИЯ ПРОЦЕС В СВЕТЛИНАТА НА РЕФОРМАТА НА ДОПУСКАНЕ ИЗПЪЛНЕНИЕТО ПО СПОРОВЕ С ТРАНСГРАНИЧЕН ЕЛЕМЕНТ (РЕГЛАМЕНТ (ЕС) 1215/2012 И ЧЛ. 622А ГРАЖДАНСКИ ПРОЦЕСУАЛЕН КОДЕКС).....	205

Prof.dr Emine Zendeli Ass.prof. Arta Selmani - Bakiu PhD Nagip Zendeli THE CHANGE OF THE COMPLAINT AS PROCEDURAL ACT OFFREE DISPOSITION BY THE PLAINTIFF	217
Д-р Есин Кранли Бајрам СИНГУЛАРНА СУКЦЕСИЈА ВО РИМСКОТО И СОВРЕМЕНОТО ПРАВО.....	233
Др Новак Крстић, УГОВОР О ДОСМРТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ (УЗДРЖАВАЊУ) У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ ХРВАТСКЕ – РЕГУЛАТИВА КОЈУ ТРЕБА СЛЕДИТИ, ИЛИ...?.....	255
Д-р Михаил Малчев, ЗЛОУПОТРЕБАТА С ПРОЦЕСУАЛНИ ПРАВА И НЕОБХОДИМОСТТА ОТ РЕАКЦИЈА НА БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО ЗА ОСИГУРЈАВАНЕ НА ЕФЕКТИВНО ПРОТИВОДЕЈСТВИЕ.....	275
Илија Руменов, PhD THE NEW 2019 HAGUE CONVENTION ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS – BRIDGING THE GAP BETWEEN THE WEST AND THE EAST.....	293
Д-р Милица Шутова ПРИМЕНАТА НА ЧЛЕН 12 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ЗА ПРАВАТА НА ДЕТЕТО ВО СУДСКИТЕ ПОСТАПКИ ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА.....	301
Ирма Вајрами, PhD CHILD SUPPORT.....	313
Д-р Орде Ѓорѓиоски „ЛЕГАЛИЗАЦИЈА“ НА НАГРАДУВАЊЕТО КАКО АКТИВНОСТ НА МЕНАЏМЕНТОТ СО ЧОВЕЧКИТЕ РЕСУРСИ ВО АКЦИОНЕРСКИТЕ ДРУШТВА ОД ПРЕРАБОТУВАЧКАТА ИНДУСТРИЈА.....	327

Др Роза Гурмешевић ПРАВО РАДНИКА НА ДОСТОЈАНСТВЕН РАД У СВЕТЛУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА.....	347
Tamara Đurđić, PhD GIFT IN CONTEMPLATION OF DEATH AS A SUBSTITUTE FOR INHERITANCE CONTRACT?.....	365
Dr Velibor Korać U SUSRET GRAĐANSKOM ZAKONIKU CRNE GORE.....	377
Др Жарко Димитријевић, ПРАВНА ЗАШТИТА И ИЗЛОЖЕНОСТ ПОДАТАКА У WEB ОРИЈЕНТИСАНИМ ПОСЛОВНИМ ОКРУЖЕЊИМА.....	393
М-р Александар Шопов СПРЕЧУВАЊЕ НА ЗЛОУПОТРЕБА НА ПРАВА ПРЕКУ ПОБИВАЊЕ НА ДОЛЖНИКОВИ ПРАВНИ ДЕЈСТВИЈА.....	405
Ксенија Димитријевић НАКНАДА ЗА ОБРАДУ КРЕДИТНОГ ЗАХТЕВА У СУДСКОЈ ПРАКСИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	423
Marina Ćepo, LL.M. DUBLIN IV- KORAK NAZAD U ZAŠTITI NAJBOLJEG INTERESA ДЈЕТЕТА У ПОСТУПКУ ТРАЖЕЊА АЗИЛА?.....	437
Roxana Roustcheva, NEW EU COPYRIGHT RULES IN THE DIGITAL SINGLE MARKET.....	453



In memoriam
Dedicated in Honor of Academic Prof. Slobodan Perovic
Founder of Kopaonik School of Natural Law

Во спомен на академик проф. д-р Слободан Перовиќ
основоположник на Копаничката школа на природното право

ПРЕДГОВОР

Почитувани,

Ни претставува голема чест и задоволство да Ви ја презентираме Збирката на трудови том 9 и том 10 од овогодишната Јубилејна Петта Меѓународна научна конференција ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО – 2019, насловена „Злоупотреба на правото и „ненормалното“ право наспроти владеење на правото“, која се одржа од 9-12 јуни 2019 во Охрид. Конференцијата беше посветена во чест на животот и делото на великанот во правото, Академик проф. д-р Слободан Перовиќ, основоположник на Копоничката школа на природното право. Почитуваниот професор Перовиќ беше голем пријател на Македонија и на македонската правна наука. Благодарни на неговото дело, учење и беседите за природното право, повеќе од 120 учесници од шест држави (Македонија, Србија, Бугарија, Хрватска, Црна Гора, Русија) на оваа конференција му оддадоа достојна почит на големиот професор, славејќи го неговото име и дела оставени во наследство.

Пред Вас се трудови од повеќе области на правото поврзани со темата на Конференцијата, но и со други актуелни теми од правниот живот. Со надеж дека трудовите од овие Зборници ќе вродат со плод во надминување на бројните злоупотреби во правото, како и да дадат поттик на законодавецот за идни реформи во правото за подобро и попросветлено општество – Ве поздравувам со зборовите *Fiat iustitia et floreat mundus*.

Главен и одговорен уредник
Проф. д-р Ангел Ристов

EDITORIAL NOTE

Honorable,

It is a great honor and pleasure to present to you the Proceedings Volume 9 and Volume 10 of this year's Jubilee Fifth International Scientific Conference OHRID SCHOOL OF LAW - 2019, entitled "Abuse of law and "abnormal" law versus rule of law " held from 9-12 June 2019 in Ohrid. The Conference was dedicated to honor of the Great Lawyer, Academician prof. Dr. Slobodan Perovic, founder of the Koponik School of Natural Law. Distinguished Professor Perovic was a great friend of Macedonia and Macedonian legal science. Grateful for his work, teaching and sermons on natural law, more than 120 participants from six countries (Macedonia, Serbia, Bulgaria, Croatia, Montenegro, Russia) honored the great professor at this conference, celebrating his name and teaching left in "inheritance."

Before you are the papers from several areas of law related to the topic of the Conference, but also to other current topics of legal life. Hoping that the papers in these Proceedings will bear fruit in overcoming the numerous abuses in the law, as well as in encouraging the legislator for future reforms in the law for a better and more enlightened society - I greet you with the words *Fiat iustitia et floreat mundus*.

Editor in Chief
Prof. d-r Angel Ristov

*НЕ Душанка Дивџак-Томиќ
Амбасадор Републике Србије*

**ПРИГОДНО ОБРАЋАЊЕ
ПОВОДОМ СВЕЧЕНОГ ОТВАРАЊЕ МЕЂУНАРОДНЕ
КОНФЕРЕНЦИЈЕ „ОХРИДСКА ШКОЛА ПРАВА-2019“**

Поштовани преседниче Института IURIDICA PRIMA, проф. др Ангел Ристов,

Уважени професори, асистенти, докторанти, судије, адвокати, нотари, извршитељи, стечајни управници, привредни правници и сви други учесници овог еминентног скупа.

Поштовани присутни, припала ми је заиста изузетна част да вас све најсрдачније поздравим испред Амбасаде Републике Србије у Републици Северној Македонији и у своје лично име да се захвалим, пре свега проф. др Ристову, на позиву да данас будем међу вама, уваженим правним стручњацима. Заиста је изузетна част бити на оваквом скупу, заједно са великанима, као што је на пр. уважени проф др Светомир Шкарић.

Тиме што сте ову Конференцију посветили великану правне науке из Републике Србије, недавно преминулом академику проф др Слободану Перовићу, учињена је посебна част не само његовој породици и плејади његових студената, доктораната и других следбеника, већ и нашој земљи у целини, коју је уважени Академик својом правном мудрошћу, знањем и визијом достојанствено и високо умно представљао и нашироко промовисао.

О веома богатом научном опусу покојног академика проф др Слободана Перовића биће речи на овој Конференцији од вас који сте компетентнији од мене. Стога ћу се ограничити само на нека лична запажања и искуства.

Поштовани присутни,

Дозволите да изразим и лично задовољство што сам једна од савременика академика проф. др Слободана Перовића, која је имала част да буде студент на Правном факултету у Београду, када је брлијантна правничка каријера академика Перовића била у пуном успону што га је заслужено уврстило у плејаду великана српске правне науке који су

едуковали генерације врских стручњака у овој области.

Академик проф. др Слободан Перовић, као професор и на далеко уважавани правни стручњак, посебно у области грађанског и облигационог права и правне филозофије, оставио нам је у аманет изузетно богатство у својим изузетним предавањима, стручним радовима и, нада све, у Копаоничкој школи природног права, чији је био оснивач. Током три деценије као председник Копаоничке школе, окупљао је хиљаде и хиљаде правних стручњака, практичара и ентузијаста, који су кроз размену мишљења и знања градили нове стандарде, доприносећи тиме развоју савремене правне науке у Србији и шире. Посебан значај Копаоничке школе је у томе што је широм отворила врата младим правницима, спремним да себе дограђују у стручном погледу, црпећи искуства и идеје из тог великог резервоара правничког знања и идеја.

Увек актуелне теме којима се Копаоничка школа бави, чине је веома живим организмом који се мора неговати и уважавати. Самим тим, већа је и обавеза да се очува њен континуитет, на линијама темељних смерница које јој је поставио уважени академик проф. др Слободан Перовић и заслужено јој подарио своје име, које ће надаље достојанствено носити. У том контексту, слободна сам да изразим подршку иницијативи да се успостави и награда за стручне радове младих правних ентузијаста која ће носити његово име, као и тенденцију на она постане традиционална, годишња.

На крају, као сународник академика проф др Слободана Перовића желим још једном да се захвалим на уважавању које гајите према њему као личности и огромном научном благу које нам је оставио. Тиме потврђујете да, иако физички није више међу нама, дух академика проф др Слободана Перовићаће и надаље бити присутан као трајан симбол прегалаштва, ерудиције и упорних стремљења према највишим стандардима у области права, чији циљеви нису временски орочени, већ су усмерени на континирани допринос свеопштем друштвеном и цивилизацијском развоју, како наших организованих заједница и држава, тако и, пре свега, достојанства сваког човека као индивидуе.

Уз најлепше жеље за пуни успех Конференције, имам потребу да завршим цитирањем једне од изјава академика проф. др Слободана Перовића, која, чини ми се има посебну вредност за ове наше просторе и остаје трајно актуелна, а то је да: „Пре него што изградимо владавину права, неопходно је да изградимо владавину културе мира и опстанка“.

Захваљујем на пажњи.
Охрид, 10.05.2019 год.

Проф. д-р Гале Галев

Редовен професор на Правниот Факултет „Јустинијан Први“

Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје

РЕЧ НА ПРОФЕСОР Д-Р ГАЛЕ ГАЛЕВ ВО ЧЕСТ И СПОМЕН НА ПРОФ. Д-Р СЛОБОДАН ПЕРОВИЌ

Ваша екселенција Душанка Дивјак Томиќ, амбасадор на Република Србија во Македонија

Почитувани колеги, ценени гости, дами и господо,

Стојејќи денеска овде пред вас нека најнапред ми биде дозволено да Ве поздравам и Ви посакам успешна работа на 5-та Меѓународна научна конференција организирана од Институтот Јуридика Прима, во рамките на Охридската школа на правото (9-12 мај 2019 година), а посветена на ингениозната личност и грандиозното дело, на, сега, веќе, опокоениот, но духовно вечно жив и почитуван Проф. д-р Слободан Перовиќ.

Посебен поздрав и благодарност и на мојот помлад колега Проф. д-р Ангел Ристов, основач на „Институтот Јуридика Прима за право, економија и едукација“, кој се одважи годишнава Меѓународна научна конференција да му биде посветена на личноста и делото на почитуванот Проф. д-р. Слободан Перовиќ-основоположникот на светски познатата и под заштита на УНЕСКО „Копаничка Школа на природното право“, која годинава одбележува 32 години свое постоење.

Уште еднаш, поздрав и благодарност до професорот Ристов за укажаната чест, токму јас денеска да ви се обратам и зборувам за личноста и делото на уважениот и почитуван наш колега и мој драг пријател Професорот Перовиќ, име познато и признато не само на овие балкански простори, туку би рекол, европски и светски.

Поздрав и до синот на професорот Перовиќ Марко и на неговата сопруга, кои, денеска, како и вие се овде, во древниот Охрид, на меѓународната конференцијта посветена, токму на нивниот по род, но и наш, по вокација неповторлив професор Перовиќ.

Почитувани гости и уважени колеги,

На самиот почеток ви должам едно големо извинување за тоа што мојата реч посветена на личноста и делото на драгиот и уважен професор Перовиќ ќе ја изложам без, притоа, однапред да имам подготвен пишан текст за таа реч. Искрено сакам да ви се доверам и ви кажам дека повеќе

пати се обидував, она што имав намера денеска да ви го зборувам за професорот и неговото, колку правно толку и филозофско-правно, дело, предходно да го преточам во пишан текст. Но, после неколку безуспешни обиди тоа да го направам дефинитивно се откажав од пишаниот текст. Додека ова ви го зборувам можам да претпоставам дека ви недостасува одговорот за околностите кои ме попречувале мојата првична идеја да остане не реализирана. Сите овие околности изразени во синтетизирана форма за свој заеднички именител, всушност, ја имаат ингениозноста на личноста и грандиозноста на делото на професорот Перовиќ, кои земени заедно, професорот ги остави зад себе како показ и во трајно наследство, како на сегашните така и на генерациите и генерациите кои во недогледна низ по законите на природното право ќе доаѓаат и ќе си одаат од овоземниот свет. Пресретнувајќи се со таква една личност и дело за кои, (фигуративно), дури, и хималајските природни висови не ви се доволни да ги измерите, не можев ништо друго да направам, освен да оставам мојата реч, денеска, овде пред вас, да ја водат моето срце и душа. Со еден збор, нека тие „одлучат“ што е она што јас треба да ви го кажам овде за мојот исклучително драг пријател и колега. Знам дека со ова се изложувам на „опасноста“ да останам недоречен, несреден односно не систематичен во мислата. Но, колку и да сето ова може да се случи, сепак, јас им „верувам“ на моето срце и душа дека она што ќе ви го кажам за личноста и делото на Професорот, човечки и со разбирање, ќе допре до вашите срца и умност.

Почитувани,

Професорот Перовиќ во моето стручно и научно видно поле, првично посредно стана видлив во втората половина на седумдесетите и на осумдесетите години од минатот век. Тоа е период во кој се остваруваа моите магистарски и докторски студии и во нивни рамки, прво, моето магистрирање и потоа моето докторирање во научната област граѓанско право, (а во која за мене посебно место имаше облигационото право). Во тоа време Професорот, иако, лично не го познавав, сепак, тој за мене стануваше се попознат преку проследување на неговиот научен опус. Посебно тоа се однесува на времето посветено на моите докторски студии. Колку бев преукопиран со научните гледања на Професорот зборува и самиот факт што тој стана и „виновникот“ за изборот на насловот на мојата докторска дисертација: „Слободата на договарањето во југословенското облигационо право.“ Признавам во однос на овој наслов бев под силно влијание на неговите научни видувања за слободата, гледана како филозовски и парвен феномен. Но, не само

тоа. Тој, имено, е и „виновникот“ што во текстуалниот дел од мојата дисертација, иако во одредена прикриена форма, (разбирливо, поради воспоставениот систем на вредности во тоа време, кој во правото и не гледаше нешто друго освен волја на партиско владеачката номенклатура подигната на степен на закон), конечно расчистив со самоуправниот социјализам базиран на општествената сопственост како продукционен однос и несопственичка правна категорија, врз чија основа беа израснале волунтаристички креираните самоуправни спогодби и општествени договори. Тие познато е во однос на класичните договори имаа приоритет во примената. Последново, во таа смисла што ако класичните договори беа во спротивност со самоуправните спогодби и општествени договори должност беше тие да бидат сообразени со нив, во спротивно истите се сметаа за рушливи. Во случајов, рушливоста и незначеше друго туку јасно упатување на нивната недејствителност или поинаку неприменливост. Крајниот резултат од сето тоа не беше друго освен целосно подведување на прометот на стоки и стокови услуги под волјата и моќната палка на погоре споменатата партиско-политичка номенклатура. За ова и тогаш како и сега немам друг збор освен зорот „катастрофа.“

Како и да е, 1988 година беше годината која го отвори патот и за моето лично запознавање со Професорот Перовиќ. Имено, таа година се навршуваа десет години од донесувањето од Сојузното (југословенско) собрание на Законот за облигационите односи. По тој повод, Здружението на правниците на Република Србија, организираше посебна научна средба посветена на ЗОО, на која (не само фактички 1987), туку и реално, би рекол, беа поставени темелите на Школата за природно право, (која од 2000 година, па на ваму егзистира и како посебен правен ентитет). По покана на цитираното правно здружение за потребите на наведената научна средба и јас подготвив свој реферат (труд) насловен: „Ништавноста на договорите во примената на Законот за облигациони односи.“ Тука некаде се и почетоците на моето поблиско запознавање и дружење со уважениот и по умност и по човечност професор Перовиќ, кое траеше повеќе од три децении.

Со Професорот, покрај на годишните сесии организирани во рамките на наведената школа, ја имав и привилегијата и честа да се дружам и соработувам и по многу други поводи. Во моментот се присетувам на средбите во Белград, Сараево, Дубровник, Цавтат, Котор, Тирана, Скопје, Охрид и др., остварувани во рамките на познатиот во тоа време Форум за граѓанско право за југоисточна Европа, (во чиј состав беа вклучени познати и признати научници од областа на цивилното и трговското право од земјите на поранешна Југославаоја, плус Албанија минус Словенија.

Овој Форум, инаку, беше силно подржуван од Владата на Сојузна Република Германија, преку познатиот во тоа време за овие простори „Отворен регионален фонд за југоисточна Европа-Правна реформа (ГИЗ). Тука би ги спомнал и средбите и соработката со Професорот поврзани со проектите за кодификација на српското и македонското граѓанско право (Белград, Скопје, Копаоник, Будва). Професорот со многу други познати и признати имиња од регионот и Европа, дури, беше и член на Владињата комисија за подготовка на Граѓанскиот законик на Република Македонија. Со Професорот незаборавни денови имам поминато и при неговите престои во Скопје (заедно со почитуваниот и ќе си дозволам да кажам драг мој пријател, Проф. д-р. Миодраг Орлиќ), во рамките на Последипломските студии по Граѓанско право на Правниот факултет „Јустинијан Први“, при Универзитетот „Свети Кирил и Методиј“ во Скопје (Македонија) и тн. т.н.

Секоја од овие средби, дружења и соработка со Професорот за мене преставуваше посебно драго камче, кое на свој начин, би рекол, многу јасно се вградуваше во мојата свест и го исцртуваше неговиот портрет на: високоумност, дружелубие, човечност, исклучително висок праг на толеранција и космополитизам. Ова, од своја страна, многу ми помогна и полесно да сватам зошто во мисловната филозофија и практичното битисување на Професорт немаше место за омразата и национализмот, (кои, познато е, долги години на овие балкански простори сееа ужас, страдања и смрт на илјадници знаени и незнаени невини човечки битија. Но, не само тоа, туку, и да го сватам кај него исклучително високиот праг на почит и толеранција кон другиот, без оглед, притоа, на неговата верска, политичка, расна, полова или било кој друг вид на негова припадност или определба. Омаловажувањето на другиот засновано на било кој вид припадност или определба безпоговорно посведочувам дека тој, не само што со индигнација го осудуваше, туку, би рекол, дека од него и се гадеше. За него, всушност, повредата на чие било поединечно право не ја сваќаше за одделна и сама за себе повреда на правото на определено лице (на определениот човек), туку, како, повреда на правото на целото човештво чиј неодвоив дел е и тоа лице односно тој човек чие поединечно право е повредено. Колку ваквото негово гледање на човекот и неговите права навистина преставуваа суштинска негова определба, а не само гола форма, најдобро зборуваат бројните негови беседи одржани при секое отварање на декемвриските денови на Копаоничката школа за природното право. Во таа смисла во една од нив ќе го рече и ова: „Ниеден човек не е Остров, и ниеден човек не е сам посебе целина. Смртта на било кој човек ме смалува и мене, бидејќи сум опфатен во целината на

човештвото. И затоа (како кај Хемингвеј) никогаш не прашувај „за кого своното свони. Оно свони за тебе.“

Професорот до тој степен беше обземен за грижата за другиот што често и заборавеше на себе. Така тој понекогаш во честите раговори што ги водевме знаеше да рече: „Знаеш професор Галев ми се чини дека ние често забораваме кон малиот, обичниот човек да се однесуваме со должна почит.“ Па ќе додадеше „Истото, се однесува и во однос на нашите големи умови, а да знаеш сме имале повеќе такви.“ Така, во редот на нив, ни во една пригода, непропушташе да го спомене: Валтазар Богишиќ (творецот на Црногорскиот имотен законик од 1888 година). Тој, дури, во една пригода ме носеше во градот Цафтат (Хрватска), каде на уважениот професор е поставен споменик. Стоејќи, така, пред споменикот, тој во еден момент, видно возбуден и исполнет со големината на овој човек, само, (како да не сакаше да го вознемири) тивко прозбореше: „Професор Галев колку само малку треба за почит.“ Потоа, без да прозбориме било што се приближивме до постаментот на кој е поставен споменикот на почитуваниот професор и, молкум се поклонивме пред него. Среќен сум што тој миг трајно е овековечен и на заедничка фотографија што по тој повод ја направивме со професорот Перовиќ.

Покрај за Богишиќ, во тој ред посебно место имаше и за неговиот драг професор и учител Михајло Константиновиќ (француски учениот доктор на правни науки), кај кој, за моја срќа, и јас во седумдесетите години од минатиот век ја имав привилегијата да слушам негови предавања на Последипломските студии по Граѓанско право на Правниот факултет во Скопје (Македонија).

Првиот од овие двајца уважени и почитувани професори, професорот Перовиќ со право го споредуваше со францускиот учен од 18 век Емил Диркем. Ова во таа смисла што „и двајцата (ќе речеше) се ревносни противници словото на законот да биде поистоветувано со самиот дух на законот.“ Во контекст на изнесеново овде, кога тој зборуваше нешто за Богишевиќ никогаш не пропушташе да го цитира токму тој дел од Имотниот законик во кој Богишиќ запишал: „Кој само словата (зборовите а.з.) на законот ги знае, тој уште законот не го знае, додека не му го свати разумот и смислата.“ Кога сум кај Богишиќ заслужува да се спомне и споредбата што професорот Перовиќ ја правеше помеѓу него и големиот антички мислител Аристотел. Во насока на ова тој знаеше да рече: „Не само Аристотел во разрешувањето на определени правни ситуации се повикувал и упатувал на примена на правдата и справедливста, туку на истото повикувал и упатувал и самиот Богишиќ со неговата „правда и правда“, (предвидени во неговиот Имотен законик за Кнежевството

Црна Гора “).

За вториот, пак, од овие (Професорот Константиновиќ), кога зборуваше, никогаш не пропушташе да каже дека „тој беше голем мајстор на пишаниот правнички збор, (за што велеше “најдобро зборува неговиот антологиски проект насловен како: „Облигациите и договорите-Скица на законик за облигациите и договорите (1969).“ Во потврда на ова ќе речеше: „Професорот Константиновиќ во неа ниту во еден член не упатува во примената на некој дрг од нејзините членови, ниту пак, беше предвидел во неа некој одделен став од било кој член во себе да содржи две реченици кои меѓусебно се одвоени со точка.“ Но, зборувајќи за оваа Скица тој знаеше да каже дека „таа има, уште, една голема вредност.“ Во случајов, според него, стануваше збор за тоа што тој, за разлика од подоцна донесениот ЗОО, во неа не предвидел (регулирал) било каква начелна одредба или одредба од нејзиниот нормативен дел, со која би се барало субјектите во правниот промет нивните договорни односи задолжително да ги сообразуваат со одредбите од самоуправните спогодби и општествените договори, во спротивно тие би биле прогласени за рушливи. Во контекст на ова знаеше да каже „е тоа е класичен цивилист кој добро знаел што преставуваат договорите.“ Па продолжувајќи ќе додадеше „да да во неговата Скица немаше место за посочените инструменти (изум на самоуправното сацијалистичко општество), но место тоа во неа имаше високо ниво на имплементираност од познатата Аристеловата „комутативна и дистрибутивна правда.“

По ваков еден начин на изразување на почит кон овие двајца великани на цивилистичката правна мисла, но и не само кон нив, професорот ми останал во меморијата и со саму нему својствената насмевка. Со неа како да сакаше да каже „каде ли би биле ние денеска ако го слушавме гласот произлезен од нивниот разум.“

Кога ги слушав овие нешта од Професорот често си го поставував прашањето како е можно овој горостас од умност човек со таква страс, лубов и почит да зборува за овде споменатите, но и други, учени од негова Србија и пошироко, а ни во еден момент да не рече ништо за себе и неговата големина во домените на правната и филозофско-правната мисла. При ова, неможев некртички да прифатам дека тој немаше свест и суд за себе и за големината на своето дело. Одговорот што си го давав, категорично го сведував на тоа дека тој таа свест и суд за себе и своето дело ги имаше, но за разлика од личното его сретнувано кај други, кај него тие се изразуваа низ неговата жар и посветеност за тоа што го работи, пишува и зборува и низ неговата едноставност, човечност и лубов што ја имаше и безгранично ја даваше на собеседниците, како

и на било каков и да е друг човек. Ми се чини дека тој токму со сето ова и ги пленеше срцата и душите на илјадници и илјадници поклоници, кои секој декември доаѓаа и пак, доаѓаа ... на Копаоник и во рамките на Копаоничката школа на природното право, со исклучително внимание и почит кон професорот, ги следеа неговите незаборавни беседи, посветени на природното право и на добрата правна мисла. Тој, би рекол, флуид кој Професорот успеваше со својата беседничка реч да го воспостави со повеќеилјадниот аудиториум беше своевиден божествен дар. Дар од Професорот, без било какви условувања, за аудиториумот и, исто така, дар од аудиториумот за професорот. Токму и заради ова овој обостран дар изразен во нематеријална форма претставува една од трајните вредности на Копаоничката школа на природното право. Чувствувам и среќа и задоволство што сум еден од многуте што сум ја имал привилегијата и честа повеќе години на ред да го примам духовниот дар од професорот, но, како дел од многуилјадниот аудиториум на оваа школа, и да му „дадам“ мал дар на Професорот.

Кога сум кон ова се присетувам и сакам со вас да споделам дека се чувствувам посебно почестен и среќен што професорот ми направи и еден посебен личен подарок што вечно ќе ме потсетува на нашите заеднички поминати денови на соработка, пријателство и взаемна почит. Имено, тој по покана на „мојот“ Правен факултет („Јустинијан Први“), во Скопје, а по повод мои наполнети 75 години од животот, подготви посебен научен труд за Зборникот што Факултетот го издава во моја чест.

Почитувани,

Дозволете ми сега да ви кажам нешто за професорот што е поврзано со почетоците на неговиот научен развој на полето на природното право. За да ова биде подобро разбрано за момент ќе ве вратам во пеесетите години на минатиот век. Тоа е време кога професорот ги прави првите чекори на своите правни студии на Правниот факултет во Белград. Професорот за ова во разговорите посветени на овие студии обично велеше: „Студии како студии- дојде и помина првата година од нив, по неа истото се случи и со втората.“ Се што за овие две години тој и неговите колеги студенти научиле за државата и правото, во основа се сведуваало, како што велеше тој на оштоприфатената марксистичка догма дека „живееме во преодно (социјалистичко) општество, во кое правото и државата се уште биле потребни (и во него), но со моментот на премин во бескласно општество, до кое нужно ќе дошло со развојот на производните сили, тие со тоа ќе ја изгубиле потребата од своето постоење и како такви ќе престанеле да егзистираат односно одумрат

и со тоа бидат положени во музеот на старините.“ Како и да е, тој сакајќи до крај да го долови она што им било предавано за државата и правото од своите професори знаеше да каже: „Државата во преодното општество (социјалистичкото), иако се уше класна категорија, како и таа од предходното капиталистичко општество, ни беше преставувана како релативно нов тип на држава, (сфатена во смисла како „држава на работниот народ односно како пролетерски тип на држава“, а не како предходната, (капиталистичката), сватена како инструмент во рацете на владеачката капиталистичка класа“. Притоа, битен белег на овој вид држава, како што им било објаснувано на студентите, бил тој што во неа дошло до „експропријација на експропријателите.“ Што се однесува пак, до правото, професорот знаеше да рече дека се што научиле во првите две години на своите правни студии било тоа дека „правото не преставувало ништо друго, туку дека тоа, било волја на владеачката класа подигнато на степен на закон“, при што во предходниот (капиталистичкиот) систем тоа било „волјата на капиталистичката експлоататорска класа, а во новиот (социјалистичкиот) систем тоа била волјата на работниот народ (трудбениците).“

Со вакви разбирања за државата и правото, како што велеше професорот, „стигнав во третата година од правните студии.“ И, токму таа е годината во која, според неговото кажување тој, се пресретнува и со едно поинакво видување, кога станува збор за правото. Тоа, всушност, се случило на предавањата по предметот облигационо право држени од споменатиот погоре професор Михајло Консантиновиќ. Имено, тој од него за прв пат слушнал дека поимното определување на правото е многу повеќе од тоа да се сведе, само, на волјата на владеачката класа подигната на степен на закон. Во таа смисла професорот често на предавањата во објаснувањето на одделни правни институти не останувал само на нивната сообразеност со пишаната норма туку дали и колку тие кореспондирале со правдата сватена како вредносна категорија односно како идејна основа на самото право. Она што, од тоа време, како што велеше Професорот „трајно се врежа во моето сеќавање беше правдата сватена во Аристотелова смисла, како комутативна (постапувај еднакво кон еднаквиот) и дистрибутивна (постапувај не еднакво кон нееднаквиот). Во секој случај, по завршување на правните студии неговите контакти со професор Консантиновиќ не биле прекинати, бидејќи тој бил избран за асистент, токму, на предметот облигационо право, кој, веќе, спомнав бил предаван токму, од професорот. Тоа, од своја страна на тогаш младиот асистент Перовиќ му овозможило, преку близките контакти и соработката што ги имал со неговиот професор, и

натаму да го задржи интересот за феноменот правда, сватена во смисла на идеја кон која е насочено самото право.

Но, за да израсне професорот Перовиќ, во времето кое следело, до ниво на бележит познавач и подржувач на правдата, сватена како вредносна категорија, како највисока доблест, односно идејна основа на самото позитивно право, како и на блиските по природа со неа други категории, кои заедно го сочинуваат супстратот на познатото во правно-теоретската и филозовско-правната мисла природно право, бил потребен пристап кој, би рекол, радикално ќе ги промени нештата поврзани со поимањето на феноменот право и со се она што блиску е поврзано со него. Професорот го избрал токму ваквиот пристап. Тој, како да ја знаел кинеската поговорка (цитирам): „Ако си наумил да тргнеш да го менуваш светот, прво што треба да сториш е трипати да поминеш низ себе“, (а тоа значи прво промени се себеси за да можеш да ги промениш и другите). Ноторен е фактот дека кај професорот нависина настанале промени кои му овозможеле да учествува и во промените на другите. Пример за тоа е токму Копачничката школа на природното право, чиј основоположник е токму тој и во рамките на која Професорот повеќе од 30 години ги држеше своите знаменити беседи пред повеќеилјаден аудиториум, кој, никогаш не се „измори“ да го слуша и да учи од него.

Почитувани,

Дозволете ми сега во продолжение да се допрам на прашањето кој мисловен пат бил потребен професорот до го изоди за да може своето знаење и учење за природното право во синтетизирана форма симболички да го изрази во неговиот Хексагон, кој познато е дека, токму, тој постана основа врз која и израсна погоре, веќе, спонтата школа на природното право.

Патот кој професорот го изодил за да стигне до неговиот Хексагон, за кој нешто по доцна повеќе ќе кажам во оваа реч, не бил обичен. Тоа бил пат по кој тешко се оди. Ретки се оние кои истраеле докрај да го изодат и на крајот остават свои траги врз него. За момент замислете го тој пат во себе како некој вид на духовно одење по скалила во длабокото античкото мисловно минато, таму некаде во времето на живеење на големите антички мислителите, какви што се: Сократ, Софокле, Платон, Аристотел, а пред или околу нив, уште, законодавецот Солун, Перикле, Анаксагора и многу други патувачки учени (софисти). Обрато од оттаму нагоре истиот овој пат Професорот полека го води во античкиот Рим и до неговите знаменити умови. Во редот на овие, бездруго, посебно место имале: Паулус, Гаиус, Улпијанус Цицерон, Сенека, Тацит и др.). Тој не

запира тука. Неговата научна акрибија потоа го носи во средновековието. Во оваа пригода од повеќето бележити имиња од тоа време, кои го свртиле научното внимание на Професорот ќе спомнам две. Првото од нив е Августин. Тој, познато е дека бил голем подржувач на Платоновитот концепт на држава (во чии рамки била сместена и категоријата правда или пошироко природното право). Второто име, пак, е Тома Аквински, бележит теолог и голем мислител, кој на некој начин е и врската помеѓу античките мислителите и оние од модерното време, кога станува збор за категориите правда и природно право. Наведенава врска сватена во таа смисла, што тој кон својот концепт на правда заснован на волјата божја, позната, уште, од античко време, го придодава и човечкиот разум, сватен како самосвес. Тој за разлика од Августин бил по близок до Аристотеловото разбирање на категоријата правда.

Професоровитот порив за знаење не застанал тука. Тој од средновековието, лека полека влегува во „вртлогот“ на научното знаење за правото на модерна и современа Европа, но и пошироко. Листата на научници од овој период кои со своите научни достигнувања ја задолжиле културна Европа и светот е релативно долга. Во секој случај, на работната маса на Професорот неможеле а да не се најдат делата на : Гете, Монтаскије, Русо, Лок, Хопс, Емил Диркем, Хуго Гроцијус (таткото на модерното природно право), Лео Страус, Томазијус, Пуфендрф, Спенсер, Хегел, Аренс, Рене Декар, Кант, Фихте, Густав Радбрух, Дџон Ролс и многу, многу други.

Ова долго умствено патување на Професорот му овозможило тој да има поблизок увид во гледиштата, би рекол, на најголемите правни и филозофско правни умови, посветни на правото како културна цивилизациска вредност, (во кое се izdelуваат, но и се допираат и се испреплетуваат двата негови пола: Позитивно право и Природно право. Овој увид, од своја страна, јасно му беше покажал на професорот дека овие два вида на правото имат различни основи (извори) на настанување. Првото (позитивното право) преточено во правни норми за свој основ ја има човековата волја, воспоставена во вид на одредена општествена конвенција или во вид на одредена организирана сила (често пати водена од поривот за власт и страс или од одредени поединечни, групни, национални, класни или друг вид интерес (што, секако, е по лош, пројавен облик на волја). Во секој случај, очигледен пример за овој вид право беше и она за кое младиот студент Перовиќ слушаше на првите две години од своите студии и кое, со мали модификации egzистираше се до напуштањето на социјалистичкиот модел на држава. Додека пак, второто (природното право) за свој извор на настанување го има авторитетот на умот (разумот)

сфатен како смостојна рационална појава (која не итерпретира, туку која создава). Притоа, за да не се разбере погрешно дека ова гледиште за изворот на природното право е единствено, треба да се каже дека покрај него постојат и други гледишта. Впрочем, Професорот во своите беседи многу јасно покажува дека во разни времиња, а често и во исто време постоеле различни сфаќања или повеќе варијации за тоа што се јавува за извор на природното право. Времето не ми дозволува подробно да се запрам на тоа. Но, во врска со ова само ќе укажам на тоа што и професорот го укажуваше, а тоа е: дека колевка на природното право е античкото сфаќање, во чиј рамки се породени: теолошкото сфаќање (чиј извор на природното право е божијата волја); теолошко-биолошкото сваќање (чиј извор е божјата волја плус биолошките својства (нагоните) на човекот; биолошкото сваќање (чиј извор на природното право се биолошките својства, какво што е и социјалниот нагон на човекот, нагонот на самоодржување, нагонот на безпомошност); биолошко-рационалното (чиј извор на природното право се биолошките својства плус разумот на човекот). Оттука, јасен е заклучокот дека напред споменатото рационалното сваќање (чиј извор на природното право е чистиот рационален ум на човекот, независен од било кој друг фактор) е само едно од нив. Но тоа, за разлика од другите е доминантно сфаќање, кон кое, рков погоре, безрезервно се приклучува и почитуваниот професор Перовиќ. Во случајот, всушност, станува збор за Кантовото гледиште за изворите на категоријата природно право. Имено, тој како и неговите предходници, (од Гроциус до Аренс, па и Рене Декарт, како негов непосреден предходник), не ја апстрахира биолошката природа на човекот односно неговиот природен нагон на социјалност односно потребата од другиот, (за кое нешто, уште, во антиката зборува и Аристотел). Натаму тој, како и тие, човекот го издвојува од останатиот животински свет по имањето на свој ум (ум кој знае да мисли или како што би рекол Декарт: „Постојам, а тоа значи мислам“). Но, тој за разлика од сите нив оди чекор напред во поглед на конкретизирање на изворите од кои човекот ги црпи своите сознанија. Тој за такви ги зема: чулната (нагонската) и нечулната област кај човекот. При тоа, во првава (нечулната) област за извор на човекото сознание го зема самото искуство (емпиријата) во однос на нешто што предходно, веќе, постои (пример некој предмет). Со други зборови кажано, тоа е сознание кое следи (постериорно сознание). За разлика од чулната во нечулната област, според Кант извор на сознанието преставува чистиот ум, сватен, во смисла на трансцендентно сознание. Последново разбрано како сознание кое не се бави со самите предмети, туку со а приорните појмови за тие предмети, за чие појмно определување не е потребно било

какво предходно искуство. При ова, битно е да се каже дека Кантовиот чист ум не е само тоа, туку тој истовремено е и практичен ум, сватен во смисла дека тој ум и регулира (ум на законодавец). Оттука, и природното право настанато на тој начин, уште, е наречено умно право. Заклучокот од ова би бил дека Кантовото гледиште за природно право како умно, всушност, преставува своевидна синтеза на постериорното сознание (искуственото) и на а-приорното (трансцендентното, неискуствено) сознание.

Пред малку, веќе, реков дека овој концепт на природното право безрезервно е прифатен и од професорот Перовиќ. Но, должност ми е да кажам дека тој како предуслов за негово оживотворување ја земаше слободата. Така, често од него можеше да се слушне дали воопшто може да има место за „трансцендентни мисли“, за „чулност и разум во услови на неслобода.“ Одговорот негов секогаш беше краток. Не. При ова посебно се повикуваше на Фихте, (голем подржувач на гледиштето на Кант), но пред Фихте, уште и на знаменитиот германски мислител Хеѓел, а посебно на неговата сентенца: „Сверата на правото е свера на слободата.“

Почитувани,

По ова, дозволете ми сега да се вратам на Хексагонот на природното право, кој погоре ви го спомнав. Но, пред да пристапам да ви зборувам за неговото суштинско значење допуштете да ви покажам како тој изгледа аплициран на бел лист хартија. Погледнете тој е изразен во шест темелни меѓусебно поврзани агли, кои надворешно се затворени со кружна линија, при што полињата надвор од неговото поле, се осенчани во темно. Овој цртеж на шестоаголникот и кругот околу него, настана спонтано, (пред самиот овој мој настап пред вас). Пред тоа немав некоја замисла како тој би изгледал ако биде аплициран на лист хартија или на некој друга подлога. По неколку неуспешни обиди успеав тоа да го направам. Но, кога се загледав во него некако како да се најдов затечен кога видов дека вака аплицираниот Хексагон од мене, вушност, ја преставува Давидовата Свезда, која, познато е, национален симбол на Република Израел. Како и да е, откако завршив со цртежот на самиот Хексагон, без некоја посебна причина, нешто ме натера истиот да го сместам во овој затворен круг, а полињата во него (кругот), кои се надвор од полето на Хексагонот да ги засенчам (затемнам), како што и ги гледате на овој цртеж. Можеби првичната идеја да го сторам тоа ми била со исенчувањата на овие полиња по јасно да го направам видлив самиот Хексагон. Без да имам јасен одговор за кругот и засенчаните полиња во негови рамки мислата ме

врати на самиот Хексагон. Но, сега не гледајќи го него како симболичен шестоаголен приказ на шесте базични природни права на човекот, туку како национален симбол (во форма на шестоаголна Свезда) на еден од најстарите старозаветски народи Израелскиот, (кому како на избран народ бог му се покажал на начин што своите десет божии заповеди исклесани (врезани) на камена плоча му ги предал на Мосије, избавителот на Израелите од ропството под Египетскиот Фараон. Во истиот тој момент ако нешто си помислив тоа беше: „Можеби оваа шестоаголна Свезда (во задскриена форма) е и избраниот знак преку кој симболично ни се соопштува постоењето на природното право, (како што и самата природа понекогаш низ одредени знаци ги открива своите закони“). Сакајќи да поверувам во ова, уште си реков: „Можеби и професорот токму и од тоа бил воден при изборот на неговиот шестоаголен симбол (Хексагонот) на Копаоничка школа на природното право, (но, само што, несакал тоа и да го објави“). Ми се чини дека последново како да може на некој начина да се поврзе и со она што професорот понекогаш знаеше да ми го каже, дека како да некои невидливи природни сили се спуштале од висините на небесата на Панчичев врв на Копаоник кои му ги средувале мислите поврзани со содржината на неговите беседи и на тој начин му овозможувале нив усмено да ги изложува пред уважениот аудиториум на Копаоничката школа на природното право.

Почитувани,

по такви размисли за Хексагонот еве ме тука пред вас сега да ја изложам и самата негова суштина, но и да ги објаснам засенчените полиња од кругот, кои се надвор од полето на самиот Хексагон, за кои некако ми дојде одредена идеја. Па да почнам.

Почитувани,

Професорот Перовиќ, реков, веќе, погоре во мојата реч, беше човек кој имаше повеќемилениумско мисловно патување. Тој на овој долг мисловен пат дојде до ризницата на знаењето оставено во наследство на човештвото од најголемите умови познавачи на феномените од домените на правото и од домените на филозофијата на правото. Тоа нему му овозможи да акумулира огромно богатство од знаење од споменатите два домени, но би рекол и многу повеќе од тоа. Врз основа на тоа свое знаење со манири на големите умови и со невидена жар ја отпочна и постојано ја доградуваше својата градба која со право беше ја именувал: „Копаоничка школа за природното право.“ Тој за неа велеше дека искрено верува дека ќе надживее многу генрации и постојано ќе има некоја своја

„нова“ младост. Јас искрено верувам во тоа. Но, и нешто повеќе од тоа. Верувам дека тешко и може некој кој има сериозна намера да се бави со правото и во негови рамки посебно со природното право дека ќе може да го прави тоа без, притоа, да се користи со ризницата на знаењето сместено, симболично да се изразам, „во депото“ на Копаоничката школа за природното право.

Во оваа ризница со неизмерливо ниво на знаење на високо, би рекол и на највисоко место, се наоѓа и Хексагонот на природното право, кој професорот Перовиќ и го „подари“ на овде спомнатата Школа, а преку неа и на човештвото.

Почитувани,

Времето не ми дозволува да одам во поединости во претставување, овде, пред вас на Хексагонот. Но, сметам дека со она што во продолжение ќе го кажам за него ќе биде доволно за да се разбере во што се состои неговата суштина.

Професорот како голем познавач на феноменот природно право сметаше дека целокупното знаење за овој феномен, без оглед на сите негови одделни појавни форми во вид на поединачни права на човекот, може во една згусната синтетизирана форма да се изразат низ шест базични човекови природни права, обединети во едно целo, кое тој симболично го претстави во понудениот од него Хексагон (шестоаголник).

Почитувани,

Дозолете ми сега во кратки црти да ви ги преставам одделно шесте базични природни права симболично изразени преку шесте обединети агли во Хексагонот. Со цел по јасно да се види тоа јас на овде аплицираниот Хексагон, кој го имам во рака, секое одделно право од шесте базични природни права одделно го запишав кон одделен негов агол, кој и го симболизира тоа право. Како што може да видите тоа се следните шест природни права на човекот: Правото на живот, правото на слобода, правото на имот (сопственост), правото на интелектуалното творештво, правото на правда, и правото на правна држава. Понеколку зборови за секое од нив.

- Правото на живот е поврзано со човековото постоење. Тоа во таа смисла што, како што често велеше Професорот „човекот е дело на самата природа, но истовремено е и дел од таа природа“. Како таков, ќе додадеше професорот „тој (човекот), по законите на природата на еднаков начин доаѓа и на еднаков начин си оди од овој свет.“ Ако се има во предвид овој факт секоја цивилизирана заедница во уредување на

односите поврзани со човековото право на живот треба да настојува по сите основи да обезбеди достоинствени услови за живот на секој свој граѓанин, без оглед на неговиот различен статус (пол, раса, вероисповест, политичка определба, степен на образование, вработеност односно невработеност, здравствена заштита, право на образование и разни други статуси поврзани со одредени постаки (лишување од слобода, издржување на казна, тортура, лишување од живот по основ на осуденост (смртна казна) и слично.

- Правото на слобода е тесно поврзано со преходното право на живот. Тоа во таа смисла што животот на човекот според природниот нагон на социјалност, (произлезен од неговата биолошка природа) својот живот го остварува во заедница (а не робинзонски). Отука, тој во таа заедница ги остварува сите пројавни видови на слобода (слобода на движење, слобода на мисла, слобода на говор, слобода на политичко организирање, слобода на верска припадност, слобода на работа, како и бројни други видови на слобода (какви што се на пример и оние од имотната свера (слободно да го користи и да располага со својот имот, слободно да се договара во прометните односи, слободно преку тестирање да го пренесува својот имот на наследниците и сл.). Со оглед дека сите овие права на слобода се остваруваат во социјална средина, во која правата на едниот се пресретнуваат со правата на другите од таа средина тие права на слобода по своето дејство се ограничени (релативни), а не апсолутни. Ова практично значи дека правото на слобода на која и да било единка може слободно да „оди“ да се остварува само додека со него не се повредува правото на било која друга единка од дадената социјална средина.

- Правото на имот (сопственост) е поврзано со предходните две природни права на човекот. Секој човек заради обезбедување на средства за живот слободен е во рамките на своите физички и умствени способности да се користи со предметите и плодовите на својот труд, како и да може да прибавува одредени предмети и плодови од природата. На овој начин стекнатите предмети и плодови според рационалното (умно) природно право му припаѓаат на човекот кој нив ги создал или прибавил од природата. Кога оргизираната политичка заедница ова со позитивноправна норма ќе го уреди и признае тогаш стекнувачот односно прибавувачот врз овие предмети односно плодови се стекнува со право на сопственост. При ова, имајќи во предвид дека ова право, како и предходното, се стекнува во социјална средина, тоа коегзистирајќи во таа средина со правата на другите (поединечни и заеднички) се остварува до нивото на општествено прифатената толеранција во однос на создадените сопственички разлики

и во секој случај, тоа треба да остане во рамките на реалните можности на неговиот носител. Во контекст на ова Професорот со право упатува и на големиот римски мислител Улпијан, кој во познатата негова синтаagma од Дигестите, меѓудругото ќе рече: „...на секому да му се даде она што му припаѓа.“ како, што упатуваше и на Гетеовиот Прометеј, кој на прашањето од неговиот брат: „Што е твое“ одговара: „Ни повеќе ни помалку од она што влегува во кругот на моето делување.“

- Правото на интелектуално творештво, сватено во смисла секој да може слободно да твори (создава) во сверата на науката, книжевноста и во сверата на уметностите, и да се стекнува со материалните и моралните права поврзани со интелектуалната творба која што настанала како креација на неговиот ум. Во поширок контекст, во корпусот на ова право влегува и правото на било кој и да е човек да може слободно да се користи со резултатите на човековиот ум постигнати од порано во доменот на науката, техничко-технолошката свера, во сверата на уметностите и воопшто културата.

- Правото на правда, всушност, ја претставува самата правда сватена како вредносна категорија, (како идеја) кон која е насочено и самото право. Ако тоа (правото) ја „истерва“ правдата од себе тогаш тоа право и не е право туку антиправо. Пример на такво „право“ беа расистичките закони на Хитлер, кои во името на „неговата правда“ го предизвикаа грозоморниот холохаус на Евреите, како и оние на Сталин во СССР односно на комунистичкиот лидер на Камбоџа Пол Пот од седумдесетите години на минатиот век, кои од идеолошки причини однесоа милиони свои граѓани во разноразни гулаци, во кои човечкото достоинство беше заменето со тешки човечки страдања и во најголем број на случаи овие страдања завршуваа со смрт. Добар пример за вакво право од антиката е оној на Софокле во неговото драмско дело Антигона, посветено на Антигона и нејзиниот владетел Креонт. Тој (Креонт), како што ни соопштува Софокле, во името на „своето право“ односно во името на „налогот на својата наредба“ и го одзел животот на Антигона затоа што таа спротивно на овој негов налог го погребала својот брат кој го загубил својот живот во битката со него. Овој вид право се сведува на познатата максима на Макијавели: „Целта ги оправдува средствата.“ Но, наспроти „правото“ на Креонт е правдата на Антигона, според која таа го одбила тој негов налог и мирно ја прифатила изнудената смрт од Креонт. Заслужува во парафразирана форма да го слушнете диалогот воден помеѓу нив двацата: Креонт прашува: Дали ти знаеше за налогот на мојата наредба? На тоа Антигона одговара: Мене таков налог не ми дал Зевс. Ниту правдата одредила ... таквите закони да ги почитуваат

лугето. И не мислам дека твојте закони се толку јаки, за да можеш ти како обичен смртник да ги повредуваш божествените непишани и непогрешиви закони. Тие не се од денеска, ниту од вчера, тие се вечни и никој не знае од кога се. Затоа не може било каков страв од било кого да ме наведе нив да ги погазам. Да заклучам: само правдата, како прамајка на правото, (затоа што таа постоела и пред неговот постоење), е таа која бара еднакво однесување спрема еднаквиот на себе (комутативна правда) и не еднакво однесување кон не еднавиот (дистрибутивна правда).

- Правото на правна држава, како последно од шесте фундаментални природни права, е нужно поврзано со предходните пет природни права. Ова во таа смисла што ако во една дадена општествено-политичка заедница (држава) не е создаден доволен простор и амбиент овие права во доволна мера да бидат смерници (урнекот) во градењето на нејзината правна регулатива или пак, и кога ова и би бил случај, но изостане правораздавањето на правдата во примената на истата ова регулатива тогаш за таквата заедница тешко може да се каже дека претставува правна држава. Отука, заклучокот би бил дека правото на правна држава би било можно само ако правниот систем во дадената држава е заснован на начелото на легитимитет на правото во неговото настанување и на начелото на легалитет на правото во постапката на неговата примена.

Почитувани,

Кога сум кај овде изнесените шест основни природни права на човекот останува моја должност само со неколку реченици да ви дадам одговор на прашањето што симболизираат затемнетите полиња надвор од полето на самиот Хексагон кој е затворен во круот аплициран на овој бел лист хартија. Одговорот е краток. Тоа се полињата кои го симболизираат позитивното право, во кое се уште се присутни доволно елементи кои се израз на чулноста на човекот или поинаку речено на неговите биолошки својста (нагоните). Во контекст на ова професорот знаеше да рече: „На глобусот на позитивното право има два пола- умност и чулност“ Кој пол ќе преовлада во позитивното право зависи од нивото на умноста и чулноста во овие полови. По големо ниво на умност во ова право значи и негова поголема праведност и обратно поголемо ниво на чулност во него значи и поголема негова неправедност. Тоа ќе биде така, како што велеше професорот „се додека природата не ја открие својата вечна тајна зошто човекот доаѓа и заминува, (од овој свет м.з.), со која природна цел се прави тоа, дотогаш нема да биде воспоставено (целосно м.з.) владеење на природното право.“ Тоа би значело дека тие два вида на право: позитивното и природното преставуваат дуалитет кој „судбински“

е наложен од самата природа. Оттука, тие, „сакале или не“, како што во минатото, така и во сегашноста, но и во иднината ќе продолжат да коегзистираат заедно, но со очекување дека полето на умност во нив ќе биде се поголемо наспроти полето на чулност. Во секој случај, изборот е во човекот и неговата степен на умност.

Почитувани,

На самиот крај привршувајќи ја ова моја реч дозволете ми да ви се заблагодарам што имавте доволно интерес да ја ислушате до самиот крај, иако таа го надмина времето определено од организаторот на конференцијата.

Почитувани,

Според христијанскиот обичај, не знам можеби и по обичаите на други религии е така, требаше на почетокот на ова моја реч да ве повикам и со едно минутно молчење да му одадеме почит на професорот, кој повеќе не е со нас. Но, во овој случај јас свесно не го сторив ова. Ова од причина што тој со опокојувањето само физички се оддели од нас, но не и духовно. Тој и самиот во некоја од своите беседи зборува за тоа дека во борбата на телото со душата умира само телото, но не и душата. Токму така почитувани. Во преносна смисла тоа и не значи друго, туку, дека тој, иако сега е во божиите небесни височини, сепак, со сето свое духовно битие, со сето она знаење, од доменот на правото и филозофијата на правото и посебно природното право, што го остави како дар за целото човештво, и денеска и утре и за секогаш го прави да биде присутен помеѓу љубителите на правната и филозовско-правната мисла. Со еден збор, тој духовно за секогаш останува во овоземниот свет и да учи и да подучува, каков што бил, е и останува да биде и големиот антички мислител Сократ. Во чест на ова, сега, место едноминутно молчење, ве поканувам сите да станете и со еден громогласен аплауз да ја искажеме нашата благодарност за се она што професорот Перовиќ ни го остави во наследство од доменот на правно-филозовското учење за природното право и за неговиот однос кон позитивното правото.

ПРИЛОГ КОН ТЕОРИЈАТА ЗА ЗЛОУПОТРЕБАТА НА ПРАВОТО

Значење на темата

Темата на Конференцијата „Злоупотреба на правото наспроти владеење на правото“ е актуелно прашање, особено во денешно време кога многу се зборува за правото, правдата и за владеење на правото. Етерот е полн со тие зборови, посебно за време на претседателската кампања за избор на нов претседател на Републиката - петти по ред од осамостојувањето на Република Македонија. Заслуга за тоа имаат претседателски кандидати - сите тројца правници и универзитетски професори. Сите тројца живеат од правото и во името на правото влегоа во политичката арена, изразувајќи желба да бидат, „поданици на царството на правото“.¹

Во изминатите години на самостојност на Република Македонија, воглавно се зборува за владеење на правото, а многу ретко за злоупотреба на правото од страна на неговите субјекти. *Juridica prima* е прва која злоупотребата на правото ја актуализира, настојуваќи преку живиот разговор меѓу одделни делови од јуреспруденцијата да се дојде до една поразвиена теорија за злоупотребата на правото која би го опфатила и приватното и јавното право. На оваа конференција присутни се претставници на правната наука, на правната практика и на правното образование - три битни елементи на модерната јуриспруденција.

Од насловите на трудовите се чини дека *Juridica prima* се движи во добра насока. Од осумдесетина пријавени труда за оваа конференција, десетина од нив во фокусот ја ставаат злоупотребата на правото во областа на граѓанското процесно право, наследното, семејното,

* Редовен професор на Правниот Факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ - Скопје

¹ Ronald Dvorkin, *Carstvo prava*, Filip Visnjic, Beograd, 2003, стр. 5

финансовото, судското и парламентарното право. Доминираат автори - цивилисти, од докторанти и судии до универзитетски професори, што не е случајно. Теоријата за злоупотреба на правото е зачната прво во граѓанското процесно право, од оние правници кои први го забележале „бесното парничење или процесното малтретирање“ на странките. Меѓу таквите цивилисти е и професорот по граѓанска судска постапка, Адам Лазаревиќ, основоположник на теоријата за злоупотребата на правото во СФРЈ и Декан во два мандата на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.²

Злоупотребата на правото послабо се забележува во сферата на јавното право. А злоупотреби има многу, дури и потешки од оние во сферата на приватното право. Правниците од областа на јавното право не покажуваат ист сензибилитетот за злоупотребите како правниците од областа на приватно право. За разлика од последните кои се наклонети кон правните синтагми, првите воглавно користат синтагми од морален и политички карактер. На пример, често ја користат синтагмата: „Нека победи правдата па дури и светот да пропадне“ (*fiat iustitia, pereat mundus*). Или ја подржуваат друга крајност: „Нека живее светот, а правдата нека пропадне“ (*pereat iustitia, vivat mundus*). Наспроти тоа, цивилистите покажуваат одмереност кога е во прашање правдата: „Нека живее правдата, но нека и светот се развива“ (*vivat iustitia, ut floreat mundus*).³

Има и обиди злоупотребата на правото да се сведе исклучиво на кривично дело - злоупотреба на службената положба на носителите на јавните функции. Станува збор за редукција на теоријата за злоупотребата на правото, врзувајќи ја злоупотребата на правото исклучиво за државните органи. Денешното јавно право е под нивото на римското јавно право (*jus publicum*) кое на злоупотребата на правото гледало многу пошироко.

Поим на злоупотребата на правото

Злоупотреба на правото постои тогаш кога одредено физичко или правно лице ги користи своите субјективни права на начин кој ги повредува субјективните права на другите лица. Станува збор за субјективно право (*jus*) засновано врз објективно право (*lex*). Нормата од која извира субјективното право може да биде во конкретен случај нејасна или недоречена, без оглед дали станува збор за општа или поединечна норма. Поради тоа може да се случи во вршењето на едно

² Адам Лазаревиќ, Судскиот систем на СФРЈ, Скопје, 1970, стр. 17

³ Рудолф фон Јеринг, Циљ у праву, ЦИД, Подгорица, 1998, стр. 186

правно засновано субјективно право да се попречи исто така правно засновано субјективно право на друго лице. Таквата можност, веројатно не можела да се предвиди при донесувањето на одреден пропис како основа на објективното право.

Општиот поим на злоупотребата на правото се состои во употребата на своето право на начин со кој на другиот субјект целосно или делумно му се оневозможува користењето на неговото право. За поимот на злоупотребата на правото битно е тоа што не се врши прекршок, туку станува збор за полноважно право. Значи, не се врши нешто што е забрането (прекршок), туку нешто што е допуштено (субјективно право).

При операционализацијата на наведениот поим, постојат различни гледишта. Едното е субјективно, а другото е објективно. Според субјективното гледиште, потребно е да постои намера кај извршителот на другиот да му наштети со вршењето на своето субјективно право. Објективното гледиште, пак, смета дека е доволно да постои неправилно или ненормално вршење на своето право, односно вршење на правото спротивно на неговата цел. Во таков случај постои злоупотреба на правото, без оглед дали постои намера кај извршителот за злоупотребата на неговото субјективно право.⁴

Ако не би имало субјективно право, тогаш лицето би постапувало бесправно или противправно. Тоа би било бесправно или противправно постапување, а не злоупотреба на правото. Кога е во прашање бесправното постапување, станува збор за неправо или за „фалсификувано право“. Па затоа се зборува за „граѓанско неправо“ или за „кривично неправо“.⁵

Примери на злоупотреба на правото

Злоупотреба на правото постои во сите гранки на правото. Но, за злоупотребите малку се зборува. Повеќе се зборува за примена на правото или за владеење на правото. За злоупотребите ретко се зборува, помалку отколу во предходниот систем (социјалистичко самоуправање). А и денес постојат бројни примери на злоупотребата на правото. Еве неколку примери од областа на граѓанското, кривичното и уставното право, пришто носители на злоупотребата се физички или правни лица (државни органи).

На пример во граѓанската судска постапка злоупотребата се врши и од страна на странките и од страна на судот. Постапката трае

⁴ Pravna enciklopedija, 2, SA. Beograd, 1985, стр. 1964

⁵ Рудолф фон Јеринг, Циљ у праву, ЦИД, Подгорица, 1998, стр. 213

предолго време, со голем број рочишта. Странките ги злоупотребуваат своите процедурални права и ја одоговлекуваат постапката, а судот тоа го толерира. На пример, судска постапка, за одредено кривично дело, трае и преку 66 рочишта. Долго трајат и парничните постапки. Толку долго што таквите постапки се претвараат во вистинско малтретирање на обвинетите и оштетените страни. Отука со право, познатиот судија Ханд од САД „повеќе се плашел од судскиот спор отколку од смртта или данокот“.⁶

Големи злоупотреби на субјективните права врши и Собранието на РМ како законодавен и уставотворен орган. На пример, во Законот за сопственост и други стварни права од 2001 година извршено е поистоветување на добрата во општа употреба со државната сопственост. Собранието тоа го направи на несовесен начин, лишувајќи го општеството од народна сопственост, категорија позната уште од римското право, чии заштитници биле цензорите и едилите. Нашиот законодавец, многу лесно ја укина општествената сопственост врз добрата во општа употреба, а со тоа му ја одзеде и материјалната основа на општеството како субјект на правото. Последиците се огромни, особено со донесувањето на Законот за концесија и јавно приватно партнерство од 2012 година, со кој Владата станува вистински владетел со добрата во општа употреба. На дело е груба злоупотреба на овластувањата на Собранието и Владата на штета на субјективните права на граѓаните за кои општите добра се услов за одржување на нивниот живот.

И уставотворната власт се злоупотребува на штета на општеството, поради незнаење или други причини. На пример одредбата: „Во Република Македонија слободно е се што со Уставот и законот не е забрането“. Местото на наведената одредба не е во членот 8 каде што се определени темелните вредности на уставниот поредок на Република Македонија, туку во одделот за основните слободи и права на човекот и граѓанинот, како „одбранбени права“. Погрешното место на таа одредба се злоупотребува од вршителите на државната власт, сметајќи дека тоа начело важи и за државните органи, наспроти начелото на статусна или институционална уставност.

Наведената одредба е под нивото на Црногорскиот општ имотен законик од 1888 година во кој е вградена одредбата: „И што не е забрането може да биде нечесно“. Многу дозволени работи можат да бидат нечесни или недостоинствени, да бидат под нивото на пристојноста и неучтивоста, за кои опширно пишува Рудолф фон Јеринг, во неговите дела „Борба за правото“ и „Целта на правото“.

⁶ Ronald Dvorkin, Carstvo prava, Filip Visnjic, Beograd, 2003, стр. 11

Или, голем е дебалансот помеѓу слободите и правата на човекот и граѓанинот од една, и должностите на граѓанинот, од друга страна. Уставот познава 42 основни слободи и права, а само 4 до 5 должности. А без должности, слободите и правата се подложни на злоупотреба, на штета не само на граѓаните, туку и на државата и општеството како субјекти на правото.

Злоупотреба на правото врши и Врховниот суд на Република Македонија. Врховниот суд има субјективно право да донесува правни мислења заради обезбедување на единството во примената на законите од страна на судовите. Но Врховниот суд со своето правно мислење од 2018 година не врши усогласување на судската практика, туку дава автентично толкување на чл. 22 од Законот за Специјалното јавно обвинителство. На тој начин врши злоупотреба на правното мислење, со цел да ја попречи работата на СЈО во откривањето и гонењето на сторителите на казнивите дела. Злоупотреба во функција на неказливоста во општеството.

И Уставниот суд врши злоупотреба на правото. На пример, има право да го донесува Деловникот за своја работа. Со Деловникот може да го уредува начинот на својата работа, но нема право во тој акт да вградува и прашања од статусен карактер. На пример, со Деловникот од 1992 година ги вовеле времените мерки, ја определи долната граница на имунитетот на претседателот на Републиката и самоволно си обезбеди право на иницијатива за поведување постапка за оценка на уставноста на законите. Со симнување на наведените права од уставно на деловничко рамниште Уставниот суд своето субјективно право да донесува Деловник за својата работа го злоупотребил на штета на начелото на институционална уставност.

Уставниот суд знае да постапува и противправно. На пример, во февруари 2016 година, укинувајќи го Законот за измена и дополнување на Законот за помилување од 2009 година, го укина и членот 11 кој веќе бил укинат од страна на законодавецот во 2009 година. Се обиде да ја оживее мртвата норма, со цел на претседателот на Републиката да му овозможи противзаконита аболисија на 56 лица од април 2016 година. Уставниот суд заборавил на старото правило утврдено уште од страна на римското право: „Укинатиот закон не се оживува, ако се укине законот со кој што тој е укинат (*Abrogata lege abrogante, non reviviscit lex abrogata*).

Правниците имаат обврска да го чуваат правото од злоупотреба

Правото може да се злоупотребува ако се користи како средство за пресметка со политичките опоненти. Таков беше Законот за лустрација од 2008 и 2011 година. Лустрацијата е неподобно прашање за решавање со правни методи. Може да се решава со политички средства. Исто како што не можеше со судска одлука на Регионалниот суд во Токио од 1958 година да се протерат американските воени сили од територијата на Јапонија (Сунагава случајот).⁷

Горе наведените елементи можат да се искористат како основа за доградување на теоријата за злоупотреба на правото и нејзина поширока примена во доменот на јавното право. Тоа е превасходна задача на уставното право и на другите гранки од областа на јавното право, потпирајќи се на веќе постигнатите резултати на приватното право и на правната мисла на најистакнати цивилисти како што се Рудолф фон Јеринг, Адам Лазаревиќ и Слободан Перовиќ.

Дојран, 8 мај 2019

⁷ Тадаказу Фукасе, Светомир Шкарнич, Мирот и уставите, БЦМ. Скопје, 1997, сдтр. 179

Проф. д-р Борче Давитковски*
Проф. д-р Елена Давитковска**

МОДЕРНИЗИРАЊЕ НА МАКЕДОНСКОТО ПРЕКРШОЧНО ПРАВО: ЗАКОНОТ ЗА ПРЕКРШОЦИТЕ ОД 2019 ГОДИНА

UDK:35.077.2:340.13(497.7)“2019”

Review paper

Апстракт: *Хронолошкиот развој на македонското прекршочно право е таков што по независноста на државата се донесени вкупно три прописи (закони за прекршоците) со кои се уредуваат општиот дел од прекршочното право и прекршочното процесно право – Законот за прекршоците од 1997 година (Службен весник бр. 15/1997), оној од 2006 година (Службен весник бр. 62/2006) и оној од 2015 година (Службен весник бр. 124/2015). Она што неминовно би се забележало во поглед на овие три прописи е дека за разлика од првиот и вториот – кои се разликуваат во повеќе аспекти, а особено во поглед на надлежноста за водење на прекршочни постапки и изрекување прекршочни санкции – вториот и третиот речиси воопшто не се разликуваат. Имено, иако Законот за прекршоците од 2015 година беше најавуван како сериозен реформски зафат, во теоријата постои широка согласност дека најголемиот дел од одредбите беа реплицирани од Законот за прекршоците од 2006 година. Со тоа, се разбира, и проблемите во прекршочното право продолжија да егзистираат. Од таа причина во 2018 година се пристапи кон подготовка на нов Закон за прекршоците кој беше изгласан од страна на Собранието на Република Северна Македонија на 04.03.2019 година. Овој пропис претставува сериозен реформски зафат, со бројни новини: попрецизни општи правила за одмерување на прекршочните санкции, нови прекршочни санкции и засилена употреба на опомената, пократки рокови за застареност и слично. Од таа причина, во овој труд ќе бидат не само расветлени новините кои се содржани во Законот за прекршоците од 2019 година (кој во моментот на пишувањето не е влезен на сила*

* Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“ Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

** Вонреден професор, Економскиот институт Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ во Скопје

поради тоа што указот за негово прогласување не е изгласан) туку и истакнати предностите во поглед на неговите претходници.

1. Вовед

Набљудувајќи го развојот на прекршочното право на Република Северна Македонија¹ можеме да проговориме за вкупно четири етапи. Првите три етапи се врзуваат со Законот за прекршоците од 1997 година (Службен весник бр. 15/1997), Законот за прекршоците од 2006 година (Службен весник бр. 62/2006) и Законот за прекршоците од 2015 година (Службен весник бр. 124/2015), респективно. Четвртата, пак, се врзува со Законот за прекршоците од 2019 година (Службен весник бр. 96/2019). Кога би се осврнале на основните одлики на секој од овие закони, односно на прекршочноправниот режим во секоја од трите етапи, би се испоставило дека суштествени разлики можат да се јават само помеѓу првата и втората. Имено, основната карактеристика на Законот за прекршоците од 1997 година беше *монистичкиот* карактер на прекршокот, односно непостоењето на дихотомија во поглед на надлежноста за водење на прекршочни постапки и изрекување на прекршочни санкции. Со други зборови, категоријата „прекршочен орган“ (како органи на управата и други државни органи надлежни да изрекуваат прекршочни санкции) не постоеше, така што единствено судовите утврдуваа прекршочна одговорност и изрекуваа санкции. Секако, воопшто не беше изненадувачки фактот што ваквото законско решение не траеше ниту една деценија. Веднаш откако неговата имплементација започна се забележа пренатрупаност на судовите со прекршочни предмети,² а со самото тоа се намали и нивната ефикасност и ажурност. Законот за прекршоците од 2006 година воведо промена токму во поглед на ова прашање. Прекршоците повеќе не претставуваа единствена категорија, односно се поделија на *судски* и *управни*. Во секој случај, иако овој закон беше позитивен од аспект на растеретувањето на судовите тој доведе до низа други проблеми во прекршочноправната

¹ Во овој текст наизменично ќе се користат називот „Република Македонија“ и „Република Северна Македонија“ зависно од тоа дали се говори за периодот пред или по стапувањето на сила на Амандманот XXXIII од Уставот на Република Македонија (Службен весник бр. 06/2019).

² Давитковски Б., Павловска-Данева А. (2016). Прекршочната постапка пред органите на управата - зголемена ефикасност или намалена правна сигурност. Македонска ревија за казнено право и криминологија, Здружение за кривично право и криминологија на Македонија, Скопје, стр. 26.

рамка. Тие произлегуваа како од одредбите за висината на глобите, така и од другите материјалноправни и процесноправни решенија. Нив ќе ги елаборираме во натамошниот текст. Она што пак е поразително во врска со нив е дека тие не се решија ниту со Законот за прекршоците од 2015 година; напротив забележано беше продлабочување. Сето тоа доведе до изработка на Законот за прекршоците од 2019 година. Целта на овој труд е да се претстават токму неговите одредби и да се зацртаат разликите од Законот за прекршоците од 2015 година. На тој начин ќе се придонесе во подобро разбирање на прекршочното право на Република Северна Македонија, но и во поттикнување на теоретските дискусии за квалитетот на новите законски решенија.

2. Проблемите и предизвиците на прекршочноправниот режим пред донесувањето на Законот за прекршоците од 2019 година

Во воведните напомени беше наведено дека системскиот пропис кој ги уредуваше општиот дел на прекршочното материјално право и прекршочната постапка се до 2019 година, имено Законот за прекршоците од 2015 година, предизвикуваше повеќе проблеми и потешкотии во целината на прекршочноправниот режим. Нив ги изложуваме во продолжение, со цел да се утврди дали и во која мера тие се тангираат и решаваат со Законот за прекршоците од 2019 година.

2.1. Инфлација на прекршоците во правниот систем на Република Македонија

Инфлацијата на прекршоците во правниот систем на Република Македонија се должеше на формалистичката законска дефиниција на прекршокот која на ниту еден начин не поставуваше рамка за нивното пропишување. Определувајќи ја тафтологијата „прекршок е секое дело кое со закон е определено за прекршок“ законодавецот не ги ограничуваше своето овластувања да пропишува поединечни прекршочни дела туку, напротив, оставаше преширок простор за негова „креативна“ нормативна активност. Како секундарна причина за инфлацијата на прекршоците, пак, се јавуваше општоприфатената практика (т.е. практика која постои во секоја земја) прекршоците да се предвидуваат со материјален закон.

Поради наведеното, во Република Македонија во моментот на важење на Законот за прекршоците од 2015 година постојеја повеќе од 230 материјални закони кои предвидуваат прекршок,³ а бројот на

³ Давитковски Б., Давитковска Е., „Prekršaji u Makedoniji“, *Croatian and Comparative Public Administration*, vol. 1 (2013), стр. 203.

прекршочни одредби во сериозен дел од нив е огромен.⁴ Оваа слика не е премногу сменета ниту во моментот на пишување на овој труд.

Ваквото интензивно предвидување на прекршочни одредби ги доведуваше во незавидна положба не само македонските граѓани туку и прекршочните органи, односно органите на јавната администрација кои водеа прекршочни постапки. Голем дел од службениците во нив воопшто не ги познаваа сите прекршоци за кои имаа стварна надлежност, а дел од органите значително доцнеа со формирањето на сопствените прекршочни комисии.⁵ Сето тоа го отежнуваше функционирањето на правниот систем и доведуваше до нестабилност во севкупниот правен сообраќај на државата.

2.2. Дискрепанца помеѓу прекршочните дела и постоење на преригорозни глоби и постоење на енормни глоби

Освен инфлацијата, како непосредна последица од формалистичката дефиниција на прекршокот се јавуваше и огромната дискрепанца помеѓу поедините видови прекршоци. Додека некои од прекршоците во Република Македонија штитеа правни добра кои се клучни за општествениот живот (животната средина, правото на конкуренција) други штитеа правни добра чие повредување доведува до минорни последици по општеството односно стабилноста на животот во него (јавен ред и мир). Тоа, пак, се одразуваше на санкциите за прекршоците кои, поради отворената рамка која ја оставаше Законот за прекршоците,⁶ премногу варираа креирајќи дисторзија во правниот систем. Бидејќи во оваа прилика цениме дека илустративниот пристап е далеку поцелисходен од дескриптивниот на тој начин ќе објасниме зошто тврдиме дека во Република Македонија имаше преголема дискрепанца помеѓу самите прекршоци и зошто прекршочните санкции се преригорозни. Притоа, напоменуваме дека оваа фактичка состојба во прекршочното право не е значително променета ниту по стапувањето на сила на Законот за прекршоците од 2019 година.

Во нашето законодавство најголем дел од прекршоците против јавниот ред и мир (беа и сè уште) се пропишани во истоимениот Закон за прекршоците против јавниот ред и мир (Службен весник бр.

⁴ Бројот на прекршочни одредби во Законот против јавниот ред и мир (Сл. весник на РМ бр. 66/2007 и 152/2015) е поголем од 30, без засметување на квалифицираните облици.

⁵ Давитковски Б., Павловска-Данева А., „Прекршочната постапка пред органите на управата – зголемена ефикасност или намалена правна сигурност?“, Македонска ревија за казнено право и криминологија, Здружение за кривично право и криминологија на Македонија, Скопје, 2016, стр. 30.

⁶ Член 15, ст. 1 од Законот за прекршоците од 2015 година.

66/2007 и 152/2015). Станува збор за прекршоци меѓу кои се вбројуваат фрлањето и кршењето на шише или чаша на јавно место, оддавањето на пијанство или пак викањето на јавно место, користењето на технички уреди во периодот помеѓу 15:00 и 18:00 часот и слично. Прекршоците се санкционираат со глоба, а најголемата согласно овој закон се движи до 2000 евра во денарска противвредност. Наспроти овие, законодавството на Република Македонија познава(ше) и евидентно потешки прекршоци. Едни од нив се оние кои се предвидени во Законот за животната средина,⁷ кои се поделени на три категории, а меѓусебно се делат според битието и тежината на прекршочната санкција (глобата). Без да навлегуваме во нивна подробна елаборација само ќе споменеме дека во третата категорија на најтешки прекршоци влегуваат прекршоците кои како објект на заштита, на најнепосреден начин, ја имаат животната средина. Станува збор за прекршоците кои може да ги стори правно лице кое: произведува и испушта загадувачки материи и супстанции во животната средина, коишто ги надминуваат пропишаните норми, како и не постапува со нив на пропишаниот начин;⁸ врши увоз, извоз и транзит во/од/низ Република Македонија на опасните супстанции, штетните материи и производи, спротивно на забраната, ограничувањето или контролата од истиот Закон;⁹ емисиите на супстанциите определни во дозволата не ги испушта согласно со определените гранични вредности;¹⁰ и врши низа други дејствија кои се сметаат за прекршок од трета категорија. Согласно споменатиот Закон тие се санкционираат со глоби кои можат да достигнат и до 100,000 евра во денарска противвредност. Како друг илустративен пример, би ги посочиле и прекршоците предвидени во Законот за заштита на конкуренцијата.¹¹ Според неговите одредби за прекршок се смета, на пример, секое склучување на договор од страна страна на претпријатие со кое се нарушува конкуренцијата на пазарот.¹² И овој прекршок, евидентно, штити многу позначајно добро од сите прекршоци против јавниот ред и мир, особено земајќи предвид дека слободата на пазарот и претприемништвото е и темелна вредност на Уставот на Република Македонија,¹³ како и дека монополската положба (и злоупотребата на

⁷ Сл. весник на РМ бр. 53/2005, 81/2005, 24/2007, 159/2008, 83/2009, 48/2010, 124/2010, 51/2011, 123/2012, 93/2013, 187/2013, 42/2014, 44/2015, 129/2015, 192/2015 и 39/2016.

⁸ Член 20 од Законот за заштита на животната средина.

⁹ Член 22 од Законот за заштита на животната средина.

¹⁰ Член 107 од Законот за заштита на животната средина.

¹¹ Сл. весник на РМ бр. 145/2010, 136/2011, 41/2014 и 53/2016.

¹² Поимот конкуренција на пазарот е дефиниран во членот 7 од Законот за заштита на конкуренцијата.

¹³ Сл. весник на РМ бр. 52/1991.

доминантната положба) го загрозува функционирањето на пазарот. За овој прекршок може да се изрече глоба во процентуална вредност, до 10% од вкупниот годишен приход на претпријатието во последната деловна година.

Прашањето кое се поставува во оваа прилика е – дали е соодветно да постои ваква дискрепанца помеѓу едни и други прекршочни дела? Зарем не се создава со тоа дисторзија во правниот систем, односно практика во која како прекршочно може да се предвиди секое поведение, независно дали неговата штетна последица е исклучително ситна – вознемирување на неколкумина или пак исклучително тешка – загрозување на животните услови во цело едно населено место? Дотолку повеќе, зар е соодветно прекршоците да можат да се санкционираат и со глоба од повеќе стотици илјади евра? Оваа критика дотолку повеќе добива на тежина, доколку се земе предвид дека максималната парична казна за правно лице кое сторило кривично дело е приближна на 100,000 денари (1,626 евра).¹⁴

Се разбира, наведеното веќе доведува до заклучок дека уште една аномалија на прекршочното право, за која не постои потреба посебно да се образложува, беше можноста со посебен закон да се предвидуваат повисоки глоби од максималните предвидени во членот 15, ст. 1 од Законот за прекршоците од 2015 година.

2.3. Двојно санкционирање на трговецот-поединец

Законот за прекршоците од 2015 година во членот 15, ст. 1 предвидуваше дека „глобата за одговорно лице во правно лице и трговец поединец е 30% од одмерената глоба за правното лице односно трговецот поединец“. Практично кажано, законот содржеше една необјаслива небулоза - кога прекршок ќе биде сторен од страна на трговец поединец истото физичко лице беше одговорно и како трговец поединец и како „одговорно лице во трговец поединец“. Јасно е дека стануваше збор за недоследност на правниот систем, имајќи предвид дека за разлика од правното лице трговецот поединец не претставува посебен субјект на правото туку физичко лице кое се упишало во трговскиот регистар со цел да врши трговска дејност. Едноставно, ваквото решение доведуваше до двојно санкционирање за еден прекршок на истото лице.

¹⁴ Тупанчески Б., Кипријановска Д., „Прекршочната vis-à-vis казнената одговорност на правните лица во Република Македонија“, Македонска ревија за казнено право и криминологија, Здружение за кривично право и криминологија на Македонија, Скопје, 2016, стр. 59.

2.4. Несоодветно прекршочно процесно право

2.4.1. Нејасна поделба на надлежности помеѓу судовите и прекршочните органи

Оваа последица на непостоењето на јасен и прецизен објект на заштита на прекршокот во Република Македонија беше, всушност, непосредно поврзана со претходната (огромна дискрепанца помеѓу самите прекршоци). Повторно, наместо дескриптивно на проблематиката ќе ѝ пристапиме илустративно, односно апсурдите ќе ги образложиме преку два примери.

Од една страна го имаме багателниот прекршок од Закон за прекршоците против јавниот ред и мир, а тоа е кршењето на чаша со кое граѓанинот ги вознемирува своите сограѓани.¹⁵ За овој прекршок (беше и понатаму) е предвидена максимална глоба од 400 евра во денарска противвредност. Законодавецот одлучил дека е целесообразно на растеретувањето на судовите за овој прекршок да постапува Министерството за внатрешни работи, односно комисија во негови рамки. Против одлуката на Министерството за внатрешни работи граѓанинот може да поднесе жалба до Државна комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекцискиот надзор и прекршочната постапка.¹⁶

Од друга страна го имаме исклучително тешкиот и комплексен прекршок од Законот за заштита на конкуренцијата, а тоа е склучувањето на договор од страна на претпријатие, со кој се нарушува конкуренцијата на пазарот во Република Македонија. Ценејќи дека овој прекршок навистина штити значително посериозни вредности законодавецот предвидел и посериозна санкција. Имено, за ваков прекршок беше предвидено дека на претпријатието може да му се одземе (во форма на глоба) дури и до 10% од неговиот вкупен годишен приход во претходната деловна година. Она што, пак, останува нејасно е зошто законодавецот за ваков сериозен прекршок предвидел надлежност на хибриден орган (орган на администрацијата во поширока смисла), односно Комисијата за заштита на конкуренцијата? Според кои стандарди законодавецот оценил дека во правниот систем доследно ќе се почитува начелото на правна сигурност доколку едно регулаторно тело како што е Комисијата за заштита на конкуренцијата, кое во ниту еден случај не и припаѓа на судската власт туку е хибридно и поблиско до управната, може да изрече глоба и до 10% од вкупниот годишен приход на едно претпријатие во претходната деловна година? Земајќи во обзир дека таквата глоба, која во

¹⁵ Член 5 од Законот за прекршоците против јавниот ред и мир.

¹⁶ Согласно најновите законски решенија за второстепената заштита во управната постапка, Сл. весник на Република Македонија бр. 130/2014.

најекстремни случаи може да изнесува и до неколку стотици илјади евра, ќе го загрози самото битисување на претпријатието – зарем не е подобро неа да може да ја изрече само судски орган и тоа во кривична постапка или постапка заснована на кривичната?

Се претпоставува дека како одговор на поставените критички прашања македонскиот законодавец би ја понудил Регулативата 01/2003 на Советот на Европската унија, донесена на 16.12.2002 година.¹⁷ Во неа, односно во нејзиниот член 23 се предвидува дека Комисијата на Европската унија ќе изрече парична санкција (глоба) во висина и до 10% од годишниот промет/*turnover* (во претходната деловна година) на секое претпријатие (или збир на претпријатија) кое ќе ја злоупотреби доминантната положба на пазарот. Од ваквата одредба во членот 23 навистина се чини, на прв поглед, дека Регулативата 01/2003 ги оправдува и рационализира широките овластувања на Комисијата за заштита на конкуренцијата во Република Македонија, а аргументите уште повеќе се засилуваат кога ќе се спомене и принципот на ефикасност – регулаторните тела (во нашиот случај Комисијата за заштита на конкуренцијата) по правило се поефикасни од судовите, а злоупотребата на доминантната положба на пазарот мора да биде ефикасно и експедитивно неутрализирана. Всушност, мотивиран од овие аргументи и германскиот законодавец предвидел решение слично на македонското. Во правниот систем на Германија федерално тело кое ја штити конкуренцијата на пазарот е таканаречената „Федерална канцеларија за картели“ или во оригинал „*Bundeskartellamt*“.¹⁸ Станува збор за тело кое потпаѓа под Министерството за економија и енергетика и кое ги поседува истите овластувања како и Комисијата на Европската унија и Комисијата за заштита на конкуренција во Република Македонија. Имено, во случај на повреда на доминантната положба на пазарот германската „*Bundeskartellamt*“ може да го санкционира претпријатието со глоба до 10% од годишниот промет/*turnover* во претходната деловна година, а ваквата одлука единствено може да се спори пред Вишиот регионален суд во Дизелдорф. Сепак, постојат повеќе причини поради кои членот 23 од Регулативата 01/2003 и германското решение не можат да служат како аргумент во прилог на широките овластувања на македонската Комисија за заштита на конкуренцијата. Прво, самата Регулатива 01/2003 во оние членови во кои говори за соработката помеѓу Комисијата на Европската унија и властите на земјите членки ја користи формулацијата

¹⁷ Сл. весник на Европските заедници, бр. 46, 04.01.2003.

¹⁸ Германскиот Закон против ограничувања на конкуренцијата/*German Act against Restraints of Competition*, Федерален сл. весник на Сојузна Република Германија I/2013, 3245, p. 1750.

„компетентните национални органи или судови“, притоа имплицирајќи дека државите сами ќе одлучат чија надлежност ќе биде постапувањето и санкционирањето во случај на повреда на конкуренцијата. Второ, споменатата Регулатива ги алоцирала надлежностите за санкционирање кај Комисијата бидејќи институционалната рамка на Европската унија не содржи посоодветен орган, што не е случај во националните правни системи. Трето, целосното реципирање на европски, германски и други компаративни решенија во правниот систем на Република Македонија е несоодветно, имајќи предвид дека нивото на правна сигурност во нашата земја е значително помало, поради што и гаранциите за заштита на правата треба да бидат и повисоки – сериозни санкции овластувања да имаат само судовите, не и регулаторните тела. Оттаму, како пример за спротиставено на постоечкото, а сепак посоодветно за нашиот правен систем, би го истакнале решението од Австрија – Федералниот орган за заштита на конкуренцијата „Bundeswettbewerbsbehörde“ има превентивни и истражувачки надлежности, а санкциите ги изрекува суд.¹⁹ На тој начин во правниот систем на Австрија се овозможуваат обете начела: правната сигурност и ефикасноста. Од една страна високите санкции (до 10% од вкупниот годишен промет) може да ги изрече само суд, а од друга страна регулаторните тела постојано и ефикасно ја следат состојбата на пазарот и иницираат постапки со цел заштита на конкуренцијата.

2.4.2. Петтостепенa прекршочна постапка vis-à-vis начелото на економичност и ефикасност на постапката

Една од аномалиите на прекршочното процесно право на која научната мисла остро реагираше во повеќе наврати²⁰ претставува петтостепената прекршочна постапка, во оние случаи во кои надлежен за постапување е прекршочен орган (орган на управата или регулаторно тело). Следствено, во наведените случаи постапката би била следната: најнапред, прекршочниот орган ќе го ја поведе прекршочната постапка и ќе донесе првостепено решение. Физичкото односно правното лице тоа решение може да го обжалува пред Државна комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекцискиот надзор и прекршочната постапка. Откако споменатата Комисија ќе постапи (и донесе конечно

¹⁹ Fussenegger G., Schumacher F., Tahedl R., „LIDC 2016, Question A: Abuse of Dominant Position and Globalization – Austrian Report“, Ligue International Du Droit De La Concurrence, 2015, електронско издание.

²⁰ Давитковски Б., Павловска-Данева А., „Прекршочната постапка пред органите на управата – зголемена ефикасност или намалена правна сигурност?“, Македонска ревија за казнено право и криминологија, Здружение за кривично право и криминологија на Македонија, Скопје, 2016, стр. 30.

решение) странката има право, во случај да не е задоволна, да поведе управен спор пред Управниот суд на Република Македонија кој донесува пресуда. Пресудата на Управниот суд може да биде обжалена пред Вишиот управен суд чија пресуда, пак, би можела со вонредни правни лекови да се побива пред Врховниот суд на Република Македонија. Се поставува прашањето – како оваа постапка воопшто соодветствува на начелото на економичност и ефикасност на постапката предвидено во ЗОУП? Дополнително, теоретичарите сосема оправдано забележуваат дека македонскиот правен систем нуди посериозна правна заштита (или барем повеќестепена) во случај на сторен прекршок отколку кривично дело.²¹

2.4.3. Нејасна правна заштита во забрзаните прекршочни постапки

Станува збор за уште една аномалија на прекршочното законодавство во Република Македонија, поточно на Законот за прекршоците од 2015 година, на која научната мисла реагираше во повеќе наврати. Имено, се поставуваше прашањето каква е правната заштита во постапката кога прекршочната постапка се поведува со врачување на мандатен платен налог. Од една страна физичките или правните лица немаа право на жалба во овие постапки, а од друга мандатниот платен налог не го носеше насловот на решение,²² односно не се сметаше за управен акт против кој може да се поведе управен спор.

3. Преглед на новините од Законот за прекршоците од 2019 година

3.1. Општи одредби

Супсидиерна примена имаат Законот за кривична постапка (за судските постапки за прекршоци) и Законот за општата управна постапка (за постапките пред прекршочните органи во рамки на органите на државната управа и другите државни органи). Две основни начела остануваат водилки во текот на спроведувањето на прекршочната постапка, а тоа се:

- **Забрана за двојно изрекување на санкции.** Тоа значи дека никој не може повторно да биде санкциониран за прекршок за кој веќе била водена постапка и за истото дејствие му била изречена кривична или прекршочна санкција;
- **Начело на пропорционалност** што претставува заштита на правата

²¹ Давитковски Б., Павловска-Данева А., „Прекршочната постапка пред органите на управата – зголемена ефикасност или намалена правна сигурност?“, Македонска ревија за казнено право и криминологија, Здружение за кривично право и криминологија на Македонија, Скопје, 2016, стр. 30.

²² Ibid.

на странките доколку тие не се на штета на правата на трети лица или на јавниот интерес: „Кога на странките во прекршочната постапка им се наложуваат обврски, судот односно прекршочниот орган е должен да ги примени оние дејствија кои се поповолни за странките, ако таквите дејствија се доволни за да се постигне целта утврдена со закон.“

Што се однесува до дефиницијата на прекршокот, таа останува исклучиво формалистичка, односно „прекршок е дело кое со закон е определено како прекршок и за кое е предвидена прекршочна санкција“.

3.2. Општи правила за одмерување на прекршочна санкција

При одмерување на прекршочната санкција се земаат предвид сите олеснителни и отежителни околности, а особено: степенот на одговорност на сторителот за прекршок, побудите од кои е сторен прекршокот, јачината на загрозувањето или повредата на заштитеното добро, околностите под кои прекршокот бил сторен, поранешниот живот на сторителот, неговите лични прилики и неговото однесување по прекршокот особено дали ја надоместил штетата, како и други околности кои се однесуваат на личноста на сторителот. При одмерувањето на глобата се има предвид имотната состојба на сторителот, висината на неговата плата, другите негови примања, неговиот имот и неговите семејни обврски, кај прекршоците од областа на даноците и царините и сразмерноста на висината на неплатените давачки на кои е обврзан со закон. Прекршочните санкции изречени за претходно сторен прекршок не може да се сметаат за отежнувачка околност, ако од денот на правосилноста на одлуката за прекршок до сторување на новиот прекршок поминала повеќе од една година.

Во членот 20 од Законот за прекршоци е предвидена посебна основа за ослободување од прекршочна санкција: „судот, односно прекршочниот орган може да го ослободи од прекршочна санкција сторителот на прекршокот сторен од небрежност кога последиците на прекршокот сторителот го погодуваат така тешко што изрекувањето на прекршочната санкција во таков случај не би одговарало на целта на санкционирањето“. Вака дефинираната одредба всушност претставува операционализација на погоре споменатото начело ан пропорционалност.

Кога прекршокот е сторен под особено олеснувачки околности, глобата може да се ублажи до општиот законски минимум. За прекршок извршен под особено олеснувачки околности, судот/прекршочниот орган може да го ослободи сторителот од прекршочна санкција ако сторителот сам го пријави прекршокот пред истиот да биде откриен или ако до

завршувањето на прекршочната постапка ја врати одземената корист на оштетениот, ја надомести штетата, или на друг начин ги надомести или поправи штетните последици на прекршокот (чл. 21).

3.3. Видови прекршочни санкции за физички лица

Законот за прекршоци во поглед на видовите санкции за физички лица предвидува одредени измени (означени во набројувањето со болдирани букви) во однос на постојниот Заон кои одат во насока на менување на ригорозната казнена политика утврдена со постојните законски решенија:

- **опомена** ; (се изрекува како самостојна прекршочна санкција или во замена за глоба за прекршок сторен под такви олеснувачки околности кои го прават особено лесен или кога со нејзиното изрекување се постигнува целта на законот)
- општокорисна работа; **(се изрекува во часови, не помалку од 5 часа неделно, во период најмногу до 30 денови)**
- глоба ;
- **негативни поени**; (се изрекуваат како замена на глобата)
- престанок на важење на возачка дозвола;
- забрана на управување со моторно возило;
- забрана на вршење професија, дејност или должност; (се изрекува како **самостојна санкција, а при повторно сторување на прекршокот заедно со глоба**)
- протерување на странец од земјата;
- забрана за влез и присуство на спортски натпревари и
- забрана на користење на субвенции и други средства обезбедени од Буџетот на Република Македонија.

Опомената како санкција е посебно уредена во чл. 24 од Законот за прекршоци: Опомена се изрекува за прекршок сторен под такви олеснувачки околности кои го прават особено лесен или кога со нејзиното изрекување се постигнува целта на законот. Опомената може да се изрече и ако прекршокот се состои од неисполнување на пропишаната обврска или со прекршокот е нанесена штета, а сторителот пред донесувањето на одлуката за прекршок ја исполнил пропишаната обврска, односно ја отстранил или ја надоместил нанесената штета или ако прекршокот е сторен за прв пат и не предизвикал штетни последици за трето лице, ниту пак бил загрозен јавниот интерес.

Компаративен приказ на постојните законски решенија со оние во Законот за прекршоци се дадени во следната табела:

Закон за прекршоците од 2019	Закон за прекршоците од 2019
Глобата за физичко лице се состои во плаќање на определен паричен износ кој не може да биде помал од 15 евра ниту поголем од 1.000 евра.	Глобата за физичко лице треба да биде не помала од 15 ниту поголема од 250 евра, освено ако со законодавството на Европската унија не е поинаку определено
Глобата за одговорно лице во правно лице изнесува 20% од утврдената глоба за правното лице, односно од 50 до 2.000 евра за службено лице.	Глобата за одговорно лице во правно лице и овластено службено лице не смее да биде помала од 15 евра ниту поголема од 500 евра, освено ако со законодавството на Европската унија не е поинаку определено.
Издавање на мандатен платен налог.	Мандатен платен налог не постои.

Основната новина се состои во исклучување на можноста да се предвидат со материјалните закони исклучоци од висината на глобите утврдени со Законот за прекршоци како општ пропис. Така, новиот Закон за прекршоци, сите исклучувања од генерално утврдениот износ на глоба за физички лица самиот ги уредува на следниов начин:

- За прекршоци од областа на даноците, царините, јавните набавки, јавните финансии и јавниот долг - може да се иарече глоба **најмногу во двократен износ** од 250/500 евра во зависност од затаената давачк
- За прекршоци во областа на заштита на здравјето на луѓето, заштита на природни богатства, животна средина, заштита на културното наследство, заштита од природни и други непогоди - може да се изрече глоба **во трикратен износ** од 250/500 евра
- За прекршоци од областа на конкуренцијата, енергетиката, електронските комуникации, трговијата со забранети и/или ограничени стоки за употреба, прекршоци сторени од користољубие или со кои се предизвикува поголема имотна штета - може да се изрече глоба до двојниот износ од максимумот или во сразмер со висината на причинетата штета или прибавената корист, но **најмногу до десеткратен износ**

3.4 Видови прекршочни санкции за правни лица

За правните лица утврдени се следниве видови прекршочни санкции:

- **опомена,**
- глоба и
- привремена забрана за вршење одделна дејност.

Во членот 35 дефинирана е опомената како санкција за правни ица: „Опомената се изрекува за прекршок сторен под особено олеснувачки околности, ако прекршокот се состои од неисполнување на пропишаната обврска или со прекршокот е нанесена штета, а сторителот пред донесувањето на одлуката за прекршок ја исполнил пропишаната **обврска, односно ја отстранил или ја надоместил нанесената штета или ако прекршокот е сторен за прв пат и не предизвикал штетни последици за трето лице, ниту пак бил загрозен јавниот интерес.**“

Исто како и кај физичките, Законот за прекршоците ја намалува висината на глобите. Компаративниот приказ го даваме во продолжение.

Закон за прекршоците од 2019	Закон за прекршоците од 2019
Глобата за правното лице се изрекува во износ кој не може да биде помал од 200 евра ниту поголем од 5.000 евра.	Глобата за правно лице не може да биде помала од 50 евра ниту поголема од 2.000 евра доколку станува збор за микро-трговци и мали трговци. Доколку станува збор за средно или големо трговско друштво таа не може да биде помала од 250 евра ниту поголема од 10.000 евра во денарска противвредност.
Глобата за трговец поединец не може да биде помала од 50 ниту поголема од 2.000 евра.	Нема глоба за трговец поединец.
Со законот со кој се пропишува прекршокот може да се пропише и повисока глоба.	Во Законот од 2019 година не постои ваква општа одредба со која се дозволува пропишување на повисоки глоби за извесни прекршоци. Повисоки глоби можат да се пропишат само за прекршоците кои се експлицитно наведени во Законот.

<p>За прекршоци сторени од користољубие или за прекршоци со кои се предизвикува поголема имотна штета може да се пропише глоба до двојниот износ од максимумот на пропишаната санкција или во сразмер со висината на причинетата штета или прибавената корист, но најмногу до дваесеткратен износ од горенаведениот износ.</p>	<p>За прекршоци сторени од користољубие или за прекршоци со кои се предизвикува поголема имотна штета, може да се пропише глоба до двојниот износ од максимумот на оваа санкција или во сразмер со висината на причинетата штета или прибавената корист, но најмногу до десеткратен износ од наведениот.</p>
<p>Со законот со кој се пропишува прекршокот за изрекување глоба со мандатен платен налог може да се пропише износ кој не може да биде поголем од 1.500 за правно лице односно 10.000 евра за трговец поединец.</p> <p>За одделни прекршоци од областа на заштита на конкуренција, најтешко категоризираните прекршоци од областа на животната средина, како и во други области определени со закон може да се пропише глоба во процентуален износ кој изнесува до 2% од вкупните приходи на правното лице во претходната финансиска година, а во однос на одделни прекршоци од областа на електронски комуникации до 10% од вкупните приходи на правното лице во претходната финансиска година.</p>	<p>За прекршоците од областа на даноците, царините, јавните набавки, јавните финансии и јавниот долг може да се пропише глоба во поголем паричен износ од затаената давачка или износ на набавката но најмногу во двократен износ од наведениот.</p> <p>За прекршоци во областа на заштита на здравјето на луѓето, заштита на природни богатства, заштита на животната средина, заштита на културното наследство, заштита од природни и други непогоди, може да се пропише глоба во трикратен износ од наведениот.</p> <p>За прекршоци од областа на конкуренцијата, енергетиката, електронските комуникации и трговијата со забранети и/или ограничени стоки за употреба, како и во други области опфатени со законодавството на Европската унија може да се пропише глоба во процентуален износ, но најмногу до 10% од приходот на правното лице остварен во претходната фискална година.</p>
<p>Постои мандатен платен налог.</p>	<p>Не е предвиден мандатен платен налог.</p>

Она што е интересно кај одмерувањето на глобите за правните лице е, пред сè, дека Законот за прекршоците предвидува дека глобите во за поедините прекршоци (во материјалните закони) ќе се пропишуваат во распон. Поинаку речено, не е дозволено за извесен прекршок да се пропише фиксен износ на глоба. Понатаму, Законот предвидува дека при одмерувањето на висината на глобата за правно лице судот, односно прекршочниот орган, ќе ги земе предвид следните критериуми (како олеснителни или отежителни околности):

- вкупен приход остварен во претходната фискална година;
- просечен број на вработени врз основа на состојбата на крајот на претходниот месец во однос на месецот во кој е сторен прекршокот и
- претходно санкционирање на сторителот за исти или сродни прекршоци.

Така, може да се констатира дека Законот за прекршоци остава поширок простор за индивидуализација, односно ѝм дозволува на судовите и прекршочните органи да за сообразат санкцијата на дадениот прекршок и сторител.

3.5. Застареност на поведување и водење на прекршочната постапка

Законот за прекршоците е полиберален во поглед на неговиот претходник и кога ќе се земат предвид роковите за застареност. Имено, во постоечкиот Закон за прекршоците е предвидено дека постапката не може да се поведе ниту да се води ако поминат три години од денот на сторувањето на прекршокот. За разлика од тоа, рокот во Законот е две години. Сепак, Законот остава простор за извесни прекршоци да се пропишат подолги рокови (прекршоците од областа на даноците, јавните давачки, царините, јавните набавки и јавниот долг). За нив може да се предвиди дека прекршочната постапка може да се поведе и да се води додека не поминат четири години од денот кога е сторен прекршокот. За прекршоците, пак, од областа на конкуренцијата, енергетиката, трговијата со забранети стоки, заштита на здравјето на луѓето, заштита на природните богатства, животната средина, заштитата на културното наследство, заштитата од природни и други непогоди и електронските комуникации, рокот за застареност е пет години. Истото се однесува и на прекршоците сторени од користољубие, а Законот остава дури уште повеќе простор – рокот за застареност може да биде подолг доколку во одредена област се врши усогласување со законодавството на Европската унија. Состојбата е слична и кај извршувањето на прекршочните

санкции. Постоечкиот Закон за прекршоците предвидува дека изречената прекршочна санкција не може да се изврши ако од денот на правосилноста на одлуката поминат три години, додека пак Законот го одредува рокот на две години. Освен тоа, Законот од 2015 година предвидува дека за одделни санкции да се определат рокови на застареност на извршување подолги од три години, но не подолги од четири години. Законот од 2019, пак, остава можност за предвидување на рок од пет години, а покрај тоа не е исклучено ниту да постојат подолги рокови доколку станува збор за усогласување со законодавството на Европската унија.

3.6. Постапки за порамнување и спогодување

Говорејќи за постапките за порамнување и спогодување, Законот од 2019 година не го предвидува институтот мандатен платен налог. Со други зборови, ваква извршна исправа не постои. Таа беше изоставена поради фактот што во практиката се појавуваа сериозни проблеми околу неа. Имено, мандатниот платен налог беше исправа која немаше својство на управен акт (решение), а од друга страна со неа се наложуваше плаќање на извесна сума (глоба) на странката. Оние странки на кои ѝм беше врачен мандатен платен налог немаа можност да поднесат жалба против него ниту пак да поведат управен спор пред Управниот суд (кој врз основа на Законот за управните спорови ги отфрлаше таквите тужби како ненадлежен).

Имајќи го реченото предвид, постапката на порамнување се води, според Законот, како постапка за издавање на прекршочен платен налог (во фиксен износ или минимумот ако е утврден распон на висината на глобата) кој сторителот е должен да го плати во половина износ во рок од 8 дена. Во спротивно, службеното лице поднесува барање за поведување прекршочна постапка. Постапката за спогодување, пак, може да се води за прекршоците од областа на даноците, јавните финансии, царините, јавните давачки, јавниот долг, конкуренцијата, енергетика, трговијата со забранети и/или ограничени стоки, заштитата на здравјето на луѓето, заштитата на природните богатства, животната средина, заштитата на културното наследство, заштитата од природни и други непогоди, електронските комуникации и прекршоците сторени од користољубие. Законот предвидува дека глобата која ќе се договори во постапката за спогодување не може да биде помала од половината пропишана глоба или од пропишаниот минимум. Спогодбата има сила на извршна исправа.

3.7. Прекршочна постапка (пред прекршочен орган)

Како и според постоечкиот правен режим, прекршочната постапка според Законот од 2019 година можат да ја водат судовите, но и прекршочни органи. Оттаму, симбиозата на судски и управни (административни) прекршоци во македонското законодавство продолжува да постои. Сепак, постои една клучна разлика помеѓу Законот од 2015 и Законот од 2019 година. Додека првиот предвидуваше дека прекршочната постапка ја водат и прекршочната санкција ја изрекуваат административни органи тогаш кога тоа е предвидено во посебните (материјалните) закони, вториот јасно прецизира дека прекршочните органи можат да водат постапки и изрекуваат санкции само кога глобата е утврдена до најмногу 250 евра за физичко лице, 500 евра за одговорно лице во правно лице и 1000 евра за правно лице. Практично кажано, Законот за прекршоците нуди критериум според кој однапред се разликуваат судските од административните прекршоци. Тој критериум е висината на глобата. Така доаѓаме до супсидиерна примена на два прописи во прекршочната постапка: (1) Законот за кривичната постапка и (2) Законот за општата управна постапка. Првиот ќе се применува посредно во случаите кога прекршочната постапка ја водат судовите, додека вториот во оние кога прекршочната постапка ја водат административни органи.

Надлежност за водење на прекршочна постапка и изрекување прекршочна санкција	
Суд	Орган на администрација (прекршочен орган)
Прекршоци за кои глобата утврдена над 250 евра за физичко лице, над 500 евра за одговорно лице во правно лице и службено лице и над 1000 евра за правно лице.	Прекршоци за кои глобата е утврдена до најмногу 250 евра за физичко лице, 500 евра за одговорно лице во правно лице и службено лице и 1000 евра за правни лица
Супсидиерна примена на прописи покрај Законот за прекршоците	
Закон за кривичната постапка.	Закон за општата управна постапка.

Законот за прекршоци од 2019 година содржи детални одредби во поглед на начинот на кој се води прекршочната постапка пред прекршочните органи. Предвидено е дека секој орган треба да има своја комисија за утврдување на прекршочна одговорност која е сочинета

од овластени службени лица со степен и вид на стручна подготовка и потребно работно искуство определени со закон, од кои најмалку еден од членовите е дипломиран правник со положен правосуден испит.

Кога станува збор за одлуките во прекршочните постапки пред прекршочните органи, Законот за прекршоците е усогласен со Законот за општата управна постапка (Службен весник бр. 124/2015) и не предвидува носење на заклучоци за прашањата на постапката. Единствена одлука е решението кое се носи не само за главната работа (прекршочната одговорност) туку и за процесните прашања како што се запирањето и прекилот на постапката. Дури и во случаите кога како прекршочна санкција се јавува опомената, таа се изрекува со решение. Текстот на законот предвидува дека решението има неколку задолжителни елементи:

- вовед;
- диспозитив;
- образложение и
- поука за правно средство (правна поука).

Со цел поголема правна сигурност, Законот од 2019 година содржи одредба според во која е предвидено што точно треба тоа да содржи:

- кратко излагање на подносителот на барањето за поведување прекршочна постапка;
- кратко излагање на утврдените факти според кои што е поднесено барањето (што е многу важно бидејќи ѝ дава можност на странката да спори дека утврдената фактичка состојба не е целосна, односно дека оние факти на кои е втемелено решението не се клучни);
- кратко излагање на правните прописи и причините поради кои решението е донесено (што на странката ѝ дава можност да го спори правното резонирање на органот, односно начинот на кој тој го применил материјалното право);
- кратко излагање на причините поради кои некои од барањата, тврдењата или предлозите на подносителот на барањето за поведување прекршочна постапка не се прифатени, како и причините поради кои некои од изјавите во текот на постапката не се земени предвид.

Како конкретен административен акт, решението (на прекршочниот орган) донесено во прекршочната постапка може да биде оспорено во жалбена постапка. Согласно Законот од 2019 година, жалбите се поднесуваат, како и во досегашниот период, до Државната комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекцискиот надзор и прекршочната постапка. Тука би напоменале една безмалку парадоксална законска одредба, а тоа онаа според која овластен подносител на жалба

не е само лицето чија прекршочна одговорност е утврдена туку и подносителот на барањето за поведување на прекршочната постапка. Нејасно е зошто законодавецот прибегнал кон вакво решение со кое еднаква моќ за оспорување на решението дава на лицето на кое му се заканува прекршочна санкција и барателот на прекршочната постапка (што може да биде орган на државната управа, единица на локалната самоуправа, организација што врши јавни овластувања и јавниот обвинител). Жалбата како правен лек има суспензивно дејство и го одлага извршувањето на решението на првостепениот прекршочен орган, а против неа може да се поведе управен спор. Повторно и кај поведувањето на управниот спор како овластени тужители ќе се јават лицето на кое му е изречена прекршочна санкција и подносителот на барањето за прекршочната постапка. Во оваа пригода би истакнале една суштествена новина во Законот, а тоа е суспензивното дејство на тужбата. Имено, за разлика од општото правило според кое оптужувањето на извесно решение пред Управниот суд не го одлага неговото извршување, Законот предвидува дека прекршочно решение не може да се изврши додека трае управниот спор. Се претпоставува дека законодавецот бил мотивиран од искуството од практиката во кое прекршочните органи изрекуваа огромни прекршочни глоби (на пример 10% од вкупниот годишен приход на дадено правно лице) кои веднаш се извршуваа, а еден управен спор може да трае и повеќе години.

Говорејќи за прекршочната постапка пред прекршочните органи, би истакнале една аномалија од Законот за прекршоците од 2015 година. Воедно, во нашата држава постапката по повод административните прекршоци (според важечкото право) е подолга од една кривична постапка. Додека втората има три степени (основен суд, апелационен суд и Врховниот суд), првата има пет. Илустративно, прекршочната постапка која се води по повод еден административен прекршок би изгледала вака: 1) прекршочниот орган донесува решение (поединечен управен акт) со кој го огласува физичкото или правното лице за виновно и со кој изрекува санкција; (2) физичкото или правното лице поднесува жалба до Државна комисија која донесува прифаќачко или одбивателно решение во рок од максимум 60 дена; (3) одбивателното решение се оспорува пред Управниот суд согласно Законот за управните спорови (во рок од 30 дена од денот на доставувањето), а тој, пак, носи пресуда; (4) пресудата на Управниот суд се обжалува пред Вишиот управен суд (најдоцна во рок од 15 дена од доставувањето при што напоменуваме дека и тужениот орган – Комисијата може да ја спори пресудата), за на крај (5) да може да се ползуваат вонредните правни средства до Врховниот суд на Република Северна Македонија.

Решение на прекршочен орган



Решение на Државна комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекцискиот надзор и прекршочната постапка



Пресуда на Управниот суд



Пресуда на Вишиот управен суд



Пресуда на Врховниот суд

Ваквото решение се чинеше несоодветно и неповолно за граѓаните, особено ако се земеше предвид дека според него постојат повеќе гаранции за, на пример, фрлање на отпушок на улица отколку за кривично гонење. Вакво решение не постои во регионот ниту пошироко – компаративни решенија се хрватското (членот 191 од Prekršajni zakon),²³ словенечкото (член 59 од Zakon o prekrših),²⁴ германското (членот 62 од Gesetz über Ordnungswidrigkeiten)²⁵ и слично.

Поради тоа, во Законот од 2019 година е предвидено дека жалби до Државната комисија за одлучување во втор степен во областа на инспекцискиот надзор и прекршочната постапка ќе се поднесуваат само до 31.12.2020 година, односно дека овој орган ќе престане да постои на 01.01.2021. Предметите кои оваа Државна комисија го почнала, но

²³ Во Хрватска сепак постои разлика од македонскиот систем. Таму постојат посебни прекршочни судови кои можат да постапуваат и во прв степен, но и во втор ако првиот е доделен на орган на управата. Во овие случаи граѓанинот не ја иницира постапката со тужба како кај нас туку со правен лек наречен жалба. Види: Narodne Novine Republike Hrvatske br. 107/07.

²⁴ Uradni list Republike Slovenije 7/03, 86/04, 44/05, 40/06, 51/06, 115/06, 17/08, 21/08, 108/09, 9/11, достапен на: <https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/103272>.

²⁵ Federal Law Gazette I 706, достапен на https://www.gesetze-im-internet.de/owig_1968/index.html.

не ги довршила до тој датум, ќе продолжат пред Управниот суд. Ова решение е за поздравување и ќе придонесе кон поголема ефикасност во прекршочните постапки.

4. Заклучни согледувања

Законот за прекршоците од 2019 година се јави како сериозен исчекор во поглед на реформирањето на прекршочното право на Република Северна Македонија. Имено, тој има потенцијал да ја зголеми правната сигурност на граѓаните и правните лица, особено земајќи ги предвид новите начела, правилата за ограничување на висината на глобата, правилата за поделбата на надлежноста за водење на прекршочните постапки и одредбите кои се однесуваат на застареноста. Сепак, тој и понатаму содржи дел од аномалиите кои постоеја во стариот прекршочноправен режим, а особено гледајќи од аспект на формалистичкиот поим на прекршокот. Тоа, со други зборови, значи дека законодавецот и натаму ќе има голема слобода да креира стотици прекршоци со посебните закони. Се разбира, останува допрва да се увиди како овој пропис ќе се спроведува во практиката, односно до какви фактички промени би довел во прекршочното право.

Borce Davitkovski, PhD
Full Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”
Ss. Cyril and Methodius University in Skopje
bdavitkovski@yahoo.com
Elena Davitkovska, PhD
Associate Professor at the Economic Institute
Ss. Cyril and Methodius University in Skopje

MODERNIZING THE MACEDONIAN MISDEMEANOR LAW: THE LAW ON MISDEMEANOURS FROM 2019

Abstract: *The chronological development of the Macedonian misdemeanor law is such that there have been three essential legal acts (laws on misdemeanors) since the independence in 1991 – the Law on Misdemeanors from 1997 (Official Gazette no. 15/1997), the Law on Misdemeanors from 2006 (Official Gazette no. 62/2006) and the Law on Misdemeanors from 2015 (Official Gazette no. 124/2015). What is inevitable to say, speaking of these three laws, is that there have been significant differences between the one from 1997 and the one from 2006 (especially in the jurisdiction to initiate misdemeanor proceedings and to impose sanctions), but almost no substantial distinction between the Law from 2006 and the one from 2015. Namely, even though the Law on Misdemeanors from 2015 was announced as a notable reform of the Macedonian regime on misdemeanors, most of its provisions were a replica of the ones which were adopted in 2006. Thus, it comes as no surprise that the problems in the Macedonian misdemeanor law continued upon 2015 too. It is for this very reason that in 2018 the authorities initiated the preparation of the new Law on Misdemeanors which was later on adopted by the Parliament on the 04.03.2019. This piece of legislation is indeed noteworthy since there are numerous novelties: the rules upon which the authorities should decide on the adequate sanction are more precise, new sanctions are set out, the Law promotes the utilization of the warning as a measure, the time barring is reduced, etc. Therefore, this article will not only illuminate the novelties from the Law on Misdemeanors from 2019 (which is not yet applicable since the President of the country has not yet promulgated it) but also describe why they are advantageous.*

Проф. д-р Сашо Пенев*

ПРАВОВА ДЪРЖАВА И ПРАВОМОЩИЯТА НА ДЪРЖАВНИТЕ ОРГАНИ В ОБЛАСТТА НА ДАНЪЧНОТО ОБЛАГАНЕ В РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

UDK:340.131:336.221(497.2)

Review paper

Безполезните закони отслабват нужните закони.

Шарл Монтескьо, „Духът на законите“

Абстракт: *В статията се разглеждат критично принципите на правовата държава при организацията на данъчното облагане в Република България. Разгледани са принципите на законността, правната сигурност; забраната на произвола на органите на изпълнителната власт; независимостта и безпристрастността на съда; ефективният съдебен контрол със зачитане на основните права; и равенство пред закона и практическото им проявление.*

Особено внимание е отделено на забраната на произвола на органите на изпълнителната власт (органите по приходите) и по специално на упражняването на правомощията им чрез издаването на актове, които трябва да съобразени с изисквания за законосъобразност. Едно от тези изисквания е съобразяването на актовете с целта на закона, при което може да се стигне до превратно упражняване на власт. Обосновава се тезата, че целта на данъчният закон не е тълкуване и прилагането му pro fisco, а стриктното определяне на данъчни задължения на гражданите според доходите и имуществата им. Според автора макар тези органи да действат при обвързана компетентност, те също могат да прилагат закона, без да се съобразяват с неговата цел.

1.В основата на съдържанието на понятието „**правова държава**“ е наличието на изграден юридически механизъм за признаване, гарантиране и защита на правата и свободите на човека. Правовата държава постепенно се превърна в господстващ организационен модел

* Софийски университет „Св.Климент Охридски“, spenov@abv.bg

на съвременното конституционно право за регулиране на упражняването на публична власт. Тя гарантира, че всички публични органи на власт действат в рамките на ограниченията, определени със закон, в съответствие с ценностите на демокрацията и основните права и под контрола на независими и безпристрастни съдилища.

В „Опит за установяване на границите на дейността на държавата” Александър фон Хумболт свързва държавата с „ограничаване на свободата” и затова на нея не може да не се гледа „като на зло, макар и необходимо”. Съвременната конституционна демокрация почива на **върховенството на закона**. То е сред основните принципи, произтичащи от общите конституционни традиции на всички държави — членки на ЕС, и като такова представлява една от основните ценности, върху които се основава Съюзът. Това е припомнено в член 2 от Договора за Европейския съюз (ДЕС), както и в преамбюлите към Договора и Хартата на основните права на ЕС. Това е и причината, поради която, в съответствие с член 49 от ДЕС, зачитането на принципите на правовата държава е предварително изискване за членство в ЕС. Заедно с демокрацията и правата на човека, принципите на правовата държава са и един от трите стълба на Съвета на Европа и са утвърдени в преамбюла към Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ)

Сред признатите, неизчерпателно изброени принципи на правовата държава извлечени от съдебната практика на Съда на Европейския съюз и на Европейския съд по правата на човека и документи на Съвета на Европа, са принципите на **законността**, което означава прозрачен, отчетен, демократичен и плуралистичен законодателен процес; **правната сигурност**; **забраната на произвола на органите на изпълнителната власт**; **независимостта и безпристрастността на съда**; **ефективният съдебен контрол със зачитане на основните права**; и **равенство пред закона**. Както Съдът на Европейския съюз, така и Европейският съд за правата на човека потвърдиха, че тези принципи не са просто формални и процедурни изисквания. Те са средство за осигуряване на спазването и зачитането на демокрацията и правата на човека. Следователно върховенството на закона е конституционен принцип с формални и съществени компоненти.

2. Всички тези принципи са приложими и в областта на данъчното облагане на гражданите и юридическите лица.

Принципът на законността се реализира чрез принципа на **законоустановеност** на данъчните задължения е установен в чл.60 от Конституцията на Република България, който е многократно е

потвърждаван и от практиката на българския Конституционен съд.

Принципът на правна сигурност изисква разпоредбите да са ясни и предвидими и да не се променят ретроактивно (да нямат обратен ефект). Спазването на този принцип на първо място изисква яснотата и трайността на нормативната уредба на данъчното облагане. Яснотата на данъчните закони е свързана с точно дефиниран понятиен апарат, като се отчита автономията на данъчното право спрямо други правни отрасли. Измененията на данъчните закони би следвало да са продиктувани основно от съществени икономически предпоставки, отстраняване на възможностите за заобикаленото им и укриването на данъци и от транспониране на актове на ЕС, макар ЕС да не е данъчен съюз. Те не могат да се нагаждат към ежегодните необходими приходи в бюджета. При това всяко изменение би трябвало да се съпровожда с подробно обоснована оценка на въздействието. На второ място задължително следва да се прилага принципа на забрана за обратен ефект на данъчния закон, освен ако не се уреждат данъчни облекчения. Българският Конституционен съд в своята практика приема, че гражданите и юридическите лица предварително трябва да са уведомени за данъчните които ще дължат.

Забраната на произвола на изпълнителната власт се гарантира от утвърденото разбиране, че органите на приходната администрация действат при условията на обвързана компетентност, а не при оперативна самостоятелност. Върховенството на закона се отнася за всички държавни органи, вкл. и за органите на приходната администрация. Държавните органи упражняват правомощията си в обществен интерес. Различните индивидуалните административни актове издавани от органите на приходите при реализиране на данъчния контрол трябва да са законосъобразни, като отговорят на всички условия за това предвидени в чл.146 от Административнопроцесуалния кодекс и чл.160, ал.1 от АПК- издадени от компетентен орган, спазени процесуални правила, спазена форма, съобразяване с материалния закон и съответствие с целта на закона. Изискването за съответствие на административния акт с целта на закона е изискване за законосъобразност. От това следва, че неспазването му опорочава акта, отразява се на неговата валидност, прави го недействителен (било нищожен или унищожаван). Прието този порок да се нарича „**превратно упражняване на власт**“. Превратно упражняване на власт е преследване на някоя друга, а не преследваната от закона цел. Нарушаването на изискването за съответствие на целта на административния акт с целта на закона ще направи акта недействителен само ако е съществено. Превратното упражняване на

власт възниква преди всичко при използване начините за развиване на оперативната самостоятелност от орган на административната власт. Щом преследваната с административния акт цел е различна от законоустановената, актът е недействителен. От тази гледна точка няма значение каква е другата цел. Тя може да е общественовредна, дори престъпна, но може да е и общественополезна. Щом целта му е различна от законоустановената, актът е недействителен. Но с оглед вида на недействителността (нищожност или унищожаемост) никак не е безразлично каква е другата цел - общественовредна или общественополезна. При превратното упражняване на власт критерият за нищожност или унищожаемост е необходимо да се изгради въз основа на това, каква е другата цел, различна от законоустановената, която се преследва с опорочения административен акт. Ако тя е общественополезна, правнодопустима, но трябва да се постигне по друг ред или при други условия и предпоставки, актът е унищожаван. И обратно, ако тази друга цел е общественовредна, правно недопустима, актът е нищожен.

Органите по приходите **не могат да прилагат закона pro fisco**. Осигуряването на приходи в бюджета, не е общественополезна цел, ако конкретният данък не е определен при стриктно тълкуване на данъчния закон. Целта на данъчния закон не е просто осигуряване на приходи в бюджета, а осигуряване на справедливо разпределение на националния доход според доходите и имуществата на лицата. Данъчнозадължените лица има права - на облекчения, на възстановяване на недължимо платени данъци и лихви върху тях, на участие в данъчния процес, на тайна свързана с данъчната информация, които също трябва да се гарантират при упражняването на правомощията на органите по приходите. Неотчитането на тези права при издаването на акта също не съответства на целта на закона. Ограничаването на тези права е общественовредна цел при издаването на акта. Неспазването на тези изисквания води до **превратно упражняване на власт** от приходната администрация.

В българският процесуален данъчен кодекс има специална разпоредба гарантираща благоприятни последици от незаносъобразни актове на органите по приходите. В чл.17, ал.3 от ДОПК е предвидено, че когато задължено лице действа съобразно писмени указания от министъра на финансите, орган по приходите или публичен изпълнител, които впоследствие се окажат незаконосъобразни, начислените лихви вследствие на действията съобразно дадените указания не се дължат, а определената от закона санкция не се налага.

Независимият и ефективен съдебен контрол е гарантиран от създаването на административните съдилища, на които са подсъдни

и данъчни спорове. Той е носочен към гарантиране на защитата на правата на гражданите в областта на облагането, чрез осигуряването на обективен съдебен процес. Съществуването на производство за административен контрол върху актовете на приходната администрация, не е достатъчна гаранция за осигуряване на законност на действията ѝ. Доскоро съществуваха принципно двуинстанционен съдебен контрол за всички ревизионните актове, но с последните изменения на законодателството, той бе ограничен, като от касационно обжалване са изключени актове на физически лица до 750 лв. и на юридически лица до 4000 лв. без дължимите лихви. Това изменение смятам за неуспешно, защото не е съобразено с нито доходите, нито имуществата на лицата, и не гарантира еднакво прилагане на законите. При развита правова държава правните субекти, независимо от имущественото им състояние не трябва да търпят последиците от незаконосъобразни на административните актове, които противоречат на закона.

Равенството в третирането е принцип който е относим както за изработването на данъчните закони и установяването с тях на данъчни задължения, така и при прилагането им. Данъчната равнопоставеност в материалноправен аспект е относителна и дава възможност на законодателя при еднакви критерии, за еднакви групи лица да се въвеждат данъчни облекчения. От гледна точка на правоприлагането осигуряването на безпротиворечива съдебна практика е процес, който се гарантира от тълкувателната дейност на Върховния административен съд.

РЕЗЮМЕ

В статията се разглеждат критично принципите на правовата държава при организацията на данъчното облагане в Република България. Разгледани са принципите на законността, правната сигурност; забраната на произвола на органите на изпълнителната власт; независимостта и безпристрастността на съда; ефективният съдебен контрол със зачитане на основните права; и равенство пред закона и практическото им проявление. Особено внимание е отделено на забраната на произвола на органите на изпълнителната власт (органите по приходите) и по специално на упражняването на правомощията им чрез издаването на актове, които трябва да съобразени с изисквания за законосъобразност. Едно от тези изисквания е съобразяването на актовете с целта на закона, при което може да се стигне до превратно упражняване на власт. Обосновава се

тезата, че целта на данъчният закон не е тълкуване и прилагането му pro fisco, а стриктното определяне на данъчни задължения на гражданите според доходите и имуществата им. Според автора макар тези органи да действат при обвързана компететност, те също могат да прилагат закона, без да се съобразяват с неговата цел.

Проф.д-р Весна Пендовска*

Проф.д-р Александра Максимовска Стојкова**

Д-р Елена Нешовска Ќосева***

ОСНОВНИ КАРАКТЕРИСТИКИ НА ДАНОЧНАТА РЕФОРМА ОД 2019 ГОДИНА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

UDK:336.22/.26:340.13(497.7).2019

Review paper

Апстракт: Почетокот на 2019 година ја означи новата етапа во развојот на даночното право во Република Северна Македонија. Со стапување на сила на новиот Закон за данок на личен доход на граѓаните се стави крај на примената на моделот на „рамен данок“. По 12 години се напушти системот на оданочување на доходот на физичките лица со примена на една единствена, пропорционална даночна стапка од 10%, додека даночната стапка со која се оданочува добивката на правните лица и понатаму остана непромена. Со ова решение Република Северна Македонија повторно се врати кон прогресивното оданочување, карактеристично за годините по нејзиното осамостојување кога се креираше и македонскиот даночен систем.

Иако главни двигатели на реформата со која се воведе рамниот данок беа напорите на претходната Влада за поедноставување на начинот на администрирање на даноците од доход, за подигнување на даночниот морал и даночната култура на даночните обврзници и за привлекување на странски директни инвестиции преку креирање на поволна бизнис клима, актуелната владејачка партија во континуитет ги оспоруваше позитивните ефекти од примената на даночната стапка од 10%, аргументирајќи дека овој модел драстично го зголемил јазот помеѓу богатото и сиромашното население. Така, македонската Влада ја застапуваше тезата за враќање кон прогресивното оданочување со цел: (1) правична распределба на доходот помеѓу населението; (2) подобрување на социјалната правда, и (3) зголемување на буџетските приходи.

* Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“

** Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први“

*** Доцент, Правен факултет „Јустинијан Први“,

Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје

Согласно позитивното даночно законодавство, оданочувањето на доходот на физичките лица се карактеризира со двоен даночен режим, односно поделба на доходот на две групи и тоа: доходот од труд и доход од капитал, при што за доходот од труд е предвидена даночна прогресија преку примена на две даночни стапки од 10% и 18%, додека доходот од капитал се оданочува со единствена даночна стапка од 15%. Целта на овој труд е да се изврши правна анализа на Законот за данокот на личен доход, да се утврдат основните постулати на даночната реформа, како и да се даде критички осврт кон постоечките даночни решенија. Сепак, потребен е временски период за да се види дали реформата ги дала очекуваните резултати и во која мера.

Клучни зборови: *рамен данок, даночна реформа, прогресивно оданочување.*

Вовед

Од сите даноци со кои се среќаваат физичките лица, персоналниот данок од доход е најзначајниот и најдиректниот инструмент преку кој обврзникот го дава својот “уддел“ во заедничкото намирување на фискалните приходи во државата. Од јавно финансиско-правен аспект, даноците на доход се стожер на секој даночен систем, а преку нив се остваруваат принципите на еднаквост и рамноправност во оданочувањето, кои меѓусебно можат да се доживеат и како конфликтни, пред сè поради потребата истовремено да се постигне како вертикална, така и хоризонтална правичност во општеството. Дополнително, за даноците на потрошувачка, би било вистинска реткост да се подведат под ист теоретски именител, а уште помалку во ист научен или стручен труд заедно со даноците на доход. Се работи за сосема различен вид даноци, кои индиректно го оптоваруваат физичкото лице, најчесто преку плаќање на финалната цена на производите и услугите, односно поднесување на даночниот товар во т.н. *состојба на анестезија*. Сепак, во изминатите 5 години македонските даночни власти извршија низа интервенции во даночната регулатива која резултираше со подведување на физичките лица под даночниот режим на данокот на додадена вредност (согласно измените и дополнувањата на Законот за данокот на додадена вредност од септември 2014 година) и враќање кон прогресивното оданочување на доходот на физичките лица (согласно новиот Закон за данок на личен доход од јануари 2019 година).

Оттука, прашањето со кое среќаваме уште при насловот е: кои се измените во законската регулатива кај данокот на личен доход, кој заедно со ДДВ истовремено се двата пола на даночниот систем, не само кај нас, туку и секаде во светот, а понатаму, дали може да се изврши драстична измена во начинот на оданочување на доходот и капиталот на физичките лица, без да стане збор за крупна даночна реформа во општеството? Со други зборови, дали се работи за промена само на еден даночен облик или е потребен покрупен влог на правно-финансиска терминологија и изрази во објаснувањето на последните законски решенија? Повеќеслојноста на ова прашање, е инспирација во трудот да се понудат одговори на две клучни потпрашања и тоа: прво, кои се промените во однос на правата и обврските за физичките лица кај новиот данок на личен доход со кој се заменува претходниот рамен данок?; и второ, дали и во која мера се очекува овие измени да влијаат на подобрување на еднаквоста и обезбедување на поправична распределба на доходот во државата, односно во постигнување на праведноста?.

Сите одговори зависат теоретски од перспективата со која се гледа на праведноста, прогресивноста во оданочувањето, потребата од таргетирање на група обврзници, но и практично од резултатите при забрзано спроведување на наведените измените во краток период. Имено, се работи за измени кои се воведени непосредно пред отпочнувањето на оваа фискална година, па немаме на располагање многу податоци, туку повеќе очекувани резултати врз основа на претходни состојби и даночни трендови, како и компаративни искуства од други држави. Физичките лица како дел од пошироката јавност, но за жал и стручната јавност (правниците и економистите) немаат заеднички ставови за мотивите и оправданоста на измените, како и за очекуваните фискални резултати. Сепак, по претресување на финансиско-теоретските, правно-економските и компаративните искуства, кај одговорите на двете прашања, до крајна неминовност се истакнува политичката димензија, и дотолку повеќе, бидејќи делува како примарна, а не последователна причина, односно мотив за овие одлуки за промени во оданочувањето на физичките лица.

1. Оданочување на доходот на физичките лица- кратка ретроспектива на домашното законодавство

Првата даночна реформа по осамостојувањето на македонската држава им донесе на даночните обврзници на персоналниот данок на доход три даночни стапки (прогресивно оданочување): 23%, 27% и 35% кои се применуваа во периодот од 1993 год до 2001 година. Од 2001 година до 2004 год, се применуваа нови, намалени стапки, и тоа само

две: 15% и 18%. Со третата даночна измена започнувајќи од 2005та година, прогресивноста како тренд остана, но сега со додавање на трета, највисока даночна стапка, од 24%.

Четвртата даночна промена во 2006та година беше драстична, и доведе до системски ново решение, кое го опфати не само персоналниот, туку и данокот на добивка. Всушност, со примената на рамниот данок во нашата држава, од 2007та година, се означи крупен премин од прогресивно оданочување кон оданочување со една пропорционална даночна стапка, и тоа во првата година со 12%, која во 2008 година се намали на 10%, и остана истата до крајот на 2018 год¹. Даночните реформатори тврдеа дека се очекува економски бум од инвеститори кои ќе ја изберат државата поради најниските даночни стапки кај персоналниот данок, а пак за граѓаните се предвидуваше драстично намалување на даночниот товар, враќање на довербата во плаќањето на данок и сузбивање на даночната евазија. Поширок социјално-политички акцент при воведувањето на рамниот данок беше ставен на промоција на принципот на праведност и еднаквост во оданочувањето, односно тезата дека секој обврзник ќе поднесува релативно еднаков даночен товар од 10%, при што во апсолутни износи ќе има разлика и ќе се оствари принципот на еднаквост.

Во практиката, рамниот данок од даночните обврзници се прифаќаше на мошне едноставен начин. На пример: секој денар оданочлив доход при систем на пропорционален или “рамен” данок се оданочува со иста даночна стапка. Така, поедноставено, даночниот обврзник кој заработил 1 денар мора да плати 0,1 денари, во услови на даночен систем со рамна даночна стапка од 10%, додека даночниот обврзник кој има заработено 100 денари мора да плати 10 денари, што всушност претставува сто пати повеќе од придонесот кој, преку плаќањето на данокот, го дал даночниот обврзник со низок доход. Ова значи дека побогатите даночни обврзници плаќаат повисоки апсолутни износи, но не затоа што нивните денари се третирани поразлично од заработениот доход на останатите даночни обврзници (Bank, 1996).

Во периодот од 2008г. -2018г., физичките лица даночни обврзници во нашата држава, беа оданочувани со мошне пониски даночни стапки, споредено со други држави (Слика 1). Рамниот данок постигна многу од очекувањата, а од социјално- правен аспект крајно позитивно влијаеше на правната сигурност кај даночните обврзници- физички лица. Рамниот данок не значи само пропорционална, една и единствена даночна стапка

¹ Според чл. 12 од Законот за персоналниот данок на доход, “доходот на физичките лица се оданочува со даночна стапка од 10%”, додека чл. 28 од Законот за данокот на добивка определува дека: “даночната стапка на данокот на добивка изнесува 10%“.

од 10%, туку и други елементи кои го карактеризираат овој систем, а тоа се: широка даночна основа, а малку даночни ослободувања, релативно ниски нормирани даночни трошоци (признаени даночни ослободувања, кои реално поволно влијаат на намалување на даночната основа), едноставност на администрирање и наплата на данокот итн.

Слика 1.



Иако од 40 европски држави, во нашата имаше најниска даночна стапка, јазот во стекнување на богатството, односно разликите во распределбата на доходот во десетте години на примена на рамниот данок се продлабочија. Секако, за оваа појава, како и за низа други негативни економски проблеми во државата, не може да се бара вината само во рамниот данок. Напротив, персоналниот данок спаѓа во помалку значајните фактори кои ја определуваат и ќе ја определуваат економијата во државата. Сепак, со промена на власта во 2017та година, дојде до остварување на ветувањата за воведување на прогресивно оданочување, и тоа токму со оправдување во примената на принципот на праведност. Имено, принципот на праведност кој беше истакнат како главен мотив за воведување на рамниот данок, во 2018та година беше нападна дека не бил реализиран во изминатите 10тина години, и со мотивација да се исправат грешките и да се обезбеди поголема даночната праведност, се

воведоа прогресивните даночни стапки, односно се донесе нова законска регулатива.

На ова место во трудот, сепак мора со извесна дигресија да се укаже на различното сфаќање за принципот на праведноста кај застапниците на пропорционалното наспроти прогресивното оданочување, односно да се потенцира дека различните даночните системи, содржат контрадикторни ставови во однос на принципот на праведност. Се случува принципот на праведност да се доведе во конфликт со принципите на едноставност и ефикасност. Како резултат на ова, современите држави се соочуваат со потребата за избор помеѓу прогресивните даноци, како доминантен систем на оданочување каде доследно се почитува принципот “кој заработува повеќе, плаќа повеќе по повисоки даночни стапки”, и рамниот данок, релативно помалку застапен даночен тренд кој го имаат воведено повеќе од 30 земји во светот, но во последните неколку декади, каде “кој заработува повеќе ќе плати повеќе, со примена на иста даночна стапка како и за оној кој заработува помалку”.

Освен игра на зборови, се работи за суштинско разидување на два даночни концепти, кое до денес не е надминато. Уште одамна, Џон Стјуарт Мил (John Stuart Mill, 1894) забележал дека „вистински принцип на оданочувањето е дека секое лице не треба да се чувствува повеќе или помалку неудобно со висината на неговиот даночен долг [...]“ и според ова „[...] богатите мора да платат повеќе за да ја почувствуваат истата жртва како и сиромашните“. Денес, со оглед на разликите помеѓу прогресивните и рамните даночни модели на даноците на доход, повторно може да се заклучи дека оваа даночна дилема не може да се реши на начин на кој би биле задоволни сите инволвирани и засегнати страни. Колку и да се дизајнирани даноците на доход на начин да го задоволат принципот на праведност, преку примена на даночни дедукции и преку намалување и/или стеснување на даночната основа, толку повеќе даночните обврзници се соочуваат со потешкотии при наплатата на даноците. Во таа смисла, илустративна е изреката на Алберт Ајнштајн дека за да се разбере данокот на доход, даночниот обврзник потребно е да биде филозоф, но за да се пополни даночната пријава потребно е да се биде математичар. Заклучок, праведноста е искористен аргумент и при аргументацијата за пропорционален и за прогресивен персонален данок за оданочување на доходот.

2. Данокот за оданочување на личниот доход: најважни измени во 2019та година

Со донесување на Законот за данокот на личен доход (Службен весник на РМ, бр.241/18), се направи обид да се исполни предизборното ветување за праведно оданочување преку примена на прогресивен данок, во услови кога и законодавната, а посебно извршната власт е свесна дека Република Северна Македонија не е спремна за прогресивни даночни стапки. Имено, прогресивното оданочување подразбира поголемо зафаќање во доходот на физичките лица, а нашата држава според податоците за остварени лични доходи на граѓаните е сиромашна држава, каде само 10% од населението има плата на 500 евра, а околу 25 милиони евра е предвидената вкупната буџетска позитивна разлика, која би се остварила при целосна наплата на новиот прогресивен данок. Соочена со овие неповолни факти, даночната власт одлучи сепак да го реализира ветеното предизборно прогресивното оданочување со две стапки од 10% и 18%, при што проекциите за број на обврзници кои ќе потпаднат во категоријата за оданочување со повисоката даночна стапка се околу 1-2 % од вкупниот број.

Согласно член 2 од Законот, данокот се плаќа на годишно ниво, односно даночниот обврзник за да знае дали ќе биде оданочен само со пониската стапка од 10%, или пак дел од неговите приходи ќе потпаднат под повисоката даночна стапка од 18%, ќе треба да го знае неговиот збир на доход во текот на фискалната година, според сите извори кои влегуваат во даночната основа. Тоа практично значи дека, во текот на годината, обврзникот (или во негово име и сметка работодавецот) ќе уплатува 10% данок аконтативно (член 74), односно исплатувачот на приход најнапред ќе го пресмета данокот кој треба да се плати, па потоа ќе задржи и ќе плати данок на доход за обврзникот при секоја исплата, но намалено за предвидените даночни нормирани ослободувања (член 80).

Ако во моментот ги занемариме предвидените законски нормирани ослободувања за секоја категорија извори на оданочив доход, тоа би изгледало наједноставно како во табелата бр.1.

Табела бр.1. Пример за уплата на данок на доход на месечна основа

На месечна даночна основа	По стапка
До 90.000 денари	10%
Од 90.001 денар	9.000 денари + 18% на делот од доходот над 90.000 денари

Да се навратиме на сите извори на доход кои се оданочуваат, со укажување на нормираните даночни трошоци кои се одбиваат од даночната основа. Притоа, даночната основа е бруто-доходот остварен по основ на пари, хартии од вредност, во натура или друг вид, во земјата или во странство, намален за износот на придонесите за социјално осигурување, даночното намалување и нормираните трошоци. Новина која се предвидува, е што одредени извори на доход, иако влегуваат како таксативно наведени извори на доход во овој Закон, сепак нема да бидат прогресивно оданочени, а тоа се приходите од индустриска сопственост, доходот од закуп и подзакуп и доходот од капитал, капитални добивки, добивки од игри на среќа, доход од осигурување, каде ќе се примени само една стапка од 15 % (член 7, став 2). На ваков начин, Република Северна Македонија, всушност, се приклучува кон новиот даночен „тренд“ и влегува во групата на држави кои го воведоа т.н модел на двоен даночен режим согласно кој сите видови на приходи се класифицираат во две групи: приход од труд и приход од капитал.

Се работи за *de facto* паралелизам, односно постоење на засебен даночен режим на примена на пропорционална даночна стапка за одреден вид даночни приходи, во систем на прогресивно оданочување. Причините за ова се најмалку правни, па дури може слободно да се заклучи дека не се ниту економски (поаѓајќи од финансиската теорија на оданочување), туку се популистичко социјални и доведуваат до нееднаков третман на оданочување на личниот доход по основ на труд (плата или приходи од консултанство, адвокатски услуги и договор за дело), наспроти приходи од стекнат имот (закуп) или приходи од вложувања во хартии од вредност (дивиденди итн). Тука, се поставува огромен прашалник за праведноста и стимулирањето на капиталот *vs.* трудот. На пример, еден граѓанин, даночен обврзник, можно е да издава по закуп стан за 180 евра (денарска противвредност) и да биде оданочен најнапред со данок на имот од 0,10 – 0,20 %, во зависност во која општина живее (на годишно ниво), а потоа да плати аконтативно за една година данок на личен доход по основ на закуп по даночна стапка од 15%. Во меѓувреме, истиот даночен обврзник може да нема никаков друг личен доход, или доход кој е минимален, или пензија која е исто така предмет на оданочување со данокот од личен доход. Но!, друг даночен обврзник со бруто личен доход од 89.000 денари месечно, ќе биде оданочен со стапка од 10%, бидејќи, не влегува во категоријата на даночни обврзници за прогресивно оданочување.

Значи, на сите видови доход од труд ќе се примени прогресивно оданочување, и тоа на вкупниот доход од сите месеци, при што, поединечно обврзникот можеби нема да плаќа 18% во текот на еден

месец, на пример ако има приходи по различни извори, но доколку во текот на годината вкупниот приход надмине 1.080.000 денари, тогаш за делот кој го надминува овој износ ќе плати 8%, под услов претходно да е уплатен аконтациски 10% данок на делот од приходи до 1.080.000 денари (Табела 2).

Табела 2. Прогресивни даночни стапки на годишно ниво

На годишна даночна основа	По стапка
До 1.080.000 денари	10%
Од 1.080.001 денар	108.000 + 18% на делот од доходот на 1.080.000 денари

Сепак, мора да се укаже дека законодавецот во овој случај не прикажал децидно табеларно, мошне битен момент во пресметувањето, а тоа се признаените даночни ослободувања и нормирани трошоци, кои реално водат до помал износ на пресметка во данокот. Имено за секоја категорија на доход кој подлежи на плаќање на данок од доход, постои законско намалување. Од тие причини, креирана е табелата бр 3, каде што се сублимирани ставките за кои Законот таксативно ги наведува различните намалувања.

Табела 3. Вид на приход, даночни стапки и предвидени намалувања

Вид личен доход	Даночно намалување	Даночна стапка
ДОХОД ОД РАБОТА (плата, надоместоци, пензии, примања на членови на органи на управување и надзор во трговски друштва, примања на функционери, спортисти, надоместоци за боледување и отсуства итн	96.000 денари (при аконтативно плаќање на данок, 1/12)	10 % до 1.080.000 денари –годишно 18% над 1.080.000 денари -годишно

<p>ДОХОД ОД САМОСТОЈНА ДЕЈНОСТ (од стопанска и професионална дејност, земјоделска дејност и дејност со цел остварување доход)</p>	<p>Признаени расходи за пензиско и инвалидско осигурување; платен данок за исплати кон физички лица; амортизација на средства за работа; до 30% од вложувања во средства за работа- до 50% од даночна основа;</p>	<p>10 % до 1.080.000 денари –годишно 18% над 1.080.000 денари –годишно (со одобрение од УЈП може и паушално)</p>
<p>ДОХОД ОД АВТОРСКИ И СРОДНИ ПРАВА</p>	<p>50%- за надомест за вајарски дела, таписерии, керамика и витраж; 40%- за уметничка фотографија, сликарство, музички дела итн. 30%-научни, стручни публикации, изведување музика, актерство, снимање филмови и сл.; 20%- за преводи, предавања, изведување естрадни програми и др.</p>	<p>10 % до 1.080.000 денари –годишно 18% над 1.080.000 денари –годишно</p>
<p>ДОХОД ОД ПРОДАЖБА НА СОПСТВЕНИ ЗЕМЈОДЕЛСКИ ПРОИЗВОДИ</p>	<p>(даночна основа е разлика меѓу вк.доход и нормирани трошоци, висина до 80%)</p>	<p>Даночна стапка од 10% и 18% А доколку обврзникот надмине 1000.000 денари, се регистрира за вршење на дејност. Доколку не надмине, со решение се враќа уплатениот данок до доход од 1000.000 денари</p>

ДОХОД ОД ПРАВА ОД ИНДУСТРИСКА СОПСТВЕНОСТ	Нормирани трошоци до висина од 10% од даночна основа	15%
ДОХОД ОД ЗАКУП И ПОДЗАКУП	Нормирани трошоци до висина од 10% од даночна основа, а за опремени простории до 15% од даночната основа (се вклучуваат и трошоци за поправки, реновирање)	15%
ДОХОДИ ОД КАПИТАЛ (дивиденди, камати од заеми, камати од депозити и хартии од вредност,)	(нема намалување, а кај камати од депозити, данок се плаќа само ако доходот надмине 15.000 денари годишно)	15%
КАПИТАЛНИ ДОБИВКИ (разлика меѓу продажна и набавна цена на недвижност, хартии од вредност, учество во капитал и друг подвижен и нематеријален имот)	Нормирани трошоци до 10% висина од даночна основа При продажба на недвижен имот се признаваат стварни трошоци за инвестициски вложувања, и доколку обврзникот живеел или го продал 3 год. по стекнувањето (член 63)	15%
ДОБИВКИ ОД ИГРИ НА СРЕЌА	Нема намалување	15% (се плаќа за секоја поединечна исплата, над 5000 ден)

ДОХОД ОД ОСИГУРУВАЊЕ (премија од животно/неживотно осигурување)		15%
ДРУГ ДОХОД (доход од продажба цврст отпад, интернет трговија, маркетинг интернет услуги,	Нормирани трошоци за цврст отпад во висина до 50% од даночна основа	15%

3. Заклучни согледувања

Иако за повеќето видови доход всушност не е предвидена прогресија, туку пропорционална стапка од 15%, реално, во најчест број на случаи физичките лица ќе бидат оданочени со стапката од 10%, а пак многу мал број на обврзници ќе биде оданочен со 18%, бидејќи откако ќе се изземат приходите кои вообичаено го зголемуваат годишниот приход на просечните македонски даночни обврзници, а тоа се приходите од закупнина или од капитал, тогаш доаѓаме до ситуација во која околу 90% од обврзниците имаат приходи оданочиви по пониската стапка од 10%.

Сепак, во бизнис заедницата со право се почувствува негативна енергија, и тоа по неколку основи. Прво, новите даночни стапки беа конечно објавени во Службен весник, непосредно пред почетокот на фискалната година, кога веќе беа завршени проекциите на многу компании, односно беа изготвени финансиски планови, па тие мораа да изготвуваат нови, што претставува непредвиден дополнителен административен трошок; Второ, секоја даночна измена која вклучува понеповолен третман од досегашниот за даночниот обврзник, треба да е воведена најмалку 6 месеци порано, со цел да се подготват и прилагодат даночните обврзници. Вака, се испраќаат негативни знаци и се предизвикува правна несигурност во општеството. Зошто? Бидејќи претходно за истите приходи на пример за приходите од вршење на менаџерски функции, физичките лица беа оданочени со 10%, а сега ќе поднесат поголем даночен товар, дополнително зголемен и со повисоки социјални придонеси (и социјалните придонеси се покачени за 0.5%).

Затоа, заклучокот е дека таргет даночни обврзници се токму движечката, носечка работна сила во државата, која не е сè уште

мигрирана, или пак која има развиено некаков сопствен бизнис, односно која лесно може да се одлучи да го пресели бизнисот или да ги пресели трансакциските сметки. Втората опција, упатува на зголемената можност за даночна евазија, со која нема да биде даночната загуба за власта односно за буџетот само делумна, туку целосно ќе се изгубат и потенцијалните 10% данок кои би биле платени, да не беше воведен прогресивниот данок. По сè изгледа втората стапка е некоја реминисценција на втората стапка од „стариот“ систем на прогресивен данок кој постоеше пред 1 јануари 2007 година (15 %, 18 % и 24 %).

Со други зборови, постоењето на две даночни стапки во новиот данок на личен доход, е само млака верзија на вистинските системи на прогресивно оданочување, каде има многу поинакви лични даночни ослободувања, односно лепезана ослободувања по основна другитрошоци во текот на еден животна еден обврзник или семејство (школување на деца, лекување на член на семејство), со повеќе разработени категории на даночни обврзници за кои има различни даночни стапки, при што разликата меѓу стапките е многу поголема. Во такви случаи, би можело да имаме и стапка од над 35% или 40%, но познавајќи ги состојбите во нашата држава, како економските така и социјалните, тоа прогресивно оданочување би било како таргетирање на исклучително мала (изброена) група на физички лица.

Оттука, во моментот физичките лица (посиромашните) поради кои се вовеле прогресивниот праведен данок всушност реално не можат да ја почувствуваат разликата, бидејќи ќе бидат оданочувани и понатаму со иста стапка од 10%, дури некои од нив кои иако се доближуваат до горната граница на својата категорија имаат процентуално пониски даночни намалувања, ќе платат и повеќе данок. На пример кај данокот од закуп, каде наместо 30%, има до 15% даночно намалување на даночната основа, а стапката е зголемена на 15%. Овие физички лица, заедно со лицата кои остваруваат приходи од повремено вршење на самостојна работа, или приходи од работа во облик на консултантски и професионални услуги, исто така имаат проектирани повисоки даночни оптоварувања.

Од овие причини, сметаме дека се работи за квази обид да се претстави дека прогресивниот данок во нашата држава е воведен затоа што се стремело кон праведност и приближување кон другите компаративни даночни законодавства, туку повеќе наликува на имитација на прогресивно оданочување, за чиј исход ќе може да дискутираме дури по истекот на најмалку 3-5 години, а за жал веќе во политичките кулоари се спомнува враќање на рамниот данок, што уште повеќе ја потврдува тезата за промена на даночен систем само заради промена, без реални даночни позитивни влијанија.

Vesna Pendovska, PhD
Full Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
Aleksandra Maksimovska, PhD
Full Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
Elena Neshovska Kjosev, PhD
Assistant Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
University “Ss. Cyril and Methodius” Skopje
pendovska@gmail.com aleksandra.maksimovska@yahoo.com elena_
neshovska@yahoo.com

MAIN CHARACTERISTICS OF THE 2019 TAX REFORM IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA

Abstract: *The beginning of 2019 has marked the new phase in the development of tax law system in the Republic of North Macedonia. The new Law on Personal Income Tax put an end on the application of the “flat tax” model. After 12 years the system of personal income taxation with a single, proportional tax rate of 10% was abandoned, while the corporate tax rate has not been changed. As a result, the Republic of North Macedonia has returned to progressive taxation, as a characteristic of the period after its independence when the Macedonian tax system was created. Although the main drivers of the flat tax reform were the efforts of the previous Government to simplify the tax administration of the income taxes, to increase the tax morality and the tax culture of taxpayers, and to attract foreign direct investment through creating business friendly environment, the rival political party that at the moment has the majority in the Macedonian Parliament has constantly disputed about the positive effects of application of the tax rate of 10%, arguing that this model has drastically increased the gap between the rich and the poor. Therefore, the Macedonian Government was proclaiming the idea for reintroducing the progressive personal income taxation in order to: (1) achieve fair income redistribution; (2) improve social justice, and (3) increase budget revenues. According the positive tax legislation, the Macedonian system of personal income taxation is characterized by a double income tax regime, i.e. division of income into two groups: income from labor and income from capital, where the progressive taxation through implementation of two tax rates of 10% and 18% is applicable for the income from labor; while the income from capital is taxable by a single tax rate of 15%. The purpose of this paper is to conduct a legal analysis on the Law on Personal Income Tax, to determine the key*

features of the last tax reform, and to offer a critical overview of the current tax solutions. However, it takes some time to see if the reform has given the expected results and to what extent.

Key words: *flat tax, tax reforms, progressive taxation.*

*Dragica Živojinović, PhD**
*Nina Planojević, PhD***

PATIENTS' ADVANCE DIRECTIVES IN SERBIAN AND MACEDONIAN LAW *DE LEGE FERENDA*

UDK:342.7:614.253.83]:340.13(497.11)
Original research paper

Abstract: *Patients' advance directives represent patients' declarations of will by which an individual accepts or refuses the application of certain medical procedures at times where there is still no need for their implementation and in case that, in the future, he/she becomes unable to make those decisions independently. These directives, as one of legally recognized mechanisms of advance decision making, reflect the acknowledgment of the autonomy of an individual, his rights to self-determination as the key element for respecting human rights and dignity of every individual. The Council of Europe has adopted certain acts that serve as the guidelines to member states for passing their own legislations regulating this matter; many European states have already passed these laws, which is not the case with Serbia and North Macedonia.*

Given the above said, the subject of this paper is the overview of the methods that can be used for overcoming the absence of these states' national regulations on patients' advance directives. In order to establish the conditions for their validity, the co-authors of this paper analyze two possibilities: to fill the legal gap with the analogous application of the terms regulating legally valid informed consent to accept the proposed medical treatment or the amendment of the regulation. In order to find the best solution of this issue, the co-authors first discuss the mere concept of advance directives and then point to differences and similarities between the institutes of informed consent and advance directives comparing the conditions for the legal validity of informed consent and advance directives in Serbian and Macedonian legislation to those existing in Swiss, German, Austrian and British legislations. The analyses

* Fulltime Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, dragica.zivojinovic@gmail.com

** Fulltime Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, nina.planojevic@gmail.com

have shown that the application of the analogy in this case is not justified and that the amendment of regulation is the path that should be pursued. In this context, the co-authors suggest the conditions that could serve as the basis for establishing the legally valid patients' advance directives in future Serbian and Macedonian regulations.

Key words:*the right to self-determination, autonomy of the individual, the rights of patients, patients' advance directives, informed consent*

1. **Introductory considerations**

Development of science and medicine led to extension of life expectancy and changed age structure of human population. In parallel to this process there is a raised awareness and tendency of individuals to enjoy certain quality of life which, among other stuff, includes its decent end. Therefore, it is not surprising that more and more often we see cases of individuals reaching for certain forms of advanced directives in the area of health in order to refuse being submitted to certain medical interventions they see unacceptable, i.e. not giving consent to be maintained in the condition of life which in their opinion is degrading for human dignity.

Recognising the need to strengthen proclaimed human rights in the area of health such as right to privacy and self-determination in relation to your own body, i.e. autonomy, there is a strong tendency of the Council of Europe in the past decade to regulate institute of advanced decision-making (anticipated decision-making); one of its forms – advanced directives of patients are subject of the interest in this paper. This mechanism of advanced decision-making went through a long journey of recognition in the area of European laws. Its foundations were set in article 8 paragraph 1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,¹ recognizing right of all to respect of private and family life, home and correspondence. Intensive normative activity at the end of 20th and beginning of 21st century finally resulted in recognition of possibility for individuals to give or refuse advance consent for application of certain medical intervention in the case of their latter incompetence to independently make decision about that.²

¹ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 1950.

² The following Council of Europe acts are specifically relevant in relation to this topic: Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine, Oviedo, 1997; Recommendation 1418 (1999) Protection of the human rights and dignity of

Although both are members of the Council of Europe, the Republic of Serbia and the Republic of North Macedonia do not have a single provision pertaining to advance directives in their regulations stipulating health protection and patients' rights. Lack of regulations and, on the other side, the need to have clear legal solutions when it comes to these rights: their terms of validity and methods to give them, raises a question of a proper way to fulfil the existing legal gap. Can analogy be used, i.e. by enforcement of rules foreseen for validity of informed consent to proposed medical action, or a decisions needs to be made to amend regulations?

In search for an answer to this question the paper will identify notion of advanced directives of patients based on their definitions contained in selected European legislations, in order to latter indicate what do they have in common with informed consent and what distinguishes the two notions. Finally, a comparison of informed consent validity terms in Swiss, German, Austrian and British laws will be made in order to give proposal of the method to solve non-regulation of patients' advanced directives in Serbian and Macedonian laws. Proposed regulations for advanced directives of patients in legislation of Serbia and North Macedonia *de lege ferenda* will pertain solely to their validity, although this issue imposes other questions which require to be appropriately legally regulated.

2. Notion of advanced directives of patients

Apart from being different in their levels of comprehensiveness, definitions of patients' advanced directives contained in legal texts of European countries, also differ in their subject, i.e. do they pertain to options how to give consent and/or how to refuse consent to application of certain medical intervention in the future, or they pertain exclusively to refusal of an application. The Swiss Civil Code (SCC) purports that patient's directive is a statement by which "a person who is capable of judgement may specify in a patient decree which medical procedures he agrees or does not agree with

the terminally ill and the dying; Recommendation CM/Rec(2009)11 of the Committee of Ministers to member states on principles continuing powers of attorney and advance directives for incapacity; Resolution 1859 (2012), Protecting human rights and dignity by taking into account previously expressed wishes of patients. For more on their relevance please see: Živojinović D., Statements of will in cases of latter incompetency to make independent decisions: advanced decision-making in European laws (original title: Изјаве воље за случај потоње неспособности за самостално одлучивање: антиципирано одлучивање пацијената у европским правима). in: Mićović M., (editor), Freedom of providing services and legal security (original title: Слобода пружања услуга и правна сигурност), Kragujevac Law Faculty, Institute of legal and social sciences, 2019, p. 621-637.

in the event that he is no longer capable of judgement”.³ German Civil Code (GCC) definition has the same content but comparing with SCC the definition is slightly more complete. *Patientenverfügung* is defined as directive by which ”a person of full age who is able to consent has determined in writing, for the event of his becoming unable to consent, whether he consents to or prohibits specific tests of this state of health, treatment or medical interventions not yet directly immanent at the time of determination (living will)”^{4 5}

Austrian legislation stipulates advanced directives in a separate law *Patientenverfügungs-Gesetz (PatVG)*.⁶ This law does not contain their definition, but based on material and formal legal terms foreseen for their validity they can be defined as follows: these are statements of will given in person, in written form and dated, by persons capable of making decisions, with previous consultations with the doctor on content of the directive and its consequences on application of medical treatment of which person is aware, and statement refusing precisely specified medical intervention.⁷ As it can be seen here, advanced directives refer exclusively to refusal of medical treatment and this is the approach present also in British *Mental Capacity Act* where advanced directives are defined as statements of will by an individual capable of decision-making⁸ who is over 18 by which the individual orders not to apply certain treatment or not to continue with it in the case that in the future and under precisely specified circumstances he is not capable of giving consent to application or continuation of the treatment yet such application of specific treatment or its continuation is proposed by a person who provides health protection.⁹

There is an abundance of various definitions of patients’ advanced directives professional literature and they are observed as an expression of autonomy from various angles. From legal and philosophical point of view

³ Please see article 370 of the Swiss Civil Code, available on the Internet page at: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ch/ch310en.pdf>, accessed on 12.04.2019.

⁴ Please see § 1901a (1) of the German Civil Code, available on the Internet page at: https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_1901a.html, accessed on 07.04.2019.

⁵ Wiesing U., Jox R J., Heißler H-J., Borasio, G D., A new law on advance directives in Germany, *Journal of Medical Ethics* 2010, vol. 36, str. 780.

⁶ *Patientenverfügungs-Gesetz – PatVG*, available on the Internet page at: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20004723>, accessed on 07.04.2019.

⁷ Paragraph 1 point 2 of PatVG stipulates that these directives exclusively relate to refusal of medical treatment.

⁸ Capability to judge is negatively determined in this law by specifying cases where it does not exist. For more details please see Section 3 of the Mental Capacity Act, available on Internet page at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/9/pdfs/ukpga_20050009_en.pdf, accessed 20.04.2019.

⁹ Please see Section 24 (1) of the Mental Capacity Act

they are determined as "right to decide in advance, by statement of will, on consent to application of certain medical action or decide on its refusal".¹⁰ Some definitions, however, put accent on health conditions of an individual which carry danger of immediate death as causes to give such statements in advance and palliative care measures that can be applied at such times, and they are less oriented to the essence and terms of legal obligations of advanced directives as we do elaborate them here.¹¹ They are further identified with written document containing such expression of will, which we find totally unjustified, and they are being determined as "document that allows a person to make legally binding refusal of medical treatment in advance, i.e. at the time prior to loss of capability to make decision."¹² Conceptually, advanced directives are defined as written statements of binding content given in advance by an adult capable for expression of will in order to make a decision on rights and interest in the case of his/her future incapability to decide independently.¹³

A definition of advanced directives of patients, especially the legal one, needs to reflect not only its essence but also need to have a degree of specification, for the sake of its adequate use in practice by encompassing all elements of validity. When it comes to its subject, we find it as a better solution to use such directive to express both consent and resistance to application of certain medical treatment because this respects both sides of the right to self-determination (in terms under which it is considered here it refers to freedom to allow or not allow medical intervention). In that sense, advanced directive can be defined as binding statement of will given in person, in written form, by an adult of full age capable of giving consent and previously informed, specifically about the content of directive and its consequences who he is aware of, and by which in the event of latter incapability to give consent he is determining whether he will give or refuse consent to application of certain medical treatments which are not directly imminent at the moment of giving the consent.

¹⁰ Auer K H., Right to self-determination in the context of patient's treatment, Legal and philosophic approach, Christianity and Health (original: Kršćanstvo i zdravlje) 2005, vol. 11, no. 1, p. 69.

¹¹ Barta H., Kalchschmid G., Die "Patientenverfügung" in Europa, Wiener klinische Wochenschrift 2004, vol. 116, no.13, p. 445.

¹² Puneet, A., Advance Statement vs Advance Decision: A Critical Evaluation of the Legal Status and the Moral and Pragmatic Advantages and Disadvantages, Journal of Forensic Medicine Forecast 2018, vol. 1, no. 1, p. 2.

¹³ Hristić D., Advanced patients' decision-making (original title: Anticipirano odlučivanje pacijenata), Zagrebačka pravna revija 2016, vol. 5, no. 1 p. 15.

3. Similarities and differences between advanced directives and informed consent

Advanced directives and informed consent have identical base – both are expression of human right to self-determination which has its foundations in guaranteed uniqueness of human personality recognized by numerous international conventions¹⁴ and constitutions of national states.¹⁵ Right to self-determination as personal right of an individual is unalienable and non-transferable, and its essence in the area of health treatments and providing health services is reflected in the fact that a patient, by the rule,¹⁶ decides independently¹⁷ whether he/she wants to submit to a medical treatment and to which. By advanced directive, as well by consent to a medical intervention, an individual in fact manages his/her personal asset¹⁸ – allows intervention, i.e. application of medical action that encroaches bodily and psychological integrity, or forbids it, irrespective whether it is an intervention that in the given moment of time is needed or medical indications for its application will possibly come latter.

Advanced directives and informed consent are connected by the fact that both always refer to specific therapeutic or diagnostic actions application of which is justified in medical terms. It is known that informed consent is not approximate, undefined statement of will and it does not pertain to any medical intervention jeopardizing human wholeness. Consent, as well as refusal of consent always purports special consent in relation to specific medical measure, and same is applicable in legislations where advanced directives are regulated.¹⁹

¹⁴ Please see article 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, United Nations General Assembly, New York, 1966; articles 5 and 16 of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regards to the Application of Biology and Medicine, Council of Europe, Oviedo 1997.

¹⁵ Please see article 25 of the Constitution of the Republic of Serbia, "RS Official Gazette", no. 98/2006.

¹⁶ This right is not absolute; grounds of limitations of human rights are contained in constitutions of states. Instead of all, please see article 20 paragraph 1 of Serbian Constitution.

¹⁷ Please see article 15 paragraph 1 of the Law on Patients' Rights "Official Gazette of the Republic of Serbia", no. 45/2013 and article 25 of the Law on Health Protection "Official Gazette of the Republic of Serbia" no. 107/2005, 72/2009 - other law, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 - other law, 93/2014, 96/2015, 106/2015 and 113/2017 - other law).

¹⁸ Radišić J., *Medicinsko pravo (Medical Law)*, Belgrade 2008, p. 95; Mujović-Zornić H., *Acceptance of Medical Intervention as a statement of will in law (original title: Pristanak na medicinsku intervenciju kao izjava volje u pravu)*, Collection of papers "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse", Mostar 2011, no. 9, p. 287-288.

¹⁹ Please see article 370 of SCC, paragraph 1 p. 2 of PatVG, paragraph 1901a (1) of GCC,

Also, human right to self-determination does not have absolute character and its boundaries are set by rights of other people and need to protect higher interest (public health),²⁰ which is valid also when scope of both informed consent and advanced directives is being defined. All this, together with other points where these two institutes overlap, can lead to a conclusion that legal gap with no existence of regulations in relation to advanced directives could be completed by analogue enforcement of rules prescribed for informed consent.

However, numerous differences featuring these two concepts suggest things are not so simple. We will mention only the key ones. Informed consent on proposed action means consent by a patient personally but also refers to consent of his/her legitimate representative, i.e. guardian (in the case of patient's incompetence).²¹ Opposite to that, advanced directives can exclusively be given in person, at the time when an individual has required capacity. Advanced directives are seen as mean to enhance individual's autonomy by giving an opportunity to a patient to be included in making decision in relation to his treatment in cases when he could be excluded from it due to his incompetence.²² By giving such consent an individual exactly wants to eliminate possibility of having third party deciding about issues related to his life and health, whether that is a doctor, council of doctors or legal representative.

From the concept of patients' advanced directives it is clear that they are given in the cases of medical intervention application of which is not medically

etc.

²⁰ In Serbian law, boundaries of patient's autonomy are stipulated by article 15 paragraph 1 of the Law on Patients' Rights and article 25 of the Law on Health Protection, and in Macedonian in article 14 paragraph 1 of the Law on Protection of Patients' Rights, "Official Gazette of the Republic of Macedonia", no. 82/2008.

²¹ Laws in Serbia and North Macedonia stipulating rights of patients do not define informed consent of a patient, but this term also refers to consent of legal representative of a patient who is incapable of giving informed consent and this clearly stems from article 19 paragraph 1 of the Law on Patients' Rights of the Republic of Serbia and article 15 paragraph 1 of the Law on Protection of Patients' Rights of the Republic North Macedonia. Also, article 2 paragraph 1 point 23 of the Law on Medications and Medical Aids of the Republic of Serbia ("Official Gazette", no. 30/2010, 107/2012, 113/2017 - - other law and 105/2017 - - other law) gives formulation of informed consent in the context of clinical research, and this formulation with no doubt verifies the statement. For more about this please see: Planojević N., Živojinović D., Clinical Researches Subjects in Serbian Law (original title: Субјекти клиничких испитивања у српском праву), Kragujevac 2017, p. 19; Živojinović D., Planojević N., Consent of legal representative and assent of persons incapable of giving informed consent to participate in medical research. in: Political sciences, Law, Finance, Economics and Tourism: Conference proceedings: International Multidisciplinary Scientific Conferences on Social Sciences and Arts, 1-10 September, 2014, (Political Sciences, Vol. 1). Albena: SGEM, 2014, p. 553-567.

²² Stewart K., Bowker L., Advance directives and living wills, Postgrad Med J 1998, no. 75, p. 151.

indicated at given moment, and this is not the case with informed consent. It allows or bans application of certain medical intervention which possibly will be required in the future and it is being given for the case that patient at that future moment is not capable of independent decision. If a patient who has given advanced directive is in a health condition to informed consent, there will be no room to use advanced directive; therefore, the two are mutually exclusive.

Precisely these features of advanced directives open numerous questions in regard to their validity and effect, and this is not a feature of informed consent (should there be more rigorous conditions for their formal and material validity; how to ensure that doctor, i.e. legal representative of an individual who has given advanced directive, knows of its existence and content; can they be cancelled; should they be limited in time of validity, etc.). This, it seems, does not allow making the two institutes equal, and consequently does not allow using analogy to fulfil legal gap when it comes to their regulation in Serbian and Macedonian laws.

We will check whether this statement is right by comparing terms of validity of informed consent in Serbian and Macedonian laws with terms of validity of advanced directives in Swiss, German, Austrian and British laws. Solutions produced by this analysis will represent proposals for future regulations in relation to advanced directives in the laws of Serbia and North Macedonia.

4. Terms of validity of advanced directives

4.1. Capability of giving informed consent / advanced directive

There is no definition of informed consent to proposed medical action in Serbian law, and there is no precise specification what is meant by capability of an individual to give such consent. When stipulating right to consent Serbian Law on Patient's Rights says that "patient who is capable of judgement has the right to refuse proposed medical action even in the case it will save or keep his life",²³ which could be interpreted that capability to give consent is equivalent to capability of judgement.²⁴

²³ Please see article 17 paragraph 1 of the Law on Patients' Rights of the Republic of Serbia.

²⁴ In relation to capability of judgement in the context of providing medical services please see: Ponjavić Z., Child's Acceptance of a Nurse – Between Autonomy and Parentalism (original title: Pristanak deteta na medicinsku meru – između autonomije i paternalizma), *Pravni život* 2013, no. 9, p. 97; Živojinović D., Capability of Giving Informed Consent to Participation in a Medical Research (original title: Способност за давање информисаног пристанка на учешће у медицинском истраживању), *Compilation of Articles issued by the*

However, it is clear from article 19 paragraphs 4 and 5 of Serbian Law on Patients' Rights that capability to give consent is not equal to capability of judgement, and it says that "a child who is over age of 15 and who is capable of judgement can independently give consent to proposed medical action" but if he "refuses the proposed measure, competent member of medical staff is obliged to request for a consent from child's legal representative." This means that children over 15 capable of judgement are partially autonomous (if we may put it this way) – only when they accept proposed medical measure,²⁵ and that full autonomy that includes both right to accept and right to refuse medical measure is given to adults capable of judgement.

There is no former dilemma in Macedonian law because article 15 paragraph 1 of the Law on Protection of Patients' Rights defines that "for patient who is out of consciousness, who was admitted in the health institution without his consent, who is legally incompetent or juvenile..." consent to apply or refusal of proposed medical measure is signed (and this means nothing else but given) by his legal representative. Therefore, in this law, as in Serbian law, full age adult capable of judgement has capability to give consent.

Which solutions there are in comparative law for the issue of someone's capability to give valid advanced directive?

According to the Swiss law, valid patient's directive can be given by an individual capable of judgement.²⁶ It is clear from article 19c of SCC that this capability is not linked to certain age; this article foresees that an individual who is not legally competent but is capable of judgement fulfils his/her personal rights independently, while situations where law requires consent of legal representative are separately specified; yet, this is not the case with advanced directives. Austrian law offers same solution where advanced directives can be given by persons capable of judgement.²⁷

German law sets slightly more rigorous terms where such statement can come from a full age adult capable for giving consent,²⁸ and it is identical to the requirement set in British law – an individual must be over age of 18 and capable of decision-making.^{29 30}

Law Faculty in Niš 2014, year 53, no. 67, p. 125-127.

²⁵ Ponjavic, Z., Right of a patient to agrees with a medical action or to refuse it (original title: Pravo pacijenta da pristane na medicinsku meru ili da je odbije), Teme, 2016, XL, no. 1, p. 23.

²⁶ Please see article 370 of SCC. SCC contains definition of capability of judgement which says as follows: "This Law sees an individual capable of judgement if an individual has no lack of capability to act rationally due to being juvenile, or mental disability, mental disorder, intoxication or similar reasons" (art. 16 SCC).

²⁷ Please see paragraph 3 of PatVG.

²⁸ Please see paragraph 1901a (1) GCC.

²⁹ Please see Section 24 (1) of the Mental Capacity Act.

³⁰ Expression "capable of making decision" and "capable of giving consent" used in all these

We believe that in future Serbian and Macedonian regulations capability of an individual to give valid advanced directive needs to be conditioned by existence of his/her capacity of judgement and full age. Having in mind its features and content, we do not find enough justification to link this capability (only) to capability of judgement, or enough justification to make difference between advanced directives giving consent to application of certain medical actions (that exists in Serbian law regarding informed consent) and those banning specific measure. This is due to the fact that decision of a patient to agree with a medical intervention that for example saves life can have serious and irreversible consequences just as the decision to ban such measure. Seriousness of the decision and capability of an individual to make it should not be assessed by focusing exclusively on its outcome – maintaining or jeopardizing health or, at the end, life or death; overall situation around the proposed measure needs to be taken into consideration – how invasive treatment is, undesirable effects, quality of life after the treatment, etc.³¹

In line with this proposal, juveniles capable of judgement could not give valid advanced directive. Argument for this position is exhausted from experiences of countries where this is regulated and where people actually use this mechanism of making decisions in advance, and these experiences suggest that such statements of will are given by people of mature age, with health problems. Also, juveniles are submissive to influences due to not being mature and not having sufficient life experience; therefore, they need protection from making instant, ill-considered decisions of this type. However, in order to respect each individual's right to bodily integrity including those who are juvenile, we believe that advanced statements of will of juveniles having such capacity should not be neglected and they have to be taken into consideration as expressed wishes when making decision on application of proposed medical intervention.

When it comes to advanced directive originating from a full age adult, the decisive factor to distinguish cases where they must be obeyed from those where criterion of best patient's medical interest will be applied in spite of his different order, is capability of judgement at the moment of giving the directive. For the sake of legal security, when it comes to validity of such directives it is needed to apply generally accepted presumption that full age adult is capable of judgement and that any suspicion if there is such capability in place shall be resolved in favour of existence of such capability until

laws refer to the same thing.

³¹ More about this: Michalowski, S., Advance Refusals of Life-Sustaining Medical Treatment: The Relativity of an Absolute Right, *The Modern Law Review* 2005, vol. 68, no. 6, p. 964. (958-982).

different is established.³² The fact is, however, that adults do not have to be capable of judgement whether permanently or temporarily due to illness, dementia, mental disability, use of medications, etc. and that such capability is subjectively and relatively determined, that it varies in time,³³ depends on complexity and seriousness of the decision that is to be made, so the question is how to essentially ensure that this term of its validity is fulfilled.

Ideal solution would be to apply approach existing in Austrian law where doctor, following consultations with an individual who wishes to make advanced directive, verifies by his signature that the individual is capable of judgement and gives reasons why he believes that the patient rightly judges consequences of such decision – for example, because the directive is referring to a treatment linked to current illness of the patient or close next of kin.³⁴ We are aware that this depends on organization, capacities and material resources of the health care system in a state, but introduction of this measure to ensure validity and effect of the directive would mean acting in the direction of true respect of autonomy of individuals. When taking informed consent, member of medical staff can notice patient's lack of capability of judgement; this is when he is obliged to ask for consent from patient's legal representative protecting patient's autonomy.³⁵ This is not possible with advanced directives because when situation happens to which the directive refers, a doctor will already have in front of him a patient who is not capable of independent decision-making and cannot know whether patient was capable of judgement at the moment of giving the directive. Anyhow, if there is a grounded reason to suspect validity of advanced directive and the medical intervention does not allow postponing, we believe the doctor should act with the intention to save life, i.e. apply measure that maintains or saves life of a patient.³⁶

4.2. Freedom of giving informed consent / advanced directive

Article 15 paragraph 1 of the Law on Patients' Rights of the Republic of Serbia stresses that "patient has right to *freely decide* on all related to his/her life and health...", and this should not be understood only as freedom of enforcing the right to bodily and psychological integrity but also that the

³² Instead of all please see Section 1 (2) of Mental Capacity Act.

³³ Stewart, K., Bowker, L., Advance directives and living wills, *Postgrad Med J*, 1998, vol. 74, no. 869, p. 153.

³⁴ Please see paragraph 5 of PatVG.

³⁵ Please see article 19 paragraph 1 of Serbian Law on Patients' Rights and article 15 paragraph 1 of North Macedonian Law on Protection of Patients' Rights.

³⁶ This action is in line with article 4 paragraph 2 of the Code of Medical Ethics of Serbian Medical Chamber, "Official Gazette of the Republic of Serbia", no. 104/2016.

decision of factual use of this right – informed consent of patients, needs to be grounded on free will of patients. Article 5 paragraph 1 of the Convention on Human Rights and Biomedicine, ratified both by Serbia and North Macedonia, talks about freedom of consent to a medical measure.

European legislations that are subject of our comparative analysis have the same requirement when it comes to validity of an advanced directive of a patient - his will must be freely expressed.³⁷ It is completely clear that this condition needs to exist in future regulations pertaining to this matter in Serbian and Macedonian laws. Since advanced directive is a statement of will which disposes of subjective right to personal assets,³⁸ it must satisfy all qualities that law requires in the case of legally relevant statement of will. If acceptance or refusal of certain medical measure, given in advance for the case of latter incapability to give consent, does not reflect true will of a patient because it is a result of threat, coercion, fraud or it is a consequence of delusion, then it is not valid.

In order to fulfil this condition for validity of advanced directive in practice, the most important cases are cases of patient's relevant delusion – here attention needs to be paid not only to an issue of its validity but also its effect, i.e. consequences of its effects. An individual giving such a directive can have wrong image about medical intervention he wants to submit to, i.e. gives consent for. For example, a patient can misunderstand type of medical intervention for potential application of which he gave advanced directive, misunderstand its scope or consequences; it may remained unknown to him that there are alternative medical measures for certain health situation which are less risky or carry higher risk but have better effects on health and, yet, he did not take this into consideration when the decision was made.

4.3. Obligation to inform patient prior informed consent / advanced directive

One of the terms for fully valid consent to a proposed medical measure foreseen by Serbian and Macedonian legislations is that patient is informed about all facts and based on knowing and understanding these facts he needs to make a decision whether he is going to submit himself to the medical treatment or not.³⁹ Subject of information, i.e. consent of information that needs to be passed to the patient is defined by the law and, in both states,

³⁷ Please see articles 372 paragraph 2 and 373 paragraph 1 point 3 of SCC; paragraph 10 point (1) subpoint 1 of PatVG

³⁸ Stanković O, Vodinelić V., Introduction to Civil Law (original title: Увод у грађанско право), Belgrade 1990, p. 120, 160.

³⁹ Please see article 11 of the Law on Patients' Rights of the Republic of Serbia and articles 7 and 8 of the Law on Protection of Patients' Rights of the Republic of North Macedonia.

it needs to include diagnosis and prognosis of the illness, short description, aim and benefits of proposed medical intervention, risks and consequences it carries, alternative treatment methods that can have same or similar health effect, etc. Since point of informing the patient is to eliminate his ignorance about medical facts pertaining to his health and the need for certain treatment, this process makes a foundation of the decision on consent. Patient capable of giving consent, who understood passed information, exercising his right of self-determination, is free to refuse application of a medical measure for any reason, rational or irrational, even if such a decision can lead to his death.

Obligation to inform patient before he gives anticipated directive is not foreseen in European legislations we analyzed, with an exception of Austria. There, validity of the directive is conditioned by previous comprehensive medical counselling with the doctor and this specifically includes providing information about the content of the directive and its consequences on application of the medical treatment. On that occasion, the doctor who is giving necessary information to a patient will also make an assessment of patient's capability of judgement and whether he is aware of all consequences that it carries and this will be properly documented and personally signed.^{40 41} With this regulation, Austrian legislator enabled not only an informed individual to give advanced directive but also eliminated possible dilemmas in relation to existence of his capability of judgement at the moment when that happens.

Professional literature in states where legal texts do not stipulate this as a condition of validity for advanced directives, as well in ethic guidelines of health organisations, such solution is being criticized and benefits and stressing the importance of consultations with medical professionals prior making such decisions.⁴² We believe that obligation to inform patient needs to be foreseen as a condition of validity when regulating these directives in Serbian and Macedonian laws because it seems reasonable to enable an individual to take medical facts into consideration when making such a decision. This conclusion is led by a need to respect autonomy of an individual which, among other things, means being in possession of information based on which decision is to be made. By fulfilling this obligation, medical professionals, primarily doctors, can prevent patients' delusions and give them realistic view of the prognosis of the illness,⁴³ allowing then to truly act autonomously later.

⁴⁰ Please see paragraph 5 of PatVG.

⁴¹ Hristić, D., op. cit., p. 19.

⁴² British Medical Association, Guidance from the BMA's Medical Ethics Department, Advance decisions and proxy decision-making in medical treatment and research, London 2007, p. 5; Wiesing U, Jox R J, Heßler H-J, Borasio G D, op. cit., p. 781.

⁴³ Lo B., Steinbrook R., Resuscitating Advance Directives, Arch Intern Med. 2004, vol. 164, no.14, p. 1501-1506.

Content of information that needs to be presented to an individual who wants to make advanced directive should be defined by the law.

4.4. *Form of informed consent / advanced directive*

According to Serbian regulations, consent to proposed medical measure can be expressed (in writing or orally), or given by silence (if there was no explicit objection to it).⁴⁴ Written consent of a patient, i.e. his legal representative in this law is mandatory when diagnostic or therapeutic measure is proposed,⁴⁵ as well in cases foreseen by *lex specialis* where as such consent is conditioned by health condition of the patient or type of medical intervention for which it is being given.⁴⁶ In North Macedonia law, consent, i.e. refusal of proposed medical intervention, is expressed by signing statement, form and content of which is prescribed by the Health Minister.⁴⁷

In relation to fulfilment of formal and legal terms of validity for advanced directives of patients, European legislations which were subject of our comparative analysis firmly stand at the point that advanced directive cannot be given orally or by silence. SCC foresees that such a directive needs to be made in written form, dated and personally signed.⁴⁸ German Civil Code also foresees a written form,⁴⁹ which according to a paragraph 126 of GCC needs to be followed by personal signature. Austrian law foresees more strict terms for form where in addition to written form and date on patient's directive, it needs to be made/given before an authorized person.⁵⁰ Formal validity of an advanced directive, according to *Mental Capacity Act*, is linked to fulfilled following elements: it is made in written form; it is signed by the patient who is giving the directive or by another person in the presence of the patient and based on his instructions; it is personally signed in the presence of a witness or other's signature is recognized as personal in the presence of witness; and it is signed by witnesses in the presence of patient or witnesses have recognized other's signature as theirs in the presence of the patient.⁵¹

⁴⁴ Please see article 16 paragraph 1 of the Law on Patients' Rights of the Republic of Serbia.

⁴⁵ Please see article 16 paragraph 2 of the Law on Patients' Rights of the Republic of Serbia.

⁴⁶ Živojinović D., Form of Consent to a Medical Measure and Medical Research in Serbian Law (original title: Forma pristanka na medicinsku meru i medicinsko istraživanje u srpskom pravu), *Pravni život* 2018, vol. 607, no. 9, p. 249.

⁴⁷ Please see article 14 paragraphs 2 and 3 of Macedonian Law on Protection of Patients' Rights.

⁴⁸ Please see article 371 paragraph 1 of SCC.

⁴⁹ Paragraph 1901a (1) of GCC.

⁵⁰ Please see paragraph 6 (1) of PatVG.

⁵¹ Section 25 (6) of the Mental Capacity Act.

Since advanced directive concentrates on consent or refusal of consent to a certain medical measure which will possibly be indicative in the future, the only adequate way of its expression is in written form, and this is the proposal for regulation of terms of its validity in Serbian and Macedonian laws. Written form ensures proof of existence and content of that directive. Equally relevant is its protective function which instigates more mature thinking and better grounded decision-making. Obligation to express will in written form including personal signature, by the rule, has a warning effect on an individual and makes him act with due diligence, ensuring proper protection of rights and interest of the individual giving advanced directive. We also find date, as an element of the form, relevant especially in the context of verifying capability of judgement.

Numerous legal requirements and formal and legal limitations in definitions of terms for validity of advanced directive, such as mandatory presence of a witness or obligation to make it with the involvement of an authorized person, can be counter-productive and can make options for making advanced directives more difficult. We do not find these terms of formal validity necessary, except when an individual who is giving the directive is illiterate or for other reasons is not able to read and write. In order to prevent possible misuses and ensure authenticity of an advanced directive, in those cases we propose it to be made (not only signed) in the presence of at least two impartial witnesses who will verify by their signatures that subject individual has stated that the document contains his will and that he signed it, i.e. put his personal hand-written mark in their presence. The other solution is to make a directive in a form of (solemn) notarized document which incurs certain expenditures but ensures also fulfilment of other terms of validity.

4. Conclusion

Advanced directives of patients are obliging statements of will by which individuals give or refuse consent to application of certain medical interventions which are not directly imminent at the moment when directive is being given. Regulating them means one step further in protection and enforcement of right to self-determination by acknowledging a possibility for an individual to decide in advance on issues related to their lives and health by directing in advance how certain medical situation is going to be resolved in the case an individual is not having capability of making decision independently at the given moment.⁵² This is the route Macedonian and Serbian legislations need

⁵² Morris, A., Life and Death Decisions: "Die, my dear doctor? That's the last thing I shall

to take since they do not recognize this institute at this moment.

Although advanced directives have many similarities with informed consent, they also differ from it significantly; therefore, fulfilling legal gap in these legislations needs to be done by legal amendments. One of important questions coming with introduction of this institute in the above mentioned legislations is certainly issue of defining terms of their validity.

Since in their essence advanced directives represent personal expression of autonomous act, it is clear that they can be given only in person with an exclusion of option for legal representative to give it, and such directives can be given only by a full age adult capable of judgement – this is a proposal for their first term of validity. Second term is that advanced directive must be grounded on free will of an individual who is giving it released of influence of threat, coercion, fraud or delusion. In order to prevent possible delusions due to lack of sufficient medical knowledge on illnesses and existing treatments, medical counselling needs to precede the directive, i.e. giving information to a patient not only about diagnosis and prognosis of the illness but also familiarizing the patient with existing treatment methods and their risks and benefits and as an obligation include also explanation of consequences that certain content of the directive is going to have on application of medical treatments; this should be set as a third term of validity. Finally, last term of their validity is defining that that it needs to be made in written form, dated and personally signed. We do not find necessary to give directive before an authorised person or in the presence of witness, as it is a requirement in certain legislations, except when patient is illiterate or not capable to read and/or write. In that case the directive should be put in a form of notarized document or given in the presence of at least two impartial witnesses in order to ensure authenticity and prevent possible misuses.

do!“, *European Journal of Health Law*, vol. 3, 1996, str. 19.

Проф. Иван Русчев*

ЗАОБИКАЛЯНЕТО НА ЗАКОНА ЧРЕЗ ПРАВНИ СДЕЛКИ КАТО ФОРМА НА ЗЛОУПОТРЕБА С ПРАВА

UDK:347.132.142(497.2)
Original research paper

***Анстракт:** Злоупотребата с права е категория, която се осъществява по различни начини, като един от най-разпространените е чрез заобикалянето на императивна норма. Нетърпимостта на това явление в правото е подчертана, като заобикалянето на закона е уредено като едно от главните основните за нищожност на договора (чл.2б, ал.1, предл. второ ЗЗД). Касае се за субективно основание, изразяващо се в постигането на забранен от закона резултат чрез сключването на система от изрично незабранени правни сделки, участниците в които имат обаче намерението за постигане на този противоположен резултат. Изследвана е общата категория злоупотреба с право в българското гражданско право и на тази основа, е очертано мястото и особеностите на заобикалянето на закона чрез правни сделки, като специфично нейно проявление. Разгледани са редица спорни и безспорни хипотези, които съдебната практика на българския Върховен касационен съд и доктрината определят като примери на заобикалянето на закона.*

***Ключови думи:** Заобикаляне на закона; правни сделки; злоупотреба с права*

1. Проблемът за злоупотребата с право в областта на частното право занимава активно българската теория и съдебна практика още от тридесетте години на миналия век, независимо, че първият български ЗЗД (от 1892 г.) не урежда този институт. По това време цивилистичната доктрина, под въздействието на френската и италианската, я възприема

* Доктор на юридическите науки, Юридически факултет, Софийски университет „Св. Климент Охридски

като вид неправомерно увреждане (чл. 56 ЗЗД-отм.), а най-важният белег на злоупотребата с правото се вижда в изключителното намерение да се вреди, без видима действителна полза за титуляра на правото.

Още първата следвоенна Конституция на Народна република България от 1947 г., в своя чл. 10, ал. 4 закрепва принципа за недопустимост на злоупотребата с права, макар изхождаща от друга концепция – за приоритета на обществения интерес над частния, според който никой не може да упражнява правото на собственост във вреда на обществения интерес.

Днес **забраната за злоупотреба с права**, респ. - за тяхното упражняване, когато това накърнява права или законни интереси на други, е изрично предвидена в конституционната норма на чл. 57, ал.2. А чл. 58, ал.1, изр. второ от КРБ въздига в конституционно задължение на гражданите да зачитат правата и законните интереси на другите.

В гражданското законодателство злоупотребата с право (която по същество вече се разглежда в контекста на по-общия въпрос за границите на упражняване на субективните права), се извежда от чл. 8, ал. 2 ЗЗД, според което лицата се ползват от правата си, за да задоволяват своите интереси и не могат да упражняват тези права в противоречие с интересите на обществото. Симетрично на него **в процеса** е правилото на чл. 3 ГПК, според което участващите в съдебните производства под страх от отговорност за вреди са длъжни да упражняват предоставените им процесуални права добросъвестно и съобразно добрите нрави. Подобна разпоредба се съдържа и в чл. 289 ТЗ, според който упражняването на право въз основа на търговска сделка е недопустимо, ако се извършва само с намерение да се увреди другата страна

Така фигурата на злоупотребата с права - както в гражданското материално, така и в процесуалното право, се извежда *per argumentum a contrario* от **принципа за добросъвестното упражняване на права**. Като посочените общи текстове на ЗЗД, на ГПК, на ТЗ доразвиват на законово ниво конституционната забрана за злоупотреба с права, респ. публичното задължение на гражданите да зачитат правата и законните интереси на другите.

Редица други конкретни разпоредби в гражданското, процесуалното, трудовото и търговското законодателства, без изрично да регламентират основанието или последиците от злоупотребата с право, я разглеждат като *ratio legis* при очертаване на границите за упражняване на субективните права. Така например **чл. 403, ал. 1 ГПК** урежда обективна отговорност за вреди, причинени от обезпечението, която се разглежда като санкция за злоупотреба с право, под формата

на недобросъвестно упражняване на процесуалните права, с което се нарушава общата норма на чл. 3 ГПК, целяща да „морализира процеса“. Проявление на принципа за забрана на злоупотребата с право е и разпоредбата на **чл. 87, ал. 4 ЗЗД**, според която кредиторът не може да развали договора, ако неизпълнената част от него е незначителна спрямо неговия интерес. Сходен с тях е и **чл. 8, ал. 1 КТ** предвиждащ рамката, в която се упражняват трудовите права и задължения - добросъвестно, съобразно изискванията на законите. Така напр. работодателят разполага със свободна преценка да въвежда конкретни допълнителни критерии за подбор на работници във връзка с особеностите на работата, стига те да са съобразени с императивните изисквания по чл. 329, ал. 1 КТ – квалификация и ниво на изпълнение на работата. Тези критерии за подбор са в неговата компетентност и не подлежат на съдебен контрол, освен ако не е направено възражение за злоупотреба с право. **Чл.631а от ТЗ** предвиди отговорност за вреди срещу кредитора, чието искане за откриване на производство по несъстоятелност е отхвърлено. В който случай всеки длъжник – търговец – физическо или юридическо лице, има право на обезщетение, ако кредиторът е действал умишлено или с груба небрежност. Друг пример е **чл. 137, ал. 3, изр. 2 ТЗ**, според което при изключване на съдружник от ООД той не гласува и неговият дял се приспада от капитала при определяне на мнозинството. Видимо *ratio legis* на това императивно правило е предотвратяване на злоупотребата с право на глас в общото събрание и колизията между интересите на изключвания съдружник и тези на търговското дружество.

Още много такива примери могат да се посочат и колегите след мен със сигурност ще ги коментират подробно. От така направения примерен преглед на отделни нормативни текстове и на някои разрешения в съдебната практика, става ясно, че **значимостта на института на злоупотребата с права далеч надхвърля скромното място, което традиционно доктрината му отделя по повод изучаване на проблема с границите на упражняване на субективните права.**

Ограниченият обем на това изложение обаче ме принуждава да избира само два от множеството проблеми на института на злоупотребата с право – **обяснението на нейната правна същност в областта на частното право**, и да разгледам едно от нейните проявления там – **заобикалянето на закона посредством правни сделки.**

2. Правната същност на злоупотребата с право.

Образно може да се каже, че злоупотреба с право е налице, когато духът и буквата на закона се противопоставят. В по-старата коментарна

литература се поддържа, че злоупотреба е налице, когато едно право се упражнява за да се вреди другиму, както и когато то бива упражнено без интерес и без основателни мотиви¹. Според други автори, злоупотреба (abusdedroit) има, когато определено право се упражнява без видима и действителна полза, а с изключителното намерение да се навреди другиму². Изказано е и виждане, че злоупотребата с правото е „такова упражнение на субективните права“, което има за цел единствено да вреди на трети лица, с аргумента, че „субективното право е служба, а не свободно действие по усмотрението на неговия носител“³. Други автори определят злоупотребата с право като съзнателно превратно упражняване на субективно право⁴. В по-новите учебни курсове⁵ по гражданско право се настоява на по-разширено разбиране на понятието злоупотреба с право, което не следва да се свързва само с увреждането на чужди блага, но и с извличането на полза от превратното упражняване на права. В най-новата съдебна практика злоупотребата с права се определя като противоправна, тя е налице, когато правото се упражнява недобросъвестно - за да бъдат увредени права и законни интереси на други (чл. 57, ал. 2 от Конституцията), но също и в противоречие с интересите на обществото (чл. 8, ал. 2 ЗЗД)⁶, като съдът всякога е длъжен да установи по безспорен начин същественото разминаване между целта, за която правото е предоставено и целта, за което то се използва от подсъдимия⁷.

От така изложеното може да се заключи, че един от спорните моменти при изясняване правната същност на това явление е дали, за да се определи упражняването на определено право като злоупотреба, е необходимо намерение за увреждане и противоправно поведение, респективно настъпване на вреди или не.

2.1. По тези спорни въпроси се поддържат различни становища с оглед на критериите, които се прилагат за оценка на поведението на злоупотребяващия с правото му, според т.нар. „обективна“ или

¹ Така Тончев, Д., цит. съч. с. 12.

² Вж. Така Меворах, Н., Д. И. Лиджи, Л. Фархи. Коментар на Закона за задълженията и договорите. Чл. 1-333. Второ издание, С. 1926, с. 133.

³ Така Диков, Л., Курс по българско гражданско право. Част I. Обща част. II преработено издание, 1943, с. 143.

⁴ Василев, Л., Гражданско право на Народна република България. Обща част. Наука и изкуство, С., 1956 г, с.141.

⁵ Така Павлова, М. Гражданско право. Обща част. Софи-Р, С. 2002, с. 211-214.

⁶ Решение № 758 от 11.02.2011 г. по гр. д. № 1243/2009 г., IV г. о., ГК на ВКС.

⁷ Решение № 56 от 5.07.2011 г. на ВКС по н. д. № 1178/2011 г., II н. о., НК, докладчик Жанина Начева

„субективна” теория⁸. Според *субективната теория*, за която се твърди, че е възприета в търговското право в чл. 289 ТЗ, се забранява упражняването на права, породени от търговски сделки, ако то се извършва с намерение да се увреди другата страна. Т.е. търговскоправната злоупотреба с право изисква доказване⁹ на *animus nocendi*. Във връзка с това, в литературата е изяснено, че такова упражняване на правата е налице, когато то е насочено съзнателно¹⁰ към увреждане на насрещната страна по правоотношението и се означава като “шиканьозно”¹¹. Корективното тълкуване на правилото на чл. 289 ТЗ обаче би могло да обоснове и по-правдоподобния извод, че за да е налице злоупотреба с право, не е изключено, наред с намерението за увреждане, с което правото бива упражнявано, да са налице и други съпътстващи мотив и интереси, които не са достойни за правна защита¹². При все това, определящото в случая според поддръжниците на тази теория, трябва да бъде водещият мотив - намерението за увреждане.

Според *обективната теория*¹³, *широко застъпена в*

⁸ Георгиев, Е., цит. съч. с 68.

⁹ Тежестта на доказване при злоупотребата с право по ТЗ е за този, който твърди, че е налице такава злоупотреба, по причина че оборимото презюмиране на вината при договорното неизпълнение и деликтната отговорност касаят само леката форма на вина – *culpa*, не и умишлената вина – *dolus*. Така и Конов, Т. Основание на гражданската отговорност. – В: Конов, Т. Подбрани съчинения. С. Сиела, 2010, с. 182 и сл. Изрично произнасяне в този смисъл се съдържа и в Решение № 35 от 22.08.2014 г. на ВКС по т. д. № 1916/2013 г., I т. о., ТК, където се обосновава, че изискването за недобросъвестност на третото лице сочи на умисъл като форма на вината, поради което вината не се презюмира.

¹⁰ Венедиков, П. Система на българското вещно право, № 131 изтъква като аргумент срещу възприемане на субективната теория за злоупотребата с право и практическите трудности, които необходимостта да се докаже, че увреждането е била единствена цел на упражняване на субективното право, ще създаде в доказателствено отношение

¹¹ Вж. вместо други Герджиков, О. Търговски сделки, IV изд. Труд и право, С. 2015, с. 23., така и Иванов, Ал. По въпроса за злоупотребата с право по търговски сделки, Търговско право, 2006, № 6, с. 11.

¹² Към въпроса за това кой интерес е достоен за правна защита, вж. Апостолов, И., Върху теорията за имуществен интерес на кредитора от облигационния договор – Год. на СУ, Юрид. фак., том XXXIII, 3, 1937/1938 г. В доктрината се е поставял и въпросът дали характерът на интереса – имуществен или не, респективно наличието на неимуществено благо за обект на съглашението, може да повлияе върху валидността на сделката. Сочи се, че не всеки интерес, който може да се задоволи срещу плащане, е достоен за правна защита.

¹³ Вж. Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял първи. Наука и изкуство, С. 1972, с. 192. Авторът поддържа обективната теория за злоупотребата с право, която изключва *animus nocendi*, но обяснението на автора е свързано със социални, а не с правни съображения и е повлияно от социалистическата същност на правото през този период.

*цивилистичната ни доктрина*¹⁴, *гражданският закон (и в частност правилото на чл. 8, ал. 2 ЗЗД)* не поставя никъде изискване за вина и намерение за увреждане, когато правото се упражнява не по предназначение. Достатъчно е обективното несъответствие между упражняването на правото¹⁵ и неговата социална функция - да се задоволяват само онези интереси, които правото признава за достойни за защита¹⁶. Изтъква се още¹⁷, че за да е налице злоупотреба с право, е достатъчно обективно състояние на нарушеност на чужди права и несъответствие с обществения интерес, без да се търси непременно намерение за увреждане, а според някои автори, които стигат още по-далеч - и без да се търси изобщо вина и виновно поведение, т.к. и сам „законът не поставя изискване за вина и намерение за увреждане”¹⁸.

Съмненията в адекватността на тази обективна теория, успешно могат да бъдат изразени с думите на един известен автор (Е. Георгиев), че „няма нищо невинно в злоупотребата с права“, защото в самата етимология и съдържание на понятието „злоупотреба” е включена „злост” (*malus*)¹⁹“. Така и проф. Иван Апостолов, който се пита дали

¹⁴ В нейна полза се произнасят проф. Д. Бъров, Учебник по гражданско право с увод в правото, Свищов, 1948, с. 294-295; д-р Ст. Георгиев, Злоупотреба с правата в юриспруденцията на ВКС, сп. Правна мисъл, год. VII (1941), с. 542; проф. д-р Л. Василев, Гражданско право на Народна република България. Обща част, трето преработено издание, 1956, с. 139; проф. В. Таджер, Гражданско право на НРБ. Обща част, Дял I, с. 193; Т. Цаков, Отговорност при злоупотреба с правата, сп. Юридическа мисъл, 1946, кн. 9-10, с. 733 и сл.; Тр. Лялев, Въпроси на злоупотребата с граждански права в практиката на ВС, Правна мисъл, 1958, кн. 5, с. 115

¹⁵ Въпреки различните теоретични положения с оглед понятието за субективно гражданско (в широк смисъл) право, неговите основни признаци могат да бъдат изведени в обобщен план така: то принадлежи на конкретно определен гражданскоправен субект; уредена в гражданскоправни норми или в гражданскоправна сделка възможност за проявление на личното поведение на правоимащия или за изискване от конкретно определено друго лице да спазва определено поведение, или да достави определен резултат; възниква от граждански юридически факти и се упражнява по волята на гражданскоправен субект; защитата му при нарушение се осъществява предимно по гражданскопроцесуален ред.

¹⁶ Струва ми се, че, ако интересът не е достоен за защита, тази негодност, когато става дума за договорни съглашения, е нужно да може да бъде установена и да произтича от самото съглашение, което следва да се определи в този случай като противоречащо на закона или на добрите нрави. Когато такъв недостоен интерес формира стимул у правоимащия за упражняване на конкретно субективно право, е налице злоупотреба с право.

¹⁷ Вж. аргументация у Рачев, Ф. Обща теория на гражданското право. Първи том, С. 1997, с. 247 и Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част, Дял I, С. 1972, с. 194.

¹⁸ Така Герджиков, цит. съч.

¹⁹ Тези свои разсъждения Е. Георгиев продължава с твърдението, че злоупотребата (не само с правото, а и с нещо друго) е зло, а онзи, който действа злостно (*malicieusement*),

могат да се смятат за противни на гражданската добросъвестност (*а оттам - и да се определят като злоупотреба с право, бел. моя - И.Р*) и действия, които нямат за единствена цел увреждането на друго и които не са умишлени. По този въпрос обаче той сочи, че мненията не са окончателно установени²⁰.

Съществените слабости на обективната теория за злоупотреба с право, са най-вече в незадоволителното обяснение по въпроса кое е онова превратно упражняване на права, което не е нужно да е противоправно или да е извършено с намерение да бъдат увредени чужди интереси, но пък за сметка на това, с него се защитават недостойни за правна защита интереси. Не става ясно и как може упражняването на право да е осъществено при условията на „несъзнателна злоупотреба“ макар да се твърди, че упражняващият правото го осъществява за цели, несъответни на изконно признатите социални функции на правото, респективно без неговият носител да има интерес от упражняването му. Логично тук възниква въпросът – възможно ли е упражняване на право по начин и с цели, несъответни на неговата социална функция, и което упражняване да води до нарушаване на обществен интерес и/или до засягане и чуждите субективни права, да бъде „обективно, невиновно и да не е противоправно“?

Тези и други съображения, които ограничават времето не ми дава възможност да споделя изчерпателно, **налагат подкрепата на т.нар. субективна теория. Няколко са решаващите аргументи в нейна полза. Преди всичко упражняването на материално или процесуално право поначало е правомерно, което обаче не изключва възможността правото да се упражнява отвъд неговите „справедливи граници“, в който случай то ще представлява злоупотреба с право. Когато субективното право се упражнява не за задоволяване на интереси които законодателят счита достойни за защита, а за постигане на **неправомерни цели**, това упражняване противоречи на социалното предназначение на правото, поради което е неправомерно и ще **представлява** злоупотреба с право.**

На следващо място застъпниците на обективната теория за злоупотребата с право, погрешно изхождат от виждането за вината като психическо отношение, като правоупражняване с намерение за увреждане, което е в основата на противопоставянето им на субективното разбиране за злоупотреба с права. Този подход обаче **смесва понятията за вина в гражданското и наказателното право**, и не отчита, че вината

не действа небрежно, а умишлено.

²⁰ Апостолов, И., Облигационно право. Част първа. Общо учение за облигацията. Фототипно издание. БАН, С., 1990 г

в гражданското право по начало не съставлява субективното отношение на дееца към извършеното от него деяние (както в наказателното право), а е неполагане на длъжимата (от добрия стопанин или добрия търговец) грижа. Това виждане обаче трайно се застъпва и от съдебната практика.

На следващо място, неполагането на длъжимата грижа като абстрактен модел, се прилага по отношение изпълнение на правните задължения, където именно се говори за виновно или невиновно неизпълнение. При упражняването на субективни права не винаги се касае за вина и за виновно поведение, а по-скоро за изискването, при упражняване на своите права и задължения страните да действат добросъвестно (аргумент от чл. 63 ЗЗД). *(Това не означава непременно да се разсъждава за вина, а по-скоро за укоримост на конкретно поведение).*

При злоупотребата с право *“недобросъвестно“* не следва да се разглежда като синоним на *“умишлено“*, или *“със съзнавана груба небрежност“*, а като **антоним на “добросъвестно“**, съобразено с предназначението на субективното право и с интересите, за защита на които то е предвидено (арг. от чл. 8, ал.2 КТ).

Трудностите за обективното разбиране за злоупотребата с права идва, когато трябва да бъде изяснена връзката между причиненото противоправно състояние (нарушаване на чужди права и интереси, респ. - на обществени интереси) и поведението на титуляра на правата (което според обективното разбиране не е необходимо да е нито виновно, нито неправомерно). Дори привържениците на т.нар. обективна теория за злоупотреба с права, според които от значение е само противоправното състояние, до което превратното упражняване на права е довело, стигат, под една или друга форма, до извода, че злоупотребата с право е по същността си едно **противоправно, „анормално“** упражняване на субективното право, с което се засягат правата и интересите на други лица.

В крайна сметка по-удачно е да се приеме, че поведението на онзи, който злоупотребява с права, задължително е противоправно и именно това е водещо при квалификацията на упражняването на субективно право като злоупотреба. Този противоправен резултат няма как да не е причинен от противоправно и в този гражданскоправен смисъл – виновно поведение.

Мотивът, респ. целта на това превратно упражняване на права са ирелевантни, т. к. определящото е дали поведението обективно **се отклонява от общото изискване правата да се упражняват, за да задоволяват интересите на упражняващите ги.** В това именно се изразява неговата противоправност – в това, че не са спазени

изискванията и границите за упражняване на субективни права²¹, което и без да е налице намерение да се вреди. Т.е. ако понятието за вина бъде прието в смисъла, в който гражданското право го възприема – като обективно разминаване между изискванията правото да се упражнява за задоволяване нуждите на неговия носител и в границите, в които не се засягат правата на другите, и действителното поведение, би следвало да се възприеме т.нар. субективна теория. Трябва да се търси **не намерение за увреждане, а обективно несъответствие между интересите**, заради които правото признава съществуването на конкретното субективно право и интересите, заради които то се упражнява от неговия титуляр.

Считам, че **при злоупотребата с права законодателят акцентира именно върху забранеността на едно поведение, като противоправният резултат от упражняване на правото е последица именно от поведение, отклонило се от предписанията**, определящи начина и границите на упражняване на субективните права и като такова е укоримо. **“Вината”**, т.е. противоправното поведение, се проявява в упражняване на право **при знание²² и съзнание²³**, че това се прави (респ. се търси защита), несъответно на социалните функции на признатото право. Неговото упражняване е насочено към удовлетворяване на интереси и цели, различни от тези, заради които законът е признал съществуването на правото или тези действия са извършени, без от тях в конкретния случай носителът на субективното право да има оправдан интерес.

Правната последица от превратното упражнениена субективните права е отказът съдът да даде защита на така упражняваното право. При заобикалянето на закона като форма на злоупотреба с право – това е отказът на съда да признае дадената сделка за валидна, т.е. произвела желаното от страните действие. В зависимост обаче от естеството на действията, чрез които злоупотребата с правото се извършва, увреденият може да иска освен незачитане на последиците от така упражненото право, още и обезщетение за вреди.

²¹ Вж. Бъров, Б. Граници на упражняване на субективните граждански права, Правна мисъл, 1970, кн. 2, с. 65.

²² Това виждане се поддържа и в правната литература. Според Калайджиев, А. Злоупотребата с право на иск в производството по несъстоятелност, Търговско право, 2003, бр. 4 изтъква, че кредиторът трябва да отговаря за вреди, ако е действал съзнателно, поискал е откриване на производство по несъстоятелност, независимо че е знаел, че предпоставките за това не са налице, без обаче да е необходимо кредиторът да е целял увреждане на длъжника.

²³ Което дава основание на Георгиев, Е., цит. съч., да стигне до извода, че вината като форма на умисъла, който движи титуляра на субективното право да го упражни само с намерението да уврежда други, е присъща на злоупотребата с правото.

3. Заобикалянето на закона посредством правни сделки.

3.1. **Обяснение на заобикалянето на закона като субективно основание за нищожност на договора (чл.26, ал.1, предл. 2 ЗЗД) и неговия механизъм.**

Заобикалянето на закона е санкционирано с една от най – тежките санкции в българското гражданско право – нищожността на договора по чл. 26 ЗЗД. Въпреки привидното му сходство с основното и субсидиарно основание за нищожност на договора – **противоречието с императивна норма на закона (contra legem)**, това заобикаляне (**agere in fraudem legis**), не е разновидност на първото, а е отделно, самостоятелно основание, характеризиращо се с отделен ФС, приложно поле, механизъм на осъществяване, субективна страна.

И в двата случая е налице несъответствие между сделка със завършен ФС и повелителните изисквания на нормативен акт. Но **при противоречието със закона несъответствието е между съдържанието на договора и императивна правна норма; докато при заобикалянето на закона това съдържание съответства на закона, (т.е. касае се за формално позволена от закона сделка/сделки), но целеният с тези сделки резултат противоречи на повелителна правна норма.** Широко разпространено в българската цивилистика е обяснението, че при заобикаляне на закона нормативен акт установява забрана за постигане посредством дадена правна сделка на определен правен резултат, но страните се опитват да постигнат този забранен резултат с друга сделка, която не е изрично забранена. Аргументираността на това обяснение тук няма да коментирам, като само ще вметна, че съществуват случаи при които законодателят може да забрани било въобще постигането на този правен резултат, било само постигането му с определени средства. В който втори случай ще е налице по-скоро относителна симулация²⁴.

За разлика от противоречието със закона (чл. 26, ал.1, предл. първо ЗЗД), което се определя като **обективно основание за нищожност**, т.е. за него не е необходимо страните нито да съзнават, нито да желаят противоречието на уговореното между тях с императивна норма на закона, а е достатъчно то да съществува (*ignoratio legis neminem excusat*). Докато при заобикалянето на закона трябва да е налице **субективен елемент** - страните да осъзнават, че преследват недопустим от правото резултат и това да е съзнателно целено от тях. Именно преследването на този забранен от закона резултат прави сделката или поредицата от

²⁴ Кацарски, А., Заобикалянето на закона като основание за нищожност на сделките, цит. по изданието „Нотариалното производство в светлината на новата съдебна практика“, съставител нотариус В. Ивчева, С. Сиела, 2008, с. 216.

няколко сделки (които сами по себе си са действителни) нищожна. Те могат да бъдат и формални – в тях да участва напр. нотариус, пред който те се представят изолирани, без да се показва тяхната взаимна връзка, поради което те поотделно може да са действителни, вкл. поради спазена форма.

При противоречието със закона сделката сама по себе си не може да породи желаните правни последици, и в крайна сметка – целения правен резултат. Докато при заобикалянето на закона сделката сама по себе си може да постигне своя непосредствен резултат, ако чрез нея не се целеше друг, забранен от закона резултат. Ако непосредствената присъща на сделката цел е недопустима, ще се касае за незаконосъобразност на нейното съдържание, т.е. за нищожност поради противоречие със закона.

Най-често за постигане на този забранен от закона резултат, при заобикалянето на закона се използва не една, а няколко взаимно свързани от общата цел сделка – докато при противоречието със закона най-често се касае за единствена, изолирана от други, сделка.

И не на последно място – съотношението между злоупотребата с право и основанията за нищожност на договора: Не всяко основание за нищожност представлява злоупотреба с право, но заобикалянето на закона със сигурност представлява такова.

3.2. Примери, които съдебната практика определя като заобикаляне на закона.

3.2.1. Най-често срещани в практиката случаи на заобикаляне на закона представлява преодоляване на законовата забрана за прекратяване на СИО за конкретен имот, придобит по време на брака (чл.24, ал.1 във вр. с чл. 2. СК), без страните да са променили този законов режим с този на разделност (чл. 33 – 36 СК) или на брачен договор (чл. 37 – 43 СК). Двамата съпрузи продават или даряват съвместно свой имот СИО на трето лице, което впоследствие го дарява на един от двамата и по този начин той се превръща в негова лична собственост. За да е нищожно придобиването на такъв имот само от единия съпруг обаче е необходимо осъществяването на правните действия в такава последователност да не е случайно, а страните да преследват съзнателно целения резултат.

3.2.2. Във връзка с отговора на въпроса дали изброяването на споровете, изключени с чл. 19, ал.1 ГПК от компетентността на арбитража, има изчерпателен характер или и други спорове, **макар непосочени в тази разпоредба, могат да се окажат неарбитражни, наскоро ВКС е имал повод да се произнесе по допустимостта въобще правораздавателен орган да разглежда искане за изменение на приватизационен договор при положение, че ЗПСК забранява това.** Отхвърлената от със

станалото известно Р. № 189/09.11.2017 г. по т. д. № 1675/2017 г. на I т. о., ТК на ВКС, възможност арбитражът да разглежда иск за промяна, поради стопанска непоносимост (по чл. 307 ТЗ) на неустоечни клаузи по договор, с който са прехвърлени акции от приватизирано предприятие, може също да се разглежда като форма на заобикаляне на закона. Чл. 32, ал. 5 ЗПСК забранява страните да предоговарят клаузите (вкл. тези за неустойка при неизпълнение), т.е. да изменят съдържанието на приватизационния договор. Уговорката между тях те да отнесат спора си по изменението на клаузите на договора (в частност – тези за неустойка) пред арбитраж, при стопанска непоносимост, при която страните не могат да постигнат съгласие как да изменят договора, означава по същество съгласие за изменение на тази клаузи. Кое то обаче да бъде постигнато не с пряко договаряне помежду им, а използвайки един частен съд – арбитражът. Така уговорката спорът за изменение на приватизационния договор да се разглежда от арбитраж, т.е. да се допусне такова изменение, ще съставлява **заобикаляне на закона. Преди всичко на процесуалния закон** – чл. 19, ал.1 ГПК изключва от компетентността на арбитража не само изрично предвидените там спорове – за собственост и владение, за издръжка и трудови спорове. Той изключва и всички други, изрично незабранени арбитражни споразумения по спорове, ефектът от решенията по които ще бъде същия, до който забранените за арбитражиране иски ще доведат.

Такова споразумение за учредяване на арбитражна компетентност обаче ще съставлява и заобикаляне на материалния закон, забраняващо изменение на приватизационния договор. Ако спор за изменение на договора при условията на чл. 307 ТЗ бъде отнесен пред държавен съд или пред арбитраж, органът би отхвърлил иска за изменение, т. к. може изменение на договора и от съда ще бъде недопустимо. Ето защото споровете за намаляване на неустойката по приватизационен договор са изключени не само от компетентността на арбитража (както е приел ВКС), но и от компетентността на държавния съд. Защото едно съдебно или арбитражно решение ще доведе до изменение на договора – нещо което макар законът изрично да забранява да става само по взаимно съгласие на страните, но всъщност – забраната е въобще този договор да бъде изменен.

3.2.3. Твърде спорно е разрешението на **ТР № 5/28.11.2012 г.**, с което **ОСГК, ВКС** приема, че когато с договор за дарение се отчужди идеална част от частта на дарителя в съсобствен имот в полза на трето за съсобствеността лице и останалата част впоследствие е продадена на същото лице, без частта на дарителя да е предложена за изкупуване на първоначалните собственици, съгласно чл. 33, ал.1 ЗС, няма заобикаляне

на закона. Уточнявам, че съгласно чл. 33, ал.1 ЗС съсобственикът може да продаде своята част от недвижимия имот на трето лице само след като представи пред нотариуса писмени доказателства, **че е предложил на другите съсобственици** да купят тази част при същите условия и декларира писмено пред него, **от тях не е приел това предложение**. В противен случай всеки заинтересуван съсобственик може да изкупи тази част при действително уговорените условия.

ВКС се мотивира, че вместо заобикаляне на закона като основание за реализиране на правото си да изкупи, всяко заинтересувано лице може да сочи различни основания за нищожност на договора за дарение с нарочен установителен иск (поради липса на основание, или заради мотив, единствено поради който е направено, са противни на закона или на добрите нрави, или че дарението е симулативно и прикрива продажба между страните по него) съединен като преюдициален с иска за изкупуване. Макар от чисто правен аспект дарението от съсобственик на трето лице да не предполага предлагане на отчуждаваната част на останалите съсобственици, от чисто фактическа, това позволено дарение едва ли ще насърчи останалите съсобственици да изкупят дела на продаващия го съсобственик, т. к. ще им се наложи да съпритежават с едно случайно, външно на техния кръг лице. И макар чисто формално чл. 33, ал.1 да не ги лишава от възможността да изкупят и те, пропорционално на притежаваните от тях идеални части, ВКС би могло да потърси именно в свързаността и общото намерение на двете сделки – дарението и продажбата, бележите на заобикалянето на закона, независимо от другите възможности заинтересованите съсобственици да атакуват двете сделки поотделно.

*Prof. Ivan Rushev, DSc., Dr.Habil,
Law Faculty, Sofia University „St. Kliment Ohridski“
irushev@gmail.com*

CIRCUMVENTION OF REGULATIONS THROUGH LEGAL AGREEMENTS AS A FORM OF ABUSE OF LAW

Abstract: *Abuse of law is a category, which could be realized in different manners, among the most common being circumvention of an imperative norm. It is regulated as one of the main grounds for nullity of contract (art. 26, par. 1, pr. 2, LOC). This is a subjective reason for achieving an outcome, prohibited by law, through the conclusion of a system of explicitly unforbidden legal agreements, the parties to which, however, intend to attain this unlawful outcome.*

The conventional classification of abuse of law in Bulgarian civil law is investigated and, on this basis, the position and the peculiarities of the circumvention of regulations through legal agreements, as its specific manifestation, are outlined. A number of controversial and incontestable hypotheses are considered which the case law of the Bulgarian Supreme Court of Cassation and the doctrine define as examples of circumvention of regulations.

Key words: *circumvention of regulations, legal agreements, abuse of law, nullity of contract, imperative norms, unlawful outcome*

**НЯКОИ ПРОБЛЕМИ ВЪВ ВРЪЗКА С ИЗМЕНЕНИЯТА
НА ИЗПЪЛНИТЕЛНИЯ ПРОЦЕС ПО ГПК, НАПРАВЕНИ СЪС
ЗИДГПК /ДВ, БР. 86/2017 Г./**

UDK:347.952:340.13(497.2)

Review Paper

Резюме: Съществен проблем в изпълнителния процес по ГПК са честите промени на ГПК. Някои от измененията не са добре обмислени. Начинът на прередактиране на разпоредбите, налага при тяхното тълкуване и прилагане внимателно сравняване с предишната редакция, защото в самия ЗИДГПК при изменението пише „Чл. се изменя така:....“, без да се посочва кое от старата разпоредба остава, кое се изменя, кое се добавя. С измененията на чл. 427 през 2017 г. (ДВ, бр. 86 от 2017 г.) законодателят напусна в редица от хипотезите при изпълнение на парични вземания основния критерия при определяне на местната компетентност на съдебния изпълнител - връзката на мястото на принудителното изпълнение с района на компетентност на съдебния изпълнител. Тази връзка е неотменимо свързана със същността на изпълнителния процес. Вместо да се създаде Наредбата и електронната система за надлежно осъществяване на регламентирания в чл. 450а още през 2012 г. /ДВ, бр. 49/2012 г./ електронен заповед върху банкова сметка законодателят измени чл. 450а, като всъщност повтори на практика старата. В § 71 ПЗР на ЗИДГПК /ДВ, бр. 86 от 27.10.2017 г. е постановено, че в 6-месечен срок от влизането в сила на този закон Министърът на правосъдието издава Наредбата по чл. 450а, ал. 3, с която да се определят изискванията към тази унифицирана среда. Такава Наредба обаче няма издадена, макар че срокът отдавна изтече. По тези причини, електронния заповед не може да се прилага в България. В чл. 517а се предвиди изпълнение върху обособена част от предприятие. Тази разпоредба не е добре обмислена и създава основа за противоречива практика. Тя препраща към § 1а от ДР на ТЗ, но не е

* Софийски университет „Св. Климент Охридски”

съгласувана добре с § 1а от ДР на ТЗ; чл. 15, ал. 1 ТЗ; чл. 123 КТ, ал. 1, т. 4, 6 и 7; чл. 127, ал. 2 и 4 КТ, както и същността на принудителното изпълнение за удовлетворяване на парично вземане, като изпълнение върху секвестрируеми имуществени права на длъжника.

Съществен проблем в изпълнителния процес по ГПК са честите промени на ГПК. Така се засяга една от важните ценности на закононеговата стабилност. Освен това някои от измененията не са добре обмислени. Начинът на прередактиране на разпоредбите, налага при тяхното тълкуване и прилагане внимателно сравняване с предишната редакция, защото в самия ЗИДГПК при изменението пише „Чл. се изменя така: ...“, без да се посочва кое от старата разпоредба остава, кое се изменя, кое се добавя.

I. Проблеми във връзка с измененията в местната компетентност на СИ.

Определящо при местната компетентност следва да бъде връзката на мястото на принудителното изпълнение с района на компетентност на съдебния изпълнител. През 2017 г. (Изм. - ДВ, бр. 86 от 2017 г.) текстът на чл. 427 „Местна компетентност“ претърпя съществени изменения от гледна точка на връзката на изпълнителното дело с района на съдебния изпълнител.

Измененията не са оправдани, но са действашо право. Освен това в тази промяна не се следва класическия път на изменения чрез отбелязване коя част от текста се отменя и коя се изменя. Това налага съпоставка на стария с новия текст, за да се отчете кои от старите норми са запазени, съответно се запазва актуалността на установените в теорията и практиката разбирания.

А. В чл. 427, ал. 1 в редакцията от 2017 г. е постановено, че молбата за изпълнение се подава до съдебния изпълнител, в чийто район се намират:

1. т. 1 - недвижимите имоти, върху които е насочено изпълнението.

Терминът „върху които е насочено принудителното изпълнение“ се използва при изпълнение на парични вземания. При действието на предишната редакция на текста при използване на същия термин, в т.ч. и относно недвижимите имоти в теорията и практиката беше утвърдено разбирането, че тази компетентност се отнася както при изпълнение на парично вземане върху недвижим имот, така и при въвода във владение, при който се изпълняват притезателни права за предаване владението, респ. държането на недвижим имот. Ето защо утвърдените в теорията и

практиката разбираня запазват своята актуалност.

2. т. 2 - движимите вещи, когато следва да се извърши тяхното предаване от длъжника. Разпоредбата е категорична. Касае за предаване владението или държане на движими вещи.

От съпоставката на т. 1 и т. 2 на ал. 1 е видно, че в чл. 427, ал. 1 липса разпоредба относно изпълнение на парични вземания, когато то е насочено върху движими вещи.

Така регламентираното в глава 42 ГПК изпълнение на парични вземания върху движими вещи, остава практически блокиран.

В чл. 427, ал. 1, т. 3 в предишната редакция, беше постановено, че когато изпълнението се насочва върху вземания на длъжника, молбата за изпълнение се подава до СИ, в чийто район е постоянният адрес или седалището на третото лице – длъжник на длъжника. С изменението (чл. 427, ал. 1, т. 2). (В последното изменение на 427 ГПК този критерий отпадна)

3. т. 3 - постоянният или настоящият адрес на вискателя или длъжника - по избор на вискателя, по вземане за издръжка, възнаграждение и обезщетение за работа или обезщетение за вреди от непозволено увреждане. Разпоредбата е с цел да се улесни вискателя при събирането на посочените в нея вземания. Тя е идентична с чл. 427, т. 3 от предишната редакция, като в нея са добавени и възнаграждение и обезщетение за работа или обезщетение за вреди от непозволено увреждане.

4. т. 4 местоизпълнението на задълженията за действие или бездействие, когато се иска изпълнение на такива задължения. Текстът е идентичен с предишната редакция на чл. 427, ал. 1, т.4, поради което утвърдената практика по този текст запазва своята актуалност. в. Когато се касае за изпълнение на задължения за действия и бездействия, молбата за изпълнение се подава до СИ, в чийто район тези задължения подлежат на изпълнение (чл. 427, ал. 1, т. 4).

5. В т. 5 е предвидено, че молбата за изпълнение се подава до съдебния изпълнител, “в чийто район се намират постоянният или настоящият адрес или седалището на длъжника”. Видно от мотивите на законопроекта, е водещо в изменението на чл. 427 ГПК, под егидата, че то е в интерес на длъжника, на кредиторите и на третите лица, засегнати от изпълнението. Макар и поставено в т. 5 то се оказва основната компетентност на СИ при образуване на делото., по-специално при принудително изпълнение на парични вземания.

Това е всъщност най-съществената промяна в местната

компетентност. Компетентността по т. 5 е основна и водеща, макар и законодателят да я е посочил на пето място¹.

В мотивите на законопроекта е посочено: “Предложените изменения в чл. 427 имат за цел да отстранят проблемите, възникващи във връзка с определяне на подсъдността в изпълнителното производство, както и да създадат сигурност и предвидимост **не само за длъжниците при образуване на изпълнителните дела, но и за всички заинтересовани страни** (подч. мое - В. П.). Предложенията кореспондират с уредбата на подсъдността в исковото и заповедното производство, като насочват изпълнителните дела, освен в районите, където ще се осребрява имуществото - и там, където реално се намира длъжникът”. Очевидно е, че се цели приравняване на изпълнителния процес към исковия процес и заповедното производство. Даже в законопроекта беше използван терминът подсъдност. Терминът подсъдност е термин, който обозначава компетентността на съда по искови дела, защото в тях се осъществява правосъдна дейност. Не случайно чл. 427 ГПК е озаглавен “Местна компетентност”. Става дума за компетентност на СИ, а не за подсъдност. С разпоредбата на т. 5 очевидно съзнателно и нарочно е възприето правилото на чл. 105 ГПК за местната подсъдност в исковия процес, според което искът се предявява пред съда, в района на който е постоянният адрес или седалището на ответника. Тя изхожда от съображението, че делото в исковия процес трябва да се води пред най-удобния за ответника съд, тъй като целта на исковия процес е да се разгледа и разреши правният спор между страните по делото и не е известно дали искът е основателен. Правото, предмет на иска, е само твърдяно право. Дали то съществува или не, съдът ще реши чак с решението си по делото. Ответникът става страна по делото, по което правото се твърди, независимо от своята воля, даже против нея. В изпълнителния процес правото на принудително изпълнение на вискателя е удостоверено с изпълнителен лист, издаден от съда в специално съдебно производство, като СИ е подчинен на този изпълнителен лист. СИ няма каквито и да е правомощия да се занимава с въпроса за съществуването на вземането. При това положение стремежът да се създаде удобство на длъжника в изпълнителния процес всъщност неоправдано дава привилегия на длъжника за неправомерното му поведение, изразяващо се в липсата на длъжното от него доброволно изпълнение. Текстът на чл. 411, ал. 2 ГПК относно заповедното производство, определящ пред кой съд

¹ Всъщност в първоначалния проект на законопроекта, работен в работна група в Министерство на правосъдието тя стоеше на първо място. След критиките против измененията на чл. 427 и специално против така компетентността по постоянния адрес или седалището на длъжника, тя просто е преместена на пето място.

следва да се предяви заявлението за издаване на заповед за изпълнение, също визира като критерий постоянния адрес или седалището на длъжника. Както е известно, заповедното производство е с цел да се създаде съдебно изпълнително основание, което да замести исковия процес, когато вземането не се оспорва от длъжника. Разпоредбата на чл. 411, ал. 2 ГПК е с цел да осигури възможността на длъжника да оспори вземането чрез възражението по чл. 414 ГПК. Тя е също и поради изключително тясната връзка между заповедното производство и исковия процес. Както е известно, ако длъжникът оспори вземането, кредиторът трябва в преклузивния срок по чл. 415 да предяви пред съда установителния иск по чл. 422 ГПК. Такава връзка няма в изпълнителния процес. Неслучайно в другите законодателства и в Регламентите на ЕС, отнасящи се до изпълнителния процес, разпоредба като предлаганата по чл. 427, ал. 1, т. 5 няма, а компетентността на органа на принудителното изпълнение е съобразена с мястото, където то трябва да се извърши. То е така, защото предлаганата по чл. 427, ал. 1, т. 5 подсъдност е в разрез със същността на изпълнителния процес. Може би не е без значение да се отбележи, че Регламент (ЕС) № 1215/2012 г. на Европейския парламент и на Съвета от 12 декември 2012 г. относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела предвижда критерия “обичайно местоживееене” (съотв. “местопребиваване”) на ответника за разпределяне на исковите дела между съдилищата на държавите членки на ЕС. При разпределяне на делата в изпълнителния процес, критерият в посочените регламенти е мястото, в което се осъществява принудителното изпълнение. Затова местната компетентност на СИ винаги е била меродавната, в т.ч. и при изпълнение на решения, постановени в друга държава членка на ЕС, а също и при изпълнение на трета държава, нечленка на ЕС, чието принудително изпълнение е допуснато в Република България.

В чл. 427, ал. 4 е постановено, че настъпилите след подаването на молбата за изпълнение промени в обстоятелствата по ал. 1, т. 5, обуславящи местната компетентност, не са основание за препращане на делото. Посочената разпоредба е заимствана също механично от исковия процес.

б. В чл. 427, ал. 1, т. 6 ГПК се предвиди, че молбата за изпълнение се подава до съдебния изпълнител, в чийто район се намира имуществото на длъжника, върху което е насочено изпълнението, когато той няма постоянен адрес или седалище на територията на Република България.

Под понятието имущество в българското право се разбира съвкупността от имуществени права и задължения на едно физическо

или юридическо лице. Дори и да се приеме, че под “имущество” в случая се имат предвид само имуществените права на длъжника, то за разлика от производството по несъстоятелност, в изпълнителния процес няма маса на несъстоятелността (ср. чл. 614 ТЗ), принудителното изпълнение следва да се осъществява върху едно или няколко имуществени права и се провежда там, където последните се намират. Длъжникът, който няма постоянен адрес или седалище в Република България може да има недвижими имоти в Русе, Варна, София, в което и да е кътче на България. Може да има трето задължено към него лице, което има постоянен адрес или седалище в България. Длъжникът може да има и движими вещи, позиционирани в Република България /вж. т. 7 и б. „Б“/.

7. Следва да се посочи, че без да има особена обосновка от текста на чл. 427, ал. 1 отпадна възможността да се образува изпълнително дело при СИ по мястото, в чийто район се намират движимите вещи на длъжника, когато принудителното изпълнение е насочено върху движими вещи, поради което и във вр. с чл. 427, ал. 2 този способ остава неприложим, особено когато запорът на движимите вещи се прави чрез опис, който е и масовият случай. Вискателят ще бъде принуден да върви към определения в чл. 427, ал. 1, т. 5, но той не може да извърши опис на движимите вещи, които се намират извън неговия район /чл. 427, ал. 1 във вр. с чл. 427, ал. 2/. Само ако сме изправени пред изпълнение върху индивидуално определена вещ, описът може да се наложи чрез запорно съобщение.

Освен това следва да се има предвид, че в много случаи постоянният адрес, респ. седалището на длъжника не съвпадат с мястото, където се намират негови движими вещи. Например, ФЛ, което има постоянен адрес във Варна, но живее в София и каквито секвестрируеми движими вещи има, те са в София. Търговско дружество със седалище в Пловдив, може да има цех, движими вещи – машини и продукция, които се намират в Сандански.

8. От чл. 427, ал. 1 в сегашната редакция е отпаднала възможността да се образува изпълнителното дело върху вземанията на длъжника към трети задължени към него лица и така премахнатата компетентност на СИ, като практически е вкарана в чл. 427, ал. 1, т. 5 - по постоянния адрес, съотв. седалището на длъжника.

Премахването на т. 2 на чл. 427, ал. 1 ГПК от предишната редакция на чл. 427 и практическото ѝ включване в т. 5 до голяма степен игнорира и чл. 450а ГПК, регламентиращ възможността за налагане на електронен запор, който може да бъде наложен от която и да е точка на страната. Този текст е и във вр. с чл. 427, ал. 2 и 3, които дават възможност на

СИ по постоянния адрес на вискателя да наложи електронен заповор и да събере сумите, без излишни разходи, в т.ч. и когато той е в Силистра, Варна, Русе и в което и да е кътче на страната, а банката има седалище в София. Вземането на длъжника към третото задължено лице обаче може да не е парично, а да е вземане за предаване на движими вещи, родово / напр. стоки/ или индивидуално определение. СИ може да наложи само заповор в т.ч. и на осн. чл. 427, ал. 2 върху вземането на длъжника към третото задължено лице, но не може да наложи заповор върху вещите, които третото лице дължи. То не може да стори това, в т.ч. и на осн. чл. 427, ал. 2. Премахването на т. 2 на чл. 427, ал. 2 практически блокира и приложението на изпълнението на дял на длъжника от търговско дружество.

Б. В чл. 427, ал. 2 е предвидено, че след образуване на изпълнителното дело по правилата на ал. 1 вискателят може да поиска от съдебния изпълнител налагане на заповор или възбрана върху вещи на длъжника, намиращи се в района на друг съдебен изпълнител. След налагане на заповора или възбраната съдебният изпълнител препраща изпълнителното дело на надлежния съдебен изпълнител, който да извърши опис и продан на вещите, намиращи се в неговия район.

Целта на сегашната редакция на чл. 427, ал. 2 е да се ускори обезпечаването на изпълнението чрез заповор или възбрана. Но докато при старата редакция на чл. 427, ал. 2 се допускаше вискателят да поиска тези обезпечителни мерки да бъдат наложени от СИ по неговия постоянен адрес или седалище, сега, компетентен е СИ при когото е образувано изпълнителното дело при спазване разпоредбата на чл. 427, ал. 1, вместо от СИ по местонахождението на вещта, като следващите изпълнителни действия се извършват от СИ по местонахождението на вещта, комуто СИ, наложил заповора или възбраната, препраща изпълнителното дело, който да извърши опис и проданта на вещта (чл. 427, ал. 2). Когато изпълнението е насочено към парични вземания на длъжника от трето задължено лице с постоянен адрес или седалище в друг съдебен район, изпълнителното дело не се препраща (чл. 427, ал. 3).

Досегашният текст на чл. 427, ал. 2 ГПК беше с цел да се ускори обезпечаването на изпълнението чрез заповор или възбрана, като се допускаше вискателят да поиска те да бъдат наложени от СИ по неговия постоянен адрес, съотв. седалище, вместо от СИ по местонахождението на вещта. Това правомощие беше тясно свързано с правомощието на СИ по чл. 431, ал. 3 ГПК да проучи имуществото на длъжника и характера на заповора и възбраната като обезпечителни мерки, чието налагане трябва да стане бързо. Ще припомня, че разпоредбата на чл. 431, ал. 3 ГПК се прие

именно защото вискателят няма възможност да знае за имуществото на длъжника, който не изпълнява доброволно, въпреки че срещу него има издадено съдебно изпълнително основание и изпълнителен лист, в които вземането на вискателя е установено. Ликвидирането на втората част на чл. 427, ал. 1, т. 1 и на т. 2 ГПК, както и изменението на чл. 427, ал. 2 ГПК, лишават вискателя от тази възможност. Очевидно е, че това не е в негов интерес. Въпреки че има съдебно ИО и ИЛ, той при сегашната редакция на чл. 427, ал. 2 ще трябва да ходи например от София до Бургас, за да образува изпълнително дело пред тамошния СИ и да иска от него проучване на имуществото. Очевидно е, че така се затормозява неговата защита и той ще бъде принуден да прави допълнителни разноси, пък в това число и в случаите, в които той няма пари, защото длъжникът не му плаща. Невинаги кредиторът е богат човек или банка, а длъжникът е беден човек като в разказа на Елин Пелин за Андрешко, за да заслужава протекцията на законодателя. Пък и даже тази протекция може да се окаже нож с две остриета и да се обърне както срещу вискателя, така и срещу длъжника, защото направените от вискателя допълнителни разноси, за да се добере до надлежния СИ съобразно чл. 427, ал. 1, т. 5 ГПК, на осн. чл. 79, ал. 2 ГПК ще трябва на края на делото да се съберат от длъжника. Но вискателят трябва да ги е направил и трябва да е имал пари, за да ги направи. Ето защо смятам, че неоправдано се лишава вискателят и от дадената му до сега възможност по чл. 427, ал. 2 да поиска да се наложат заповори и възбрани от СИ, който е по неговия постоянен адрес, респ. седалище. Освен това препращането е към цялата ал. 1 на чл. 427, но анализът на лимитативно изброените в нея компетентности насочва по-скоро към хипотезата на т. 5.

В чл. 427, ал. 2 е предвидено също, че след налагане на заповор или възбраната съдебният изпълнител препраща изпълнителното дело на надлежния съдебен изпълнител, който да извърши опис и продан на вещите, намиращи се в неговия район. В това отношение при възбраната на недвижим имот запазва своята актуалност досегашната практика във връзка с изпращането на делото на СИ, в чийто район се намира недвижимия имот.

При новата редакция на чл. 427, ал. 1 и ал. 2 обаче на практика се обезсмисля способът заповор и опис на движими вещи. Промените не са съобразени с начина на извършване на заповор и описа на движими вещи. Съгл. чл. 450, ал. 1 заповор върху движима вещь се налага с описване на вещта от съдебния изпълнител. В чл. 427, ал. 2 е предвидено, че едва след налагане на заповор, СИ изпраща делото на надлежния СИ, който да извърши описа. Това изобщо не кореспондира с чл. 450, ал. 1.

Това може да се случи само в хипотезата, когато вискателят знае точно индивидуализирани движими вещи (ал. 2). Всичко това води до забавяне, а дори и до невъзможност за изпълнение срещу движими вещи, например, ако постоянният и настоящ адрес на длъжника е в Пловдив, а същият със сигурност живее под наем в София (но не е изпълнил административната процедура по адресна регистрация).

Съгл. чл. 427, ал. 3 в случаите по ал. 2, когато изпълнението е насочено към парични вземания на длъжника от трето задължено лице с постоянен адрес или седалище в друг съдебен район, изпълнителното дело не се прераща.

Новата редакция на чл. 427, ал. 2 във вр. с чл. 427, ал. 1 създава проблеми и във връзка запора на вземане в хипотезата на чл. 427, ал. 2 и изпълнението върху това вземане. Той се налага с връчване на запорно съобщение на третото задължено лице, а не само на длъжника. Ако СИ е в София, а третото задължено лице е в Русе, запорното съобщение трябва да се изпрати в Русе. Връчителят на СИ в София не може да връчва запорни съобщения в Русе. То може да бъде изпратено по пощата, да бъде възложено на СИ от съответния съдебен район. Това неминуемо води до забавяне изпращането на запорното съобщение и до увеличаване на разноските за това връчване, а все пак измененията на чл. 427 се правят под егидата да не се претоварва прекомерно длъжникът с разноски, които на осн. чл. 79, ал. 2 той носи. Освен това, докато при досегашната редакция на чл. 427, ал. 2 във вр. с чл. 427, ал. 1 вискателят беше този, който можеше да поиска от СИ по своя адрес или седалище налагането на посочените в чл. 427, ал. 2 обезпечителни мерки, то сега самият вискател трябва първо да отиде до СИ по постоянен или настоящия адрес, респ. седалище на длъжника за да се образува делото, да изразходва време и средства за това /които разходи на осн. чл. 79, ал. 2 пак ще отидат в тежест на длъжника/; после да чака този СИ по посочения по-горе начин да връчи запорното съобщение на третото задължено към длъжника лице, което се намира в района на друг СИ. Това без всякакво съмнение ще доведе до забавяне на възможността за получаване на запорното съобщение от третото задължено лице, през което време длъжникът може и да се разпореди с вземането си.

П.В § 44 ЗИДГПК/ДВ, бр. 86 от 27.10.2017 г. е постановено.

Член 450а се изменя така:

“Електронен запор върху вземане по сметка в банка

Чл. 450а. (1) Запор върху вземане на длъжника по сметка в банка се налага от съдебен изпълнител чрез запорно съобщение в електронна форма, подписано с квалифициран електронен подпис, изпратено по

електронен път чрез унифицирана среда за обмен на електронни запори. Запор върху други вземания на длъжника от банка се извършва по общия ред.

(2) Запорното съобщение, отговорът на банката, съобщението за вдигане на запора, потвърждението за полученото съобщение и другите съобщения във връзка с налагането, изпълнението и вдигането на запора се смятат за получени от адресата с изтеглянето им от средата по ал. 1.

(3) Министърът на правосъдието издава наредба, с която се определят изискванията към средата по ал. 1.”

Без всякакво съчинение електронният запор позволява по-бърз, по-сигурен и по-евтин изпълнителен процес. Няма съмнение също, че в Република има отлични айти-специалисти. Разпоредбата е добра. Проблемите обаче са с липсата на желание по някакви неизвестни и необясними причини, тя да се приложи. Показателни за това са следните обстоятелства: В § 71 ПЗР на ЗИДГПК /ДВ, бр. 86 от 27.10.2017 г./ е постановено, че в 6-месечен срок от влизането в сила на този закон Министърът на правосъдието издава Наредбата по чл. 450а, ал. 3, , с която да се определят изискванията към тази унифицирана среда. Такава Наредба обаче няма издадена, макар че срокът отдавна изтече. За сведение ще посоча, че разпоредбата на чл. 450а беше създадено още през 2012 г. / ДВ. бр.49 от 29 Юни 2012г.. От сравнението е видно, че по съществува си регламентацията в двете редакции е еднаква, като даже предишната редакция съдържа по-подробна регламентация от сегашната.

„Електронен запор върху вземане по сметка в банка

Чл. 450а. (Нов - ДВ, бр. 49 от 2012 г., в сила от 01.01.2013 г.) (1) Запор върху вземане на длъжника по сметка в банка може да бъде наложен от съдебен изпълнител чрез запорно съобщение в електронна форма, подписано с квалифициран електронен подпис, изпратено по електронен път чрез Единна среда за обмен на електронни запори. Запор върху други вземания на длъжника от банка се извършва по общия ред.

(2) Съдебният изпълнител и банките могат да се включат или изключат от Единната среда за обмен на електронни запори с едностранно изявление до министъра на правосъдието. С включването им в Единната среда съдебните изпълнители и банките се задължават да приемат електронни изявления във връзка с налагането, изпълнението и вдигането на запора. При изключване от Единната среда съдебните изпълнители и банките

са длъжни да продължат да приемат електронни изявления във връзка с наложените до момента електронни запори.

(3) Запорното съобщение, отговорът на банката, съобщението за вдигане на запора, потвърждението за полученото съобщение и другите изявления във връзка с налагането, изпълнението и вдигането на запора се представят и поддържат в системата чрез единен стандарт, утвърден от управителя на Българската народна банка и министъра на правосъдието.

(4) Изискванията към Единната среда за обмен на електронни запори се утвърждават от управителя на Българската народна банка и министъра на правосъдието.

(5) Електронните изявления са получени от адресата с изтеглянето им от Единната среда за обмен на електронни запори.

(6) Когато изявлението е представено чрез различен стандарт, липсват задължителни реквизити или авторът не може да се идентифицира, адресатът връща съобщение, че получаването не се потвърждава и причините за това.

(7) Съдебният изпълнител прави бележка в делото за извършените действия във формата на електронен документ, като посочва неговото място на съхранение в Единната среда за обмен на електронни запори.“

Но вместо да се създаде Наредбата и електронната система за надлежно осъществяване на този запор, законодателят през 2017 год. отново измени чл. 450а и до настоящия момент тази унифицирана среда не е създадена и чл. 450а не се прилага.

Това води и до липса на възможност за приложението на Регламент (ЕС) № 655/2014 на европейския парламент и на съвета от 15 май 2014 г. за създаване на процедура за европейска заповед за запор на банкови сметки с цел улесняване на трансграничното събиране на вземания по граждански и търговски дела (ОВ, L 189/59 от 27 юни 2014 г.).

III. В чл. 517а се предвиди изпълнение върху обособена част от предприятие. Постановено е, че по искане на вискателя изпълнението може да бъде насочено и върху обособена част от предприятие по смисъла на § 1а от допълнителните разпоредби на Търговския закон. Продажбата на обособена част се извършва по реда на публичната продажба на недвижим имот.

Тази разпоредба не е добре обмислена и създава основа за противоречива практика. Съгл. § 1а от допълнителните разпоредби на Търговския закон обособена част от предприятие по смисъла на

Търговския закон е организационна структура, която може самостоятелно да осъществява стопанска дейност (магазин, ателие, кораб, цех, ресторант, хотел и други подобни). В чл. 15, ал. 1 ТЗ предприятието е определено като съвкупност от права, задължения и фактически отношения. Стриктно погледнато би могло да се приеме, че съдебният изпълнител на осн. чл. 517а би трябвало да продава обособена част от предприятие по смисъла на § 1а ПЗР на ТЗ като съвкупност от права, задължения и фактически отношения, като организационна структура, която може самостоятелно да осъществява стопанска дейност, в т.ч. например отношенията с доставчици при продължителни договори, банката при отпуснати целеви кредити, отнасящи се за вещи, включени в тази организационна структура, наречена обособена част от предприятие. Трудно бихме могли да си представим как съденият изпълнител ще продава задължения и фактически отношения. Трудно бихме могли да си представим възможност съдебният изпълнител да обвърже трети лица, сключили договори с длъжника, с купувача на обособената част. Целта на съставителите на текста изглежда по-скоро да се постигне възможност за продажба на съвкупности от недвижими и движими вещи /Няма в българското право понятие за такава съвкупност – вж. т. V/. Каквато и да е целта обаче, следва да се има предвид и разпоредбата на чл. 123 КТ. В чл. 123, ал. 1 КТ е предвидено, че трудовото правоотношение с работника или служителя не се прекратява при промяна на работодателя в резултат на: преминаване на обособена част от едно предприятие към друго /т. 4/; смяна на собственика на предприятието или на обособена част от него /т. 6/; преотстъпване или прехвърляне на дейност от едно предприятие на друго, включително прехвърляне на материални активи /т. 7/. Съгл. чл. 123, ал. 2 КТ в случаите по ал. 1 правата и задълженията на работодателя прехвърлител преди промяната, които произтичат от трудовите правоотношения към датата на промяната, се прехвърлят на новия работодател-приобретател. Съгл. чл. 123, ал. 4 КТ за задълженията към работника или служителя, възникнали преди промяната по ал. 1, отговарят солидарно работодателят-прехвърлител и работодателят-приобретател. На практика би могло да се извърши продажба на активи, включващи недвижими и движими вещи на нефункционираща обособена част от предприятие.

IV. Вещи с оценка над 5000 лв., моторните превозни средства, корабите и въздухоплавателните средства се продават от съдебния изпълнител съобразно правилата за публична продажба (ПП) на недвижим имот (чл. 474, ал. 5).

1. ПП на посочените движими вещи се обявява съгласно чл. 477, ал.

3 (чл. 474, ал. 5, изр. второ) като във вр. с чл. 487, ал.2 /доп. ДВ, бр. 49/2012 г./ обявлението се публикува и на интернет страницата на окръжния съд по местоизпълнението. В чл. 474 чл. 474, ал. 3, изр. III е постановено, че съдебният изпълнител предава владението на вещта, след като бъде платена цената (чл. 474, ал. 3, изр. III). В чл. 474, ал. 5, изр. 4 /изм. ДВ, бр. 86/2017 г./ е постановено, че в това производство се прилагат правилата на чл. 482, с изключение на обжалването на проданта и чл. 521 /вж. и т. IV/. Чрез този начин на препращане, през 2017 г. законодателят прие, че постановлението за възлагане при публична продан на движима вещ подлежи на обжалване /решение № 65 от 19.01.2018 г. по в. гр. д. № 3126/2017 г. на ОС – Пловдив; решение № 4434 от 03.07.2018 г. по в.гр.д. № 8335/2018 г. на СГС/. При редакция на чл. 474, ал. 5, т. изр. 4 от 2017 г. /ДВ, бр. 86/2017 г./, с което законодателят предвиди възможността за обжалване на постановлението за възлагане на продадената на публична продан движима вещ и запазването на ал. 3 в предишната ѝ редакция се допусна противоречие между двете разпоредби. Възлагателното постановление подлежи на обжалване и ако жалбата бъде уважена, съдът ще отмени възлагателното постановление. Тогава, ако съгл. чл. 474, ал. 3 СИ е предал вещта на купувача, още когато той е платил цената, той би трябвало да я върне. При констатираното противоречие между изр. 3 и 4 на чл. 474, ал. 5 в практиката повечето съдебни изпълнители предават вещта, след влизането в сила на възлагателното постановление. А ако то бъде отменено, връщат парите на купувача, защото преди влизане в сила на възлагателното постановление, не се прави разпределение на получените суми и те не се изплащат на вискателите..

За да избегне противоречива съдебна практика, законодателят е необходимо да въведе синхрон между чл. 474, ал. 5, изр. 3 и изр. 4. При въвеждането на този синхрон нормите трябва да се прецизират и да бъдат отчетени чл. 482, ал. 2 ГПК и чл. 78 ЗС. Трябва да се има предвид, че се касае за оригинерно основание за придобиване на вещта, което е такова, защото придобиването е по възмезден начин. Трябва да се отчитат интересите на купувача от стабилност на ПП.

Редакцията на чл. 474, ал. 5, изр. 4 не е добра и съдържа неяснота и по отношение на приложението на чл. 521. В § 51, т. 2 от ЗИДГПК /ДВ, бр. 86/2017/ изменението на чл. 474, ал. 5 е направено така „В ал. 5, изречение четвърто думите „и 521“ се заменят със „с изключение на обжалването на проданта и чл. 521“. Това, изменение, инкорпорирано в съществуващата преди него разпоредба на чл. 474, ал. 5, изр. 5 води до следната сега действаща редакция. Постановено е, че в това производство се прилагат правилата на чл. 482, с изключение на обжалването на проданта и чл. 521.

Грамматическото тълкуване на § 51, т. 2 от ЗИДГПК /ДВ, бр. 86/2017/ и крайната редакция на изр. 4 на чл. 474, ал. 5 може да доведе до извода, че изключението се отнася, както до обжалването, така и до приложението на чл. 521. Там е работата обаче, че когато вещта не е предадена на купувача веднага при плащането на цената, съществува риска длъжникът да се разпореди с нея, да я укрие или развали, ако тя на осн. чл. 470 не е предадена за пазене на вискателя или на пазач. Без прилагането на чл. 521 в случая за купувача съществува рискът, макар и постановлението за възлагане да е влязло в сила, той да не може да получи нито вещта, нито да използва способа за защита, който чл. 521 дава при принудително изпълнение за предаване на движима вещ. Съмнително е това да е била целта на законодателя при разглежданото тук изменение на чл. 474, ал. 5, изр. 4. За да се избегне противоречива съдебна практика, необходимо е законодателят своевременно да прецизира разпоредбата.

Във връзка с разглеждания проблем, следва да се посочи, че в чл. 474, ал. 5, изр. IV в досегашната ѝ редакция изрично беше предвидено, че във производството по ПП на движима вещ се прилагат правилата на чл. 521 (чл. 474, ал. 5, изр. IV). Следователно, ако длъжникът не предаде доброволно вещта след ПП, тя ще бъде отнета по реда на чл. 521, ал. 1. Налице с пряко изпълнително основание. За целта не е нужно купувачът да си изважда изпълнителен лист. По същия начин ще се процедира, ако пазачът не изпълни нареждането на съдебния изпълнител да предаде на купувача вещта. Ако вещта не се намира у длъжника или е развалена, от него се събира равностойността ѝ в полза на купувача от ИП на движимата вещ. По същия начин се постъпва, когато се намери само част от вещта. Ако равностойността на вещта не е посочена в изпълнителния лист, тя се определя от съдебния изпълнител след изслушване на страните, а при необходимост – и след разши на свидетели и вещо лице (чл. 521, ал. 2). Постановлението за определяне на равностойността подлежи на обжалване по чл. 436. Обжалването на постановлението не спира събирането на равностойността, но съдът може да постанови спирането. В случая съдът ще трябва да разгледа жалбата в открито заседание с призоваване на длъжника и купувача. Решението подлежи на обжалване пред апелативния съд, чието решение не подлежи на обжалване. Влязлото в сила постановление на СИ по чл. 521, ал. 2 във вр. с чл. 474, ал. 5, изр. IV е пряко изпълнително основание. Не е нужно въз основа на него купувачът от ПП на движимата вещ да си изважда ИЛ.

Нещо повече, тъй като в случая на ПП на движима вещ, цената вече е определена в самото възлагателно постановление, защото тя е продадена

на купувача на тази цена. Би било добре de lege ferenda това възлагателно постановление изрично да се предвиди като пряко изпълнително основание за цената на вещта, определена в него, още повече, че при сегашната редакция на чл. 474, ал. 5 то подлежи на обжалване, в т.ч. и от длъжника /чл. 435, ал. 3 във вр. с чл. 474, ал. 5.

V. С изменението на чл. 474, ал. 1 от 2017 г. /ДВ, бр. 86/2017 г./ се предвиди възможността за продажба на съвкупности от вещи или групи от вещи. Законодателят прави разлика между съвкупност от вещи и група от вещи.

1.В ГПК няма определение на понятието съвкупност от вещи за нуждите на този сопособ за изпълнение. Понятие съвкусност от вещи няма във вещното право. Законодателят е оставил на практиката да се изработи критерият за съвкупност от вещи.

Терминът съвкупност се използва само с ЗОЗ :чл. 4, ал. 1, т. 8 ЗОЗ/. Това обаче не означава, че ГПК урежда изпълнението върху съвкупности от вещи, каквато възможност е уредена в ЗОЗ. Съвкупността по ЗОЗ е заради спецификата на на особения залог , който не е е реален договор. Съгл. чл. 8 ЗОЗ залогодателят има право да запази държането на заложеното имущество. Залогодателят, който запазва държането на заложеното имущество, има право: . да използва в своята дейност заложеното имущество съобразно неговото предназначение; да извършва сделки на разпореждане със заложеното имущество съгласно. Съгл. чл. 10 ЗОЗ заложният кредитор има право да се удовлетвори по предпочитание от: цената на заложеното имущество или от полученото за него обезщетение; полученото от залогодателя срещу отчуждаването на заложеното имущество; равностойността на имуществото по т. 1 или 2, както и от равностойността на заложеното имущество, в случай че това имущество не може да бъде отделено от останалото имущество на залогодателя или от имуществото на трето лице, при условие че заложното му право е противопоставимо на това лице; доходите от заложеното имущество, включително лихвите по заложеното вземане, или от получената при събиране на заложеното вземане сума. Ето защо съвкупността по ЗОЗ е динамично множество, към което постоянно се присъединяват и постоянно се отделят елементи. Затова съгласно залогът върху съвкупност тежи върху всеки неин елемент от присъединяването му до отделянето му от съвкупността, в тч. и присъединилите се към тази съвкупност елементи. В ГПК не е уреден заповор върху съвкупност. Той може да бъде наложен само върху индивидуално определени движими вещи. При вписването на пристъпване към изпълнение по ЗОЗ върху заложената съвкупност тя се превръща в обикновено множество от

вещи, като залогът върху нея съгласно чл. 20, ал. 2 ЗОЗ преминава върху нейните елементи към този момент – присъединили са се и още не са отделени. Тези отделни елементи – движимите вещи, които се числят към съвкупността, се продават по реда на ЗОЗ, а не съвкупността. В ГПК няма уредба, която да позволява действието на наложен заповор да преминава от едни вещи към други. В ЗОЗ не съществува възможност да бъде продадена съвкупност (Съгл. чл. 46 – 52 ЗОЗ може да се продаде съвкупността „търговско предприятие“, други съвкупности – не, от тях се продават отделните елементи, върху които е преминал залогът/.

2. При определянето на съвкупности от вещи СИ разумно се ориентираха към практическия критерий функционалната връзка между вещите с оглед на тяхното използване /напр. машините, включени в поточна линия; машините и инструментите за изработване на мебели; обзавеждане на офис; машините, които са функционално свързани за изработването на но продукцията в него; обзавеждане на помещение. Следва да се подчертае, че не може под предлог, че се обособява съвкупност от вещи, в нея да се включват несеквестрируеми вещи. .

Съвкупност от движими вещи по смисъла на чл. 474, ал. 1 следва да се разбират като множество от вещи, функционално свързани по междуси с оглед на тяхното ползване, като заповорът се налага и се описват отделните движими вещи, но те се продават заедно по обща цена, която определя начина на продажба /чл. 474, ал. 1 и чл. 474, ал. 5/.

3. По арг. на чл. 426, ал. 1 вискателят е този, който трябва да поиска от СИ дали функционално свързаните по междуси вещи да се продават като съвкупност, или като отделни вещи, освен в случаите, когато на осн. чл. 18 ЗЧСИ той е възложил на ЧСИ да определи начина на изпълнение. С оглед целта на изпълнителния процес за удовлетворяване на вземането и изискването на чл. 442а за съразмерност трябва да се отчетат: възможната продаваемост като отделни вещи или като съвкупност от вещи; цената, която може да се получи в двата случая.

4. При групата от вещи, предвидена в чл. 474, ал. 1 не се търси функционална връзка между тях. Останалите въпроси се решават по същия начин, като при продажба на съвкупност.

Valentina Popova, PhD
Full Time Professor; SU Saint Klement Ohridski
valenti.popova@gmail.com

**SOME PROBLEMS RELATED TO THE AMENDMENTS
TO THE ENFORCEMENT PROCESS UNDER THE CIVIL
PROCEDURE CODE, MADE BY THE LAW AMENDING AND
SUPPLEMENTING THE CODE PROMULGATED IN THE STATE
GAZETTE, ISSUE 86/2017**

***Abstract:** A major problem in the enforcement process is the frequent changes to the Code of Civil Procedure. Some of the amendments are not well thought out. The way of re-editing the provisions imposes a careful comparison with the previous version when interpreting and applying them, because in the Code for amending the Code itself the amendment reads “Art. changes as follows: ... “without specifying which of the old provisions remains, which changes, what is added.*

With the amendments to Art. 427 in 2017 (SG 86/2017), the legislator quit in a number of cases of execution of pecuniary receivables the main criterion for determining the local jurisdiction of the enforcement agent - the relation of the place of enforcement with the area of jurisdiction of the court performer. This connection is irrevocably linked to the essence of the enforcement process. Instead of creating the Ordinance and the electronic system for the proper implementation of the regulations in Art. 450a already in 2012 / SG, num. 49/2012 / electronic attachment to a bank account the legislator amended Art. 450a, actually repeating the old one. Section 71 of the Transitional and Closing Provisions of the Code for Amendment of the Code stipulates that within 6 months of the entry into force of this Act, the Minister of Justice shall issue the Ordinance under Art. 450a, para. 3, which defines the requirements for this unified environment. However, such a regulation has not been issued, although the term has long expired. For these reasons, electronic attachment can not be applied in Bulgaria.

Проф. д-р Екатерина Михайлова*

НОРМАТИВНИ ИЗИСКВАНИЯ ЗА БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО И ЗЛОУПОТРЕБИ С ПРАВО

UDK:340.134(497.2)

Review paper

Анстракт: Статията представя нормативната основана българското законодателство. Българската традиция е в конституцията да се уреждат основните изисквания, които са доразвити в Закона за нормативните актове (ЗНА) и в УКАЗ № 883 за прилагането му. Разпоредби се съдържат и в Правилника за организация и дейност на Народното събрание (ПОДНС) и в Устройствения правилник на Министерски съвет (УПМС). При изменението на ЗНА от 2016 г. е създадена цяла нова глава посветена на изработването на проект на нормативен акт - предварителна оценка на въздействието, обществени консултации, съобразяване с европейското законодателство и практиката на ЕСПЧ. Основните принципи са необходимост, обосновааност, предвидимост, откритост, съгласуваност, субсидиарност, пропорционалност и стабилност. Те са в синхрон с Междуинституционалното споразумение между Европейския парламент, Съвета на Европейския съюз и Европейската комисия за по-добро законотворчество от 13 април 2016 г. Практиката обаче сочи множество примери за не спазването или формализирането им. Резултатът - критики в Доклада на Комисията до Европейския парламент на съвета относно напредъка на България по механизма за сътрудничество и проверка и практика на Върховния административен съд.

Ключови думи: нормативни изисквания, предварителна оценка на въздействието, обществени консултации, съобразяване с европейското законодателство, практиката на ЕСПЧ, законопроекти, практика на Върховния административен съд

* Редовен професор, Нов Бугарски Универзитет, Софија

ВЪВЕДЕНИЕ

Настоящата статия ни запознава с нормативната основа на българското законодателство и представя случаи на злоупотреба с право. В началото на изложението си бих желала да изясня какво влагам в понятието „злоупотреба с право“ в областта на нормотворчеството.

Както знаем, в правната теория, когато се говори или пише за „злоупотреба с право“, обичайно се имат предвид случаите, в които „титულърът на субективното право е преминал по определен начин границите на субективното право, т.е. границите му като мяра на позволено поведение“¹. Според Конституцията на Република България от 1991 г. пък „злоупотреба с права“ е формулирана в разпоредбата на чл. 57, ал.2, според която „Не се допуска злоупотреба с права, както и тяхното упражняване, ако то накърнява права или законни интереси на други“. Тоест теорията се фокусира върху злоупотребата със субективните права, а Конституцията ни използва термина при защита на права и интереси, които могат да бъдат засегнати от употребата на права, било то и законово уредени².

Традиционно в публичното право се говори за злоупотреба с власт, а в частното право – за злоупотреба с право. Изходната точка на частноправната теория за злоупотребите с права обаче е разбирането за правото като „правна власт“ на индивида. Злоупотребите с публична или частна правна власт имат различни проявления, но във всички случаи представляват негативно социално явление, при което има упражняване на правото или възползване от правната власт в противоречие с нейното социално предназначение.

В статията в понятието „злоупотреба с право“ влагам смисъла на нарушение на процеса за създаване на обективното право – правната норма или закона. Приема се, че „законът е общата и обективна воля на държавата“, както и че, ако един закон е „в противоречие с правното съзнание на народа, се явява като произволен акт“³. Затова ще разгледам изискванията за създаването на нормативните актове в България, след което ще се спра нанай-често срещаните проявления при неспазването им или заобикалянето им. Тоест под „злоупотреба с право“ в това изследване разбирам нарушаването или заобикалянето на правния ред, който е заложен като условие за създаването на правна норма.

Там, където се касае за процедури (вкл. в процес на нормотворчество),

¹ Милкова, Д., Основи на правото, книга първа, С.2012, с.75.

² Решение № 14 от 1996 г. на КС на РБ по к. д. № 15/96 г., Обн. „Държавен вестник“, бр. 84/1996 г.

³ Торбов, Ц., Учение за държавата, С.2004, с.71.

злоупотребата с право често шиканира процеса, т.е. извлича се полза от процесуално действие, която е несъвместима с целите и функциите на процеса. Ако безспорно една от целите на нормотворческата процедура е да се осигури широко обществено участие, максимална публичност и прозрачност, то и конституционно предвидената законодателна инициатива на отделен народен представител е в съответствие именно с тази цел. За постигането на същата тази цел са предвидени и институтите в законите – обществено обсъждане на проектите, предварителна преценка за тяхното въздействие и съответствие с принципи, каквито са основните права и свободи. Оказва се обаче, че е възможно отделният народен представител да упражнява правото си на законодателна инициатива именно, за да заобиколи ефективното обществено обсъждане или оценка на въздействие, и това според мен е злоупотреба с право.

Така злоупотребата с право може да се реализира и в областта на публичното право, като в конституционното право то може да се изразява като злоупотреба с институционални права, което, както някои автори отбелязват, „се извършва най-често от лица, които участват в определени колективни държавни органи и злоупотребяват с правата си в рамките на политическия процес“⁴.

НОРМАТИВНИ ИЗИСКВАНИЯ ЗА БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО

Българската традиция е в Конституцията да се уреждат основните изисквания. Според Конституцията на Република България от 1991 г. правомощието да издава закони се предоставя единствено и само на Народното събрание (НС). Не се допуска друг орган, освен парламентът, да издава актове със силата на закон за разлика от предходните три български конституции, които са предвиждали възможността, когато не заседава Събранието, друг орган на държавна власт да издава актове със силата на закон⁵.

⁴ Автореферат Злоупотребас право (понятие, приложно поле, последици) Дилян Цветанов Начев, Софийски Университет „Св.Климент Охридски“ https://www.unisofia.bg/index.php/bul/universitet_t/fakulteti/yuridicheski_fakultet/specialnosti/doktoranti/pridobivane_na_obrazovatelna_i_nauchna_stepen_doktor/arhiv/dilyan_cvetanov_nachev_yuridicheski_fakultet (Достъп на 29.4.2019 г., 14.00).

⁵ Търновската конституция от 1879 г.

Чл.47. Ако би държавата да се заплашва от някоя външна или вътрешна опасност, а Народното събрание не би могло да се свика, то само в такъв случай Князът, по предложение на Министерския Съвет, и под обща отговорност на Министрите, може да издава наредби и да прави разпореждания, които имат задължителна сила на закон. Такива извънредни наредби и разпореждания се представляват за одобрение на първото,

Създаването на закон в България е свързано с предприемането на редица действия и покриването на изисквания, които са създадени на конституционно и законово равнище. В Конституцията, макар и пестеливо, е описана основната уредба на законодателния процес⁶. Нейното доразвиване е реализирано в приетите закони, подзаконовни нормативни актове и правилници.

В Конституцията от 1991 г. са заложили и изискванията относно съдържанието на законите. В нея са създадени и гаранции за това определени отношения или защитата на определени права да се уреждат изключително и само със закон. Без да съм изчерпателна, ще посоча например, че дейността на въоръжените сили се урежда със закон; редът за образуване и прекратяване на политически партии и условията за тяхната дейност се урежда със закон; трудът се гарантира и защитава от закона; правото на собственост и на наследяване се гарантира и защитава от закона; режимът на обектите на държавната и общинската собственост се определя със закон и др.

Конституцията подрежда законите йерархично веднага след основния закон. Това означава, че актовете на всички други държавни органи трябва да са съобразени със закона и да не му противоречат, т.е. те трябва да са законосъобразни.

Понятието за нормативен акт в българското право е дефинирано в чл. 1а от ЗНА, според който нормативният акт съдържа общи правила за поведение, които се прилагат към индивидуално неопределен кръг субекти, има нееднократно действие и се издава или приема от компетентен държавен орган.

Както знаем, законът има форма и съдържание. Предмет на

свикано след това, Народно събрание.

Чл.48. Показаните в по-горния член разпореждания в никой случай не могат да се отнасят до нареждане данъци и държавни берии, които всякога стават със съгласието на Народното събрание.

Конституция на Народна република България от 1947 г.

Чл. 35. Президиумът на Народното събрание върши следната работа:

т.5 Издава укази.

Конституция на Народна република България от 1971 г.

Чл.94

Държавният съвет освен правомощията по чл.93 през периода между сесиите на Народното събрание:

2. В неотложни случаи с указ изменя или допълва отделни разпоредби и законите.

Издава укази по въпроси от принципен характер, които засягат изпълнителната и разпоредителната дейност на държавата.

Държавният съвет внася издадените укази по тази точка за утвърждаване от Народното събрание на следващата му сесия.

⁶ Решение № 10 от 2012 г. по к. д. № 15 от 2011 (Обн., ДВ, бр. 73 от 25.9.2012 г.).

разглеждане на настоящето изследване е формата, при това формата като нормативно изискване и съответно неспазването ѝ. Според българското право приемането на закона представлява съвкупност от правно регламентирани действия, които се предприемат и се извършват при спазването на определени условия, които се извършват в логическа последователност. Затова законът е сбор от задължителни норми, които се отнасят до външните или обществените отношения на хората; скрепен е със санкции и е наложен от авторитета на държавата, за да се гарантира на индивидите и общността постигането на техните цели⁷. Законите могат да бъдат издавани само от компетентния държавен орган, при спазването на законово предвидената процедура и да съдържат общи правила за поведение, които се прилагат към индивидуално неопределен кръг правни субекти, и да имат нееднократно действие⁸.

През 1973 г. е приет Законът за нормативните актове⁹, а след това и Указ № 883 за прилагане на ЗНА¹⁰ (Указ № 883), които действат и до настоящия момент. Разпоредби относно изискванията за създаването на нормативни актове се съдържат и в ПОДНС, както и в УПМС.

При изменението на ЗНА от 2016 г.¹¹ бе създадена цяла нова глава, посветена на оценката на въздействието на нормативните актове, като се въвеждат изисквания, които трябва да се извършват при изработването на проект на нормативен акт, независимо от това дали вносителят е правителството или народен представител – извършване на предварителна оценка на въздействието, провеждане на обществени консултации с гражданите и юридическите лица. Освен това е предвидено да се извършва и последваща оценка за въздействието на приет нормативен акт, която се извършва в срок 5 години след влизането в сила на новия закон, кодекс или подзаконов нормативен акт, публикува се на интернет страницата на съответния орган и на Портала за обществени консултации в срок до 30 дни от изготвянето ѝ.

Изработването на проект на нормативен акт в ЗНА е предвидено да става при зачитане на принципите на необходимост, обосновааност, предвидимост, откритост, съгласуваност, субсидиарност, пропорционалност и стабилност (чл. 26). Съществена е промяната и относително срока за обществени консултации с гражданите и юридическите лица – увеличен е от 14 на 30 дни. Предвидено е след приключването на обществената консултация съставителят на проекта да публикува на

⁷ Торбов, Ц., Учение за държавата, С., 2004, с.55.

⁸ Ташев, Р., Обща теория на правото, С., 2010, с.69–70.

⁹ ДВ, бр. 27 от 3.4.1973 г.

¹⁰ ДВ, бр. 39 от 21.5.1974 г.

¹¹ ДВ бр. 34 от 3.5.2016 г., в сила от 4.11.2016 г.

интернет страницата на съответната институция справка за постъпилите предложения заедно с обосновка за неприетите предложения. Последното задължава съставителят да обосновава своите позиции и открито да оповестява аргументите си, което е несъмнено мярка срещу формализма.

На основата на измененията и допълненията в ЗНА е приета Наредба за обхвата и методологията за извършване на оценка на въздействието, както и са извършени изменения и допълнения на УПМС¹². Прието е, че оценката на въздействието е инструмент за повишаване на качеството на нормативните актове. Заложено е, че оценката на въздействието следва да се извършва при зачитане на принципите на откритост, обосноваване, съгласуваност със заинтересованите страни, пропорционалност, ефикасност и ефективност, като това би следвало да гарантира, че предлаганата нормативна промяна съответства на целите на предложената или реализираната промяна в регулирането на обществените отношения. Предвижда се Дирекция „Модернизация на администрацията“ към МС да следи за провеждането на обществени консултации на публикуваните на интернет страниците на вносителите и на Портала за обществени консултации проекти на актове на Министерския съвет и да изразява становища за резултатите от тях.

На основата на новите изисквания в ЗНА са извършени и изменения през 2016 г. в ПОДНС на 43-то НС¹³, като се създава Национален център за парламентарни изследвания (НЦПИ), въвежда се в законодателната дейност на НС оценката на въздействието като задължителен елемент от законодателния процес, както и възможността постоянните комисии да възлагат на НЦПИ извършването на последваща оценка на въздействието на законите с цел установяване на ефективността им.

След проведените парламентарни избори през 2017 г. при изработването на новия ПОДНС на 44-то НС¹⁴ са приети също правила, които дават възможност за повишаване на качеството на законодателството. Според тях постоянните комисии могат да възлагат на НЦПИ извършването на последваща оценка на въздействието на законите. Това следва да се прави с цел установяване на ефективността на приетите норми, както и за да се констатира дали те са постигнали набелязаните цели. Според финансовите правила по бюджета на НС се предвижда НЦПИ да публикува на интернет страницата на НС плана си за работа, извършените изследвания или проучвания, финансирани

¹² Приета с ПМС № 301 от 14.11.2016 г., обн., ДВ, бр. 91 от 18.11.2016 г., в сила от 18.11.2016 г., изм., бр. 5 от 17.1.2017 г., в сила от 18.11.2016 г.

¹³ ДВ, бр. 86 от 1.11.2016 г., в сила от 4.11.2016 г.

¹⁴ В сила от 2.5.2017 г. Обн. ДВ. бр.35 от 2.5.2017г., изм. ДВ. бр.34 от 20.4.2018г.<https://www.parliament.bg/bg/rulesoftheorganisations> (Достъп на 27.4.2019 г., 11.00).

от бюджета на НС, направените публикации и архив по години и теми. В приложение към ПОДНС е създадена методика за извършването на предварителна оценка на въздействие, когато се внася законопроект от народен представител. Според чл. 76 от ПОДНС законопроектите, към които не е приложена предварителна оценка на въздействието, не се разпределят от председателя на НС до отстраняване на нередовността. Ако такава справка не се приложи, законопроектите не се разглеждат от НС до отстраняване на нередовността.

В Приложение към чл. 76, ал. 1 от ПОДНС е описана Методологията за извършване на предварителна оценка на въздействието на законопроектите. Според нея към внесените законопроекти следва да се аргументират основанията за законодателната инициатива, да се определят обществените отношения, които ще се регулират, да се направи кратко представяне на причините и промените в обществените отношения, които налагат необходимостта от нормативна регулация. Също така трябва да се очертаят заинтересовани групи от приемането на законодателната инициатива (бизнес, неправителствени организации, граждани, държавни органи, други), степента, в която тя ги засяга, както и тяхното отношение към законодателната инициатива. В оценката за въздействие се очаква да се посочи върху кои конкретни групи и обществени отношения законодателната инициатива ще повлияе, а и да се анализират разходите и ползите. Освен всичко описано по-горе в оценката на въздействие следва да се предостави и информация за необходимостта от непосредствени или последващи промени в други нормативни актове в резултат от приемането на законодателната инициатива.

Очевидно е намерението на българския законодател с новоприетите правила да се повиши качеството на нормативните актове. Мерките са в синхрон с инструментите, които са заложили и на европейско равнище. Това означава, че правната основа за по-добро законотворчество е положена, остава тя да се реализира и да не се злоупотребява с право.

ЕВРОПЕЙСКИ ИЗИСКВАНИЯ И БЪЛГАРСКОТО ПРАВО

Членството на България в Европейския съюз (ЕС) наложи промяна в нормативната основа в страната ни, като през 2007 г. се извършват изменения в ЗНА и в Указ № 883. Законово се регламентира, че ако нормативен акт противоречи на регламент на ЕС, прилага се регламентът, както и че нормативен акт се издава и в случаите, когато трябва да се

приемат мерки на национално равнище, необходими за изпълнение и прилагане на актове на ЕС или на международни договори, сключени от Европейските общности (понастоящем ЕС).

Договорът от Лисабон от 2009 г. внесе съществени изменения в органите на ЕС и регламентира правната система. Върховенство на европейското право над националното след дълги спорове е залегнало не в основния текст на Договора, а в специална декларация в Заключителния акт, като към него е приложено и становището на Правната служба на Съвета относно предимството на правото, което е представено в документ 11197/07 (JUR 260).

Бих желала да отбележа, че в принципите на правовата държава и правната система на ЕС единодушно признат като един от основополагащите принципи, залегнали във всички конституционни системи на държавите – членки на ЕС и на Съвета на Европа, се включват:

а) принципът на законността, който по същество включва прозрачен, отчетен, демократичен и плуралистичен законодателен процес и

б) правната сигурност, която изисква наред с другото разпоредбите да са ясни и предвидими и да не се променят ретроспективно.

На 13.4.2016 г. е постигнато Междуинституционално споразумение между Европейския парламент, Съвета на ЕС и Европейската комисия за по-добро законотворчество¹⁵. Според поставените общи ангажименти и цели трите институции ще се стремят към по-добро законотворчество чрез редица инициативи и процедури. Принципите, които ще се съблюдават, са демократична легитимност, субсидиарност и пропорционалност, както и принципа на правна сигурност. Освен това те се съгласяват да насърчават опростеността, яснотата и съгласуваността при изготвянето на законодателството на ЕС, както и да допринасят за възможно най-голямата прозрачност на законодателния процес. Също – законодателството на ЕС следва да бъде разбираемо и ясно; да дава възможност на гражданите, администрацията и бизнеса лесно да разбират своите права и задължения; да включва изисквания за подходящо докладване, наблюдение и оценка; да избягва свръхрегулирането и административната тежест; да може да се прилага на практика.

Инструментите за по-добро законотворчество са извършването на оценка на въздействието, консултация с обществеността и със заинтересованите страни и обратна връзка, последваща оценка на действащото законодателство. И още – предвиждат се прозрачност и координиране на законодателния процес. Оценка на въздействието

¹⁵ http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2016-0039_BG.html (Достъп на 29.4.2019 г., 14.00).

се приемат като ключова част от програмата за по-добро регулиране на Комисията, която има за цел изготвяне и оценяване на политиките и законите на ЕС, така че техните цели да бъдат постигнати по възможно най-ефикасен и най-ефективен начин. Чрез тях се проучва дали е необходимо действие на равнището на ЕС, анализира се евентуалното въздействие на възможните решения.

ЗЛОУПОТРЕБА С ПРАВО

Какво сочи практиката?

При анализиране на практиката се оказва, че въведените нови изисквания на национално и европейски равнище могат да не бъдат спазвани, като се предприемат действия, с които се заобикалят процедурите или тесе извършват формално.

Първите изследвания на законодателната дейност на НС съобразно новите изисквания стартират при действието на 43-то НС – първият доклад обобщава резултатите от проведено изследване на законодателната дейност през първите шест парламентарни сесии от мандата на 43-то НС¹⁶, а вторият е за периода 4.11.2017–8.2.2017 г., период, в който вече са влезли в сила новите изисквания за законодателството¹⁷.

При второто изследване вече се виждат част от проблемите за прилагането на новите правила при създаването на нормативни актове. Изследвани са 24 законопроекта, които са основно за изменение и допълнение на съществуващи закони. Констатирано е, че нито един от внесените от Министерски съвет законопроекта не е придружен от оценка на въздействието. Повечето са придружени от писмо, в което е обяснено, че: „законопроектът е изработен и съгласуван преди влизането в сила на изменението и допълнението на ЗНА“. За същия период народните представители са внесли 12 законопроекта, които са придружени от предварителна оценка на въздействието и един изцяло нов, но без оценка за въздействие. НЦПИ е установил, че представените предварителни оценки на въздействието формално съдържат основните елементи, но с малки изключения, те не отговарят на стандартите за качество. Според доклада причините са: оценките не са изготвени преди подготовката на законодателната инициатива, каквото е изискването на закона, а след като проектът за нормативен акт е вече разработен,

¹⁶ http://www.parliament.bg/pub/EUBUL/Doklad_ocenka_6th_Session.pdf (Достъп на 29.4.2019 г., 14.00).

¹⁷ http://www.parliament.bg/pub/EUBUL/Doklad_ocenka_6th_Session.pdf (Достъп на 29.4.2019 г., 14.00).

т. е. оценката е приспособена към вече избрани решения; наличие на предварителни оценки на въздействието, в които целевите групи не са ясно или изчерпателно дефинирани; в оценките са налице вътрешни противоречия; в повечето оценки липсват данни за проведени публични консултации и оповестяване на резултатите от тях¹⁸.

При действието на 44-то НС, което е конституирано през 2017 г. и чийто ПОДНС е приет през същата година¹⁹, не е направено нито едно изследване на законодателството от страна на НЦПИ.

При преглед на внесените в 44-то НС проекти за закони от народни представители наново могат да се направят направените от НЦПИ изводи за формален подход към изготвянето на предварителните оценки на въздействието. Има примери, при които в съвсем кратък срок от време се правят промени в един и същи закон, като се въвеждат абсолютно противоречащи си едни на други постановки. Един от последните фрапиращи случаи е свързан с промени в Изборния кодекс (ИК) под №954-01-8 от 18.2.2019 г., приет от НС на 27.3.2019 г. и обнародван в ДВ в брой 29/2019 г. Този законопроект е внесен за разглеждане в НС преди да е влязло в сила последното изменение и допълнение на ИК, като в мотивите към законопроекта се заявява, че целта е да се възстанови правното действие на нормите отпреди тяхната промяна на 14.2.2019 г. и че проектът се внася „преди да завърши финалната промулгационна фаза на законодателния процес, за да се отрази обществения интерес и реакции“²⁰. Очевидно е, че ако са били проведени публични консултации и обществени обсъждания, ако имаше извършена оценка за необходимостта от предприетите предходни изменения на закона, то нямаше и да се стигне до поредното внасяне на законопроект за изменение и допълнение на ИК, което всъщност обезсилва току що гласувания от НС закон.

Аргументи за неспазване на предвидения в закона ред могат да се открият и в мотивите на върнатия за ново обсъждане закон за изменение и допълнение на ИК от Президента на Република България, в който се акцентира върху следното:

„Не мога да подмина и начина, по който бяха приети разпоредбите на ЗИД ИК. Правилата за законодателния процес неслучайно са заложени в Конституцията и доразвити в ПОДНС, който стои паралелно със закона в йерархията на нормативните актове. *На тях не трябва да се гледа като на формални изисквания, защото те са преди всичко гаранции за приемането на справедливи и добре обмислени закони, които да*

¹⁸ Пак там.

¹⁹ В сила от 2.5.2017 г. Обн. ДВ. бр.35 от 2.5.2017 г., изм. ДВ. бр.34 от 20.4.2018 г.

²⁰ <https://www.parliament.bg/bills/ID/156868> (Достъп на 30.4.2019 г., 16.00).

уреждат трайно обществените отношения... Също така в нарушение на чл. 83, ал. 1 от ПОДНС значителна част от предложенията, направени от народни представители между двете гласувания, включително относно преференциите, не бяха аргументирани. Неомислени и неаргументирани промени, особено когато се отнасят до начина, по който се избират органите на една демократична и правова държава, създават несигурност и поставят под съмнение способността на държавата да налага справедлив ред при зачитане на индивидуалните права и свободи²¹(к. м.).

Една от най-честите злоупотреби с право в областта на законотворчеството е предприемането на законодателна инициатива от народен представител, а не от Министерски съвет (МС). Според българската конституция законодателната инициатива принадлежи на всеки народен представител и на МС – чл.87. Тази конституционна разпоредба е доразвита в ЗНА и ПОДНС. При един сравнително-правен анализ на двата нормативни акта се виждат съществени различия в тях. Правният режим за проектите, изготвяни от МС, е, че те преминават задължително през съгласувателни процедури, обществени обсъждания и други, при много по-дълги срокове, отколкото тези, които са предвидени за законопроектите на народните представители в ПОДНС. Глава втора от Указ № 883 –Изготвяне на проектите за нормативните актове, е с формулировки, които изцяло навеждат на извода, че нормативните изисквания са за проектите, изработвани от орган на изпълнителната власт. При тази нормативна основа се създава възможността за злоупотреба с право, при която подготвен законопроект от орган на изпълнителната власт вместо да измине дълга и сложна процедура на съгласуване, изготвяне на подробни оценки за въздействие, справки за съобразяване с европейско право и практика на ЕСПЧ, обществени обсъждания, мотивировка защо се приема или не всяко едно предложение, направено по времена предвидения срок за обществено обсъждане, проектът за нормативен акт се внася от народен представител. При извършването на подобнодействие всъщност се заобикалят изискванията на ЗНА и се нарушават заложените в закона принципи.

Пример: На 28.2.2019 г. е внесен от народни представители Законопроект за изменение и допълнение на Закона за съдебната власт. Видно от доклада на Комисията по правни въпроси, на 13.3.2019 г. внесенният законопроект е обсъден, като от същия става ясно, че той

²¹ https://www.president.bg/cat47/1182/prezident_rumen_radev_veto_izboren_kodeks.html (Достъп на 1.5.2019 г., 9.00).

е бил изготвен в министерството на правосъдието, но е внесен от народни представители²². Предварителната оценка към законопроекта е с обем 1 страница, като за 4 от 5-те показатели обосновката е от едно изречение. Законът е публикуван в ДВ, брой 29 на 8.4.2019 г.

Каква е извършената злоупотреба с право? Чрез внасянето на законопроекта от народни представители, а не от орган на изпълнителната власт, където е изработен законопроектът, се заобикалят принципите, заложиени в чл.26 от ЗНА за откритост и съгласуваност, като се избягва и публикуването му за обществените консултации, сроковете, предвидени за тях, както и се избягва задължението на съставителя на проекта да публикува на интернет страницата на съответната институция справка за постъпилите предложения и да обоснове защо не приема направените предложения. Така всъщност за около месец внесенят законопроект се е превърнал в приет закон. Това е времето, в което, ако беше протекла процедурата по чл.26 от ЗНА с вносител МС, а не от депутатите, щеше да е реализирана само една от предвидените процедури²³. Тъй като на страницата на НС се отразяват становищата и разискванията в парламентарните комисии, става известно, че съсловни организации и институции възразяват срещу този законопроект, като част от аргументите им са именно, че той се приема в нарушение на изискванията за съгласуваност и публичност²⁴.

Констатация, че не се спазват процедурите при изработването и приемането на законопроекта, се съдържа и в Доклада на Комисията до Европейския парламент и Съвета относно напредъка на България по механизма за сътрудничество и проверка. В него е констатирано, че измененията на Закона за съдебната власт в началото на октомври 2017 г. са предложени в Народното събрание без предварително обсъждане или консултация, а създаването на доверие в законовата уредба изисква провеждане на обществен дебат и консултации при спазване на

²² <https://www.parliament.bg/bg/parliamentarycommittees/members/2577/reports/ID/10066> (Достъп на 29.4.2019 г., 15.00).

²³ Според чл.26 от ЗНА следва да се проведат съгласувателни процедури, да се проведат обществени обсъждания, а когато съставителят на проекта е орган на изпълнителната власт, публикуването се извършва на Портала за обществени консултации, като срокът за предложения и становища е не по-кратък от 30 дни, като в изключителни случаи и изрично посочване на причините в мотивите, съответно в доклада, съставителят на проекта може да определи друг срок, но не по-кратък от 14 дни.

²⁴ <https://www.parliament.bg/pub/cW/20190325045916%D0%A1%D1%-82%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D1%89%D0%B5%-20%D0%BD%D0%B0%20%D0%92%D0%9A%D0%A1%20%D0%BF%D0%BE%20%D0%97%D0%A1%D0%92-.PDF> (Достъп на 30 април 2019 г., 16.00)

процедурите, използвани за тяхното изготвяне и приемане²⁵. Този извод е направен относно втория показател в доклада, който се наблюдава от Комисията – Нормативна уредба.

При съпоставяне на внесените законопроекти от МС и тези от народни представители в последната година бързо може да се констатира сериозна разлика, която е в полза на изготвените проекти от правителството. Към тези законопроекти вече освен мотиви се прилагат и подробен анализ на оценката за въздействие, систематизирана информация от постъпилите предложения по законопроекта със становищата защо се възприема или не дадено становище. За илюстрация на твърденията ми избрах един законопроект на случаен принцип – Закон за изменение и допълнение на Закона за концесиите с вносител МС от 27.2.2019 г.²⁶.

Изводът, който може да се направи, е, че за да не се извършва злоупотреба с право, а най-вече, за да се подобри качеството на законодателството ни, би следвало да се уеднакви режимът, по който се приемат законопроектите, независимо от това дали законодателната инициатива е на МС или на народен представител. Това, разбира се, е свързано, с обезпечаването на необходимия административен капацитет, който да подпомага дейността на народните представители.

Бих желала да отбележа, че някои от народните представители вече започват да използват инструментите на ЗНА, но на този етап основно като възражения по внесените законопроекти. Така например по повод породилия много спорове както в НС, така и извън него, законопроект за изменение и допълнение на Закона за вероизповеданията е постъпило предложение между първото и второ гласуване от народни представители, в което се предлага да отпадне един от параграфите на законопроекта със следните мотиви: законопроектът „би трябвало да бъде изготвен при зачитане на принципите на необходимост, обосновааност, откритост и пропорционалност. Същият би трябвало да бъде съпътстван с оценка на въздействие и с мотиви, които ясно и недвусмислено да отговарят на необходимостта от законодателната промяна и ефекта на тази промяна върху обществото и обществените отношения. Считам, че чрез внесения законопроект... се погазват грубо основни принципи на нормотворчеството“²⁷.

Друг способ за злоупотреба с право и заобикаляне на изискуемите процедури за оценка на въздействие и принципите за съгласуваност и публичност е практиката между първо и второ гласуване на един

²⁵ <http://www.zona-news.com/displaynews/122575> (Достъп на 29 април 2019 г., 15.00)

²⁶ <https://www.parliament.bg/bg/bills/ID/156886> (Достъп на 30 април 2019 г., 16.00)

²⁷ <https://www.parliament.bg/bills/44/954-04-42.pdf> (Достъп на 30 април 2019 г., 16.00)

законопроект да се внасят предложения от народни представители, които всъщност представляват изцяло нови правни конструкции и постановки, които въобще не са били предмет на внесенния законопроект, нито са били разисквани при първото четене на законопроект. Така всъщност се постига следния резултат – не се спазват процедурите от ЗНА и ПОДНС за внасяне на законопроект и внесените поправки се приемат реално на едно четене. Практиката на КС допуска такава процедура, „но в съчетание с правилото на парламентарното право, че такива предложения се обсъждат и гласуват на второ четене само ако не противоречат на принципите и обхвата на законопроекта, приет на първо четене. Преценката за наличие или липсата на такова противоречие принадлежи единствено на самото Народно събрание“²⁸.

Пример: Приет е Закон за изменение и допълнение на Закона за корпоративното подоходно облагане от 44-то НС на 7.11.2018 г. Между първо и второ гласуване са внесени от народни представители и приети от НС промени в Закона за митниците, направени с § 50 и § 64. Приетият закон е върнат за ново обсъждане от президента на Република България с Указ №259. В мотивите си президентът акцентира, че с този подход на практика текстовете са приети само на едно гласуване в нарушение на чл. 88, ал. 1, изр. 1 от Конституцията. Освен това изтъква, че с направените промени „за пореден път важни промени се правят на тъмно, без обществено обсъждане, без оценка на въздействието и в нарушение на правилата за дейността на Народното събрание, които самото то е установило“²⁹.

Бих искала да обърна внимание и на несъразмерността на изискванията за създаване на нормативен акт, които се явяват различни в зависимост от това какъв акт в йерархията на нормативните актове се приема. Оказва се, че много по-тежки са последиците при неспазване на нормативното изискване при приемането на подзаконов нормативен акт, отколкото за закон. Вече има трайна практика на Върховния административен съд на Република България (ВАС), според която неспазването на изисквания на чл.26 от ЗНА води до отмяна на приетия подзаконов нормативен акт.

С Решение № 2305 от 2014 г. на ВАС – Осмо отделение е прието, че „не са създадени никакви условия за спазване на принципите за съгласуваност и откритост при изработване на проекта за нормативен акт“, а именно не са спазени изискванията на чл. 26, ал. 2 от ЗНА–

²⁸ Решение № 10 от 2012 г. по к.д. № 15 от 2011 г. (Обн., ДВ, бр. 73 от 25.9.2012 г.).

²⁹ <https://www.president.bg/cat47/1156/President-veto-zakon-korporativno-podohodno-oblagane.html> (Достъп на 1.5.2019 г., 9.00).

преди внасянето на проект на нормативен акт за издаване или приемане от компетентния орган съставителят на проекта да го публикува на интернет страницата на съответната институция заедно с мотивите, като на заинтересованите лица се предоставя срок за предложения и становища по проекта. Според съда това не е формално изискване, а израз на минимална гаранция за спазване на принципите за откритост и съгласуваност, поради което отменя изцяло приетата наредба, издадена от министъра на правосъдието. В подобна посока е и Решение № 11727 от 2014 г. на ВАС – Петчленен състав – I колегия, според което „изброените задължения на съставителя на проекта са императивно предвидени, с оглед гарантиране принципите на обоснованост, стабилност, откритост и съгласуваност. Неизпълнението на което и да е от тях води до процесуално нарушение, опорочаващо акта до степен, налагаща неговата отмяна“³⁰. В същата посока е и Решение № 2261 от 2016 г. на ВАС – Петчленен състав – II колегия³¹.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Посочените по-горе примери идват да покажат, че европейските и българските изисквания при създадените мерки в областта на нормотворчеството могат да се заобикалят и по този начин да се злоупотребява с право. Повтарям наново тезата си, че е необходимо уеднаквяване на режима и процедурите за приемането на закон независимо от това кой е вносителят – МС или народен представител. Освен това необходимо е в НС да се създаде звено от експерти, които да могат да подпомагат дейността на народните представители. Мерки, представляващи европейски и български инструменти за по-добро законотворчество – извършването на оценка на въздействието, консултация с обществеността и със заинтересованите страни и обратна връзка, последваща оценка на действащото законодателство, са напълно постижими за извършването им от българските държавни институции. Така ще се реализират принципите за необходимост, обоснованост, предвидимост, откритост, съгласуваност, субсидиарност, пропорционалност и стабилност, от една страна, и ще доведе до прозрачност и координиране на законодателния процес, яснота и правна сигурност за субектите, към които е насочено новото нормотворчество, от друга.

³⁰ <http://www.sefita.org/page.php?n=225407> (Достъп на 30.4.2019 г., 12.00).

³¹ http://www.aop.bg/fckedit2/user/File/bg/Normativna%20baza/VAS_Tarifa%20obzhalvane.pdf (Достъп на 30.4.2019 г., 12.00).

Ekaterina Mihaylova, PhD
Ekaterina Mihaylova, PhD
Full Time, New Bulgarian University, Sofia
ekmihaylova@nub.bg

LEGAL REQUIREMENTS FOR BULGARIAN STATUTORY INSTRUMENTS ABUSES AND MISUSES OF RIGHT

***Abstract:** The article represents the legal basis of Bulgarian legislation. Within Bulgarian tradition, the basic requirements for the legislation are being laid down in the constitution and further developed in the Statutory Instruments Act (SIA) and the Decree No.883 for its implementation. The Rule of Organization and Procedure of the National Assembly (ROPNA) and the Rules of Procedure of the Council of Ministers (RPCM).*

A completely new chapter dedicated to the drafting of legislation has been established in the 2016 amendment of the Statutory Instruments Act, including prior assessment of impact, public consultation, and compliance with EU legislation and with the case law of ECHR.

The basic principles shall be necessity, reasoning, predictability, consistency, subsidiarity, proportionality and stability. They are in line with the Interinstitutional Agreement between the European Parliament, the Council and the Commission on better law making from 13 April 2016.

The practice of Bulgarian law making however shows many examples for non-compliance with these principles or their formalization. As a result the Report of the Commission to the European Parliament and the European Council on the progress of Bulgaria under the Cooperation and Verification Mechanism and the case law of the Supreme Administrative Court contain lots of criticism to Bulgarian law making.

***Key words:** Legal requirements, prior assessment of impact, public consultations, compliance with EU legislation, case law of ECHR, draft legislation, case law of the Supreme Administrative Court*

Проф. д-р Миомира Костић*
Д-р Јелена Паповић Миладиновић**

МЕХАНИЗМИ ЗАШТИТЕ ПРАВА ЛИЦА ЛИШЕНИХ СЛОБОДЕ НА НАЦИОНАЛНОМ НИВОУ

UDC: 342.72/.73:343/2b-052(497.11)

***Апстракт:** Значај који нормирање и заштита људских права имају у савременом свету огледа се у разним сегментима друштва, те се са правом може сматрати облашћу која се најбрже развија. Управо стални развој ове области омогућио је да пажња буде посвећена и маргинализованим групама становништва, чија се права лакше повређују и која захтевају додатну заштиту. Определили смо се да истражимо област која се тиче заштите људских права лица лишених слободе на територији Републике Србије, као категорије лица која се сматра маргинализованом. Како би се значај гарантованих права што боље сагледао, посматрани су механизми за заштиту гарантованих права. Сагледавани су њихови правни оквири и релевантна пракса, како би се утврдио реални домаћај гарантованих права. Најпре је проучаван основни ниво заштите, онај који је гарантован пред Управом за извршење кривичних санкција, те различити поступци које лица лишена слободе могу користити. Затим је приказан начин заштите права лица лишених слободе пред судијом за извршење кривичних санкција, као новим системом заштите гарантованих права. Приказани су и системи заштите који су гарантовани пред Заштитником грађана и Уставним судом Републике Србије, као посебни облици заштите, ван поступка извршења кривичних санкција. Кроз рад се је проучавана доступност*

* Редовни професор, Правни факултет у Нишу

** Заменица Основног јавног тужиоца у Нишу

и примењивост гарантованих механизма са аспекта лица лишеног слободе, те делотворност гарантованих процедура.

Кључне речи: људска права, лица лишена слободе, заштита права.

1. Заштита људских права по притужби лица лишених слободе пред Управом за извршење кривичних санкција

Примарни облик заштите права лица лишених слободе обавља се пред Управом за извршење кривичних санкција. Због директног контакта Управе и лица лишеног слободе, ово би требало да представља најефикаснији облик правне заштите. Сама Управа би требала да настоји да препозна и отклони недостатке у свом раду а све у циљу што ефикаснијег оставривања своје сврхе, односно законитог извршења кривичних санкција. Пак, ту лежи и највећи проблем овог начина остваривања гарантованих права, јер је онај ко повређује права истовремено задужен и за њихову заштиту¹.

Закон о извршењу кривичних санкција² предвиђа ефикасан механизам заштите права лица лишених слободе који је дефинисан члановима 126 до 128.

Закон најпре дефинише да сви осуђеници могу, ради остварења својих права, упућивати поднеске начелнику установе или лицу које он овласти. У погледу поднеска осуђеника, ЗИКС дефинише обавезу да се он детаљно размотри и да се изјавиоцу достави одговор у року од пет дана. Обавеза достављања писаног одговора установе захтева да се свакој притужби посвети адекватна пажња ради одговарања у разумном року.

Оваквим решењем ствара се правни оквир који установу обавезује на активан рад како би се осуђенику обезбедило остварење права. Посебно је значајна обавеза установе да достави писани одговор осуђенику, што онемогућава површно сагледавање изјављеног поднеска и давање непотпуних информација везаних за остваривање права.

Као посебну врсту поднеска, ЗИКС издваја притужбу коју осуђеник може изјавити управнику завода када је изложен каквим повредама права која су му гарантована или се према њему поступа уз неправилности. Притужба се може упутити у року од три месеца од догађаја на који се осуђеник притужује а изузетно, и у року од шест месеци, уколико постоје објективни разлози који су до одлагања довели.

¹ Конфронтирање између затвореника и формалног система може у значајној мери да погорша положај лица лишеног слободе у у станови, било кроз директно кршење гарантованих права или кроз отежавања поступка за њихово остваривање.

² Сл. Гласник 55/2014 и 35/2019, у даљем тексту ЗИКС.

Законодавац препознаје да осуђеници најчешће не поседују довољна знања о правном комуницирању и писању поднесака, те обавезује установу да поступа и по неразумљивим поднесцима, односно да се осуђеник поучи да је притужба неразумљива и да је у року (од 48 сати) уреди.

Закон дефинише општи рок од 15 дана за одлучивање по притужбама осуђеника, без обзира на разлоге за њихово изјављивање. Налазимо да овакво решење може бити унапређено тако што би законодавац препознао права чија повреда захтева да се заштите у хитном року, како би се штетне последице њихове повреде свеле на минимум. То је делом остварено код пријаве телесних повреда, када законодавац предвиђа обавезу да се осуђеник прегледа. Налазимо да се ово решење може унапредити обавезом хитнијег одлучивања.

Управник о изјављеној притужби одлучује решењем, којим може одбити притужбу као неосновану, или је усвојити и наложити отклањање неправилности или забрану њиховог понављања. Уколико процесни разлози не дозвољавају да се о притужби одлучује, иста ће бити одбачена решењем.

Одлуке управника установе нису коначне и против њих се осуђеник може жалити директору Управе за извршење кривичних санкција, у случају када је одлуком незадовољан или када она није ни донета у законском року (због ћутања управе). Рок за одлучивање по жалби је 30 дана и иста може бити усвојена, када се решење укида или преиначује, односно одбијена, када се првостепено решење потврђује. Из процесних разлога жалба се одбацује.

Законодавац предвиђа и могућност непосредног обраћања притужбем директору Управе за извршење кривичних санкција³. Осуђеник то може чинити кад су његова права повређена поступањем управника установе у којој издржава казну. Одлуке које доноси директор, аналогне су онима које доноси управник.

Не постоји тело или функција у склопу Управе за извршење кривичних санкција која је надлежна за контролу одлука директора Управе за извршење кривичних санкција, којима би се осуђеник могао обратити уколико је незадовољан његовим одлукама, чиме је његово одлучивање, у управно-правном смислу коначно. Како би се ово решење унапредили, потребно је омогућити жалбу министру надлежном за

³ Поред облика заштите пред Управом за извршење кривичних санкција могућа је и управно-судска заштита права пред Управним судом, која је регулисана Законом о управном спору. Овај облик заштите је стидијаран и огледа се у отклањању пропуста који су настали услед непоштовања одредби ЗИКС-а или Закона о општем управном поступку.

послове правосуђа, имајући у виду да Управа функционише у склопу овог министарства⁴.

Ради бољег сагледавања коришћења овог облика правне заштите у наставку ће бити приказани статистички подаци о броју изјављених притужби и њиховој успешности за период од 2007. до 2014. године⁵.

Прикупљени подаци су указали да се изузетно мали број осуђених лица користи правом а изјављивање притужбе, од 2,02 до 6,40%. Посматрано по годинама, током 2007. године притужбе је изјавило 2,36% лица, што је и најмањи број у посматраном периоду, наредне године 2,74% лица изјавило је притужбу, 2009. године то је учинило 2,54% лица, 2010. године то је учинило 2,02% лица. Број лица од 2011. године значајно расте и те године је притужбу изјавило 6,40% осуђеника, наредне године то је учинило 5,10% лица и 2014. године 4,58% лица.⁶

Горе наведени подаци указују да је правом на изјављивање притужбе пред управом користи занемарљиво мали број осуђеника, који не прелази 10% осуђеничке популације. Имајући у виду да услови у установама за извршење кривичних санкција, нису такви да се може очекивати да је њима задовољно преко 90% осуђеничке популације, налазимо да се као евентуални узрок за мали број притужби може сматрати недовољна информисаност о гарантованом праву. Стога налазимо да истицање релевантних законских одредби у просторијама установе, није довољно за адекватно информисање осуђеника о гарантованим правима.

Очекивано, мали број осуђеника користи се и правом на изјавивање правног лека у поступку заштите својих права. У посматраном периоду тај број се креће од 22,36% током 2007. године до 51,48% током 2010. године. Године 2008. то је учинило 30,58% осуђеника, 2009. године-36,52%, 2011. године то је учинило 28,67% осуђеника, 2012. године-31,044% осуђеника и 2013. године-36,63%⁷.

⁴ Иако није наведено у ЗИКС-у, такво решење познаје Закон о општем управном поступку (члана 12), те се према аналогiji може применити и у конкретном случају, мада би боље решење било да је то предвиђено и у основном закону.

⁵ Подаци су добијени од Управе за извршење кривичних санкција, објављени су у докторској дисертацији „Заштита права лица лишених слободe у пенитенцијарним установама у Републици Србији“, коју је Јелена Паповић Миладиновић одбранила 31.10.2017. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

⁶ Проценти су рачунати од укупног броја осуђених лица која су у овом периоду боравила у установама за извршење кривичних санкција, а било их је 2007. године-13668, 2008. године-14214, 2009. године-15214, 2010. године-15123, 2011. године-15092, 2012. године- 15092 и 2013. године-14262 лица.

⁷ Процент жалби које су изјављене упоређиван је са бројем одбијених притужби, на који начин је добијен предтсвљени проценат, уз напомену 2007. годину и 2010. годину нису постајали подаци о броју одбијених притужби те је број представљен у односу на

2. Заштита људских права по притужби лица лишених слободе пред судијом за извршење кривичних санкција

Новим ЗИКС-ом у наш систем уведен је судија за извршење кривичних санкција (у даљем тексту судија за извршење), као независни бранилац осуђеника. Законска новела је значајна јер се тиме уводи облик заштите права лица лишених слободе који је поверен судској власти.

Ово законско решење је од изузетне важности јер омогућава да суд настави своју надлежност над осуђеницима и након доношења правоснажне пресуде. Поред тога, успостављање посебног стручњака за област извршења кривичних санкција који ће у потпуности бити посвећен овој проблематици гарантује веће уважавање права осуђеника и боље поштовање процедуре од стране затворског система.

ЗИКС конкретизује овлашћења судије за извршење и прецизно одређује његову стварну надлежност, те је он надлежан да одлучује по притужби притвореника и захтеву за судску заштиту осуђеника као и да одлучује о жалби против одлуке управника или директора Управе у случајевима предвиђеним ЗИКС-ом.

Месно надлежан је суд у месту где се налази установа у којој је лице лишено слободе смештено. Поступак је организован као класичан двостраначки поступак, који се по правилу покреће на захтев странке, а изузетно - по службеној дужности. У поступку учествују осуђеник или притвореник, са једне и завод, са друге стране, у појединим случајевима, у поступку може учествовати и јавни тужилац, када је Закоником о кривичном поступку то предвиђено. Предвиђен је и другостепени поступак, по жалби осуђеника или установе.

Поступак се води по правилима која су предвиђена ЗИКС-ом и Закоником о кривичном поступку. Може се поделити на поступак по захтеву осуђеника или притвореника за пружање судске заштите, поступак по поднетој притужби и поступак по изјављеној жалби на одлуке управника и директора Управе. Током поступка, судија за извршење прикупља релевантне доказе за одлучивање о захтеву, и у ту сврху може одржати рочиште, а може салсушавати и сведоке.

Поступак заштите права притвореника, примарно се остварује пред судијом за извршење, којем се притужба може упутити писаним путем, или усмено, код обиласка притвореника. Са друге стране, осуђеници заштиту пред судијом за извршење остварују супстидијарно, након

поступка заштите пред Управом за извршење кривичних санкција⁸.

Изузетно, осуђени може поднети захтев за судску заштиту директно судији за извршење, у случају када су му право на живот или телесни интегритет озбиљно угрожени.

Одлука судије за извршење доноси се у форми решења. Ако судија за извршење утврди да је притужба притвореника, односно захтев за судску заштиту осуђеника основан, решењем ће наложити заводу да у одређеном року отклони утврђену незаконитост и да га обавести о мерама предузетим у циљу њеног отклањања. Уколико отклањање незаконитости није могуће, судија за извршење ће решењем утврдити незаконитост и забранити њено даље понављање. Захтев може бити одбијен као неоснован или одбачен из процесних разлога.

Као посебан поступак предвиђен је поступак по жалби на одлуке управника или директора Управе. Жалба се може поднети у року од три дана од дана достављања одлуке и у том случају одлаже извршење донете одлуке. У више чланова, ЗИКС дефинише право на изјављивање жалбе судији за извршење. Тако је ово право дефинисано чланом 49 ЗИКС-а, када се одлучује о промени места извршења казне, чланом 52 ЗИКС-а, када се одлучује о накнадном разврставању осуђеника, чланом 130 ЗИКС-а, када се одлучује о накнадном премештају осуђеника и чланом 132 ЗИКС-а, приликом одлучивања о прекиду извршења казне затвора. Одлуке установе које се односе на одређивање мера усамљења и смештај под појачани надзор подлежу контроли по жалби судији за извршење и приликом одређивања мера и каснијег продужења њиховог трајања. Такође, када се одлучује о дисциплинским преступима, према одредбама члана 174 ЗИКС-а, осуђени има право жалбе судији за извршење.

Жалба мора да садржи податак о одлуци против које се подноси, разлог због кога се жалба изјављује и потпис лица које изјављује жалбу. Осуђени жалбу подноси преко завода, првостепеном органу, који је дужан да жалбу са списима предмета одмах достави судији за извршење. Судија за извршење може усвојити изјављену жалбу и укинути првостепену одлуку а предмет вратити на поновно одлучивање, а када му чињенично стање то дозвољава првостепену одлуку може и преиначити. Такође, судија за извршење је овлашћен и да изјављену жалбу одбије као неосновану или одбачити из процедуралних разлога.

Жалба је допуштена и против одлука које доноси судија за извршење.

⁸ ЗИКС захтева претходно постојање одлуке директора Управе односно управника као услов за покретање поступка судске заштите. На овај начин осуђеник је онемогућен да захтева заштиту својих права пред судом у случајевима „ћутања управе“, што ствара ситуацију да игнорисање притужби од стране Управе оставља осуђеника без судске заштите.

Жалба се подноси Кривичном ванрасправном већу Вишег суда, преко судије за извршење који је донео првостепену одлуку, у року од 3 дана од дана пријема првостепене одлуке. Веће о жалби треба да одлучи у року од 8 дана од дана пријема жалбе.

Ова новела ЗИКС-а у многоме је унапредила систем извршења кривичних санкција у Републици Србији. Као позитивно, најпре треба истаћи то што се на овај начин продужавасудска надлежност на фазу након доношења правоснажне пресуде. Суд остаје у вези са осуђеником и након окончања поступка, што му омогућује да прати ефекте изречене казне. Такође, омогућена је и независна, директна контрола рада установе у којој су смештени осуђеници.

3. Заштита права по притужби лица лишеног слободе пред Заштитником грађана

Заштитник грађана је независан државни орган који је задужен за заштиту права грађана и контролу рада органа државне управе⁹. Између осталих надлежности, Заштитник грађана је овлашћен и да штити права лица лишених слободе. Ради остварења овог свог овлашћења у члану 22 Закона о заштитнику грађана прописано је да он има право да несметано посећује заводе за извршење санкција и друга места на којима се налазе лица која су лишена слободе, као и право да са тим лицима разговара насамо.

Лица лишена слободе могу према члану 25 Закона о заштитнику грађана поднети притужбу ако сматрају да су им актом, радњом или нечињењем органа управе повређена права.

Поступак заштите права пред лица лишеног слободе пред заштитником грађана је супсидијарног карактера, те га лица лишена слободе могу користити након окончања поступка пред Управом за извршење кривичних санкција. Заштитник грађана ће у супротном упутити подносиоца притужбе на покретање поступка пред Управом за извршење кривичних санкција или другим органом, и неће покретати поступак док не буду исцрпљена сва правна средства.

Од овог општег правила законодавац предвиђа изузетак, односно могућност директног обраћања Заштитнику грађана. Изузетно, Заштитник грађана може покренути поступак и пре него што су исцрпљена сва правна средства. То је могуће у случају када би подносиоцу притужбе била нанета ненадокнадива штета или ако се притужба односи на повреду

⁹ Његова надлежност регулисана је Законом о заштитнику грађана, „Сл. гласник РС 79/2005 и 54/2007“.

принципа добре управе, посебно некоректан однос органа управе према подносиоцу притужбе, неблаговремен рад или друга кршења правила етичког понашања запослених у органима управе¹⁰.

Лице лишено слободе или чланови његове породице, уколико подносе притужбу у његово име, морају је потписати. По анонимним притужбама Заштитник грађана, по правилу, не поступа, сем ако сматра да у анонимној притужби има основа за његово поступање. Тада може покренути поступак по сопственој иницијативи. Ово ће чинити у случајевима када из притужбе произилазе докази да је орган управе својим радњама и поступцима повредио неко од гарантованих права¹¹.

Заштита права пред Заштитником грађана је бесплатна (члана 26 Закона о заштитнику грађана). Поступак се може покренути најкасније у року од једне године од извршене повреде права грађана, односно од последњег поступања или непоступања органа управе у вези са учињеном повредом права грађана.

Једно од значајних решења је могућност да се подносиоцу притужбе пружи стручна помоћ приликом сачињавања притужбе. Ова могућност предвиђана је члана 27 Закона о заштитнику грађана, и остварује се на захтев странке. Наиме, притужба треба да садржи назив органа на чији се рад односи, опис повреде права, чињенице и доказе који поткрепљују притужбу, податке о томе која су правна средства искоришћена и податке о подносиоцу притужбе, а уколико није прописно сачињена, о њој се неће одлучивати. Имајући у виду неукост странака, могућност стручне помоћи им је свакако добродошла.

Све установе су у обавези да на видан и јаван начин обезбеде одговарајуће коверте, у којима би лица лишена слободе могла да доставе запечаћену притужбу Заштитнику грађана.

Након што одлучи да покрене поступак (члан 29 Закона о заштитнику грађана), Заштитник грађана о томе ће обавестити подносиоца притужбе и орган против којег је притужба поднета. За овим је орган на који се односи притужба у обавези да Заштитнику грађана достави сва потребна документа и обавештења, како би одлучио о изјављеној притужби. Значајно је указати на то да Заштитник грађана може захтевати информације од органа управе, а да притом не открије идентитет подносиоца притужбе. Оваква одредба омогућава да се питања која се односе на прекршаје Управе за извршење кривичних санкција, а погађају све осуђенике, испитају без стигматизације подносиоца притужбе и евентуалних штетних последица по њега.

¹⁰ Члан 25 став 4 Закона о заштитнику грађана.

¹¹ Члан 25 став 7 Закона о заштитнику грађана.

Управа за извршење кривичних санкција, односно установа у којој је лице лишено слободе смештено, након што од Заштитника грађана добије обавештење о изјављеној притужби, има могућност да исправи своје пропусте, што се може сматрати својеврсним притиском на органе управе. Уколико то учини, обавештење ће се доставити подносиоцу притужбе, како би се изјаснио да ли је задовољан поступком органа управе. У случајевима када је подносилац притужбе задовољан отклањањем неправилности од стране органа, даљи поступак ће бити обустављен, док ће се, у супротном, са истим наставити (члан 30 Закона о заштитнику грађана).

Заштитник грађана одлучује о изјављеној притужби након што оконча поступак утврђивања чињеничног стања. Уколико нађе да је притужба основана, односно након спроведеног поступка уочи пропусте у раду управе, обавестиће орган управе о томе, и донеће препоруку за отклањање уочених неправилности. Орган управе је дужан да поступи по препоруци и у року од 15 до 60 дана отклони уочене неправилности. Изузетно, то се може захтевати у краћем року, ако постоји опасност да ће због неотклањања недостатака, права подносиоца притужбе бити трајно и у значајном обиму оштећена. После тога, орган управе је дужан да обавести Заштитника грађана о томе да ли је поступио по препоруци и отклонио недостатке, односно да га обавести о разлозима због којих није поступио по препоруци (члан 31 Закона о заштитнику грађана).

Одлука коју Заштитник грађана доноси је у форми препоруке и саветодавног је карактера. Иако формално одлука није обавезујућа, Заштитник грађана својим ауторитетом делује на орган управе, који би по донетој препоруци требало да поступи. Ако орган управе не поступи по препоруци, Заштитник грађана може о томе да обавести јавност, Скупштину и Владу, а може и да препоручи утврђивање одговорности функционера који руководи органом управе. Основни механизам путем којег Заштитник грађана утиче на органе управе да постују његове препоруке је притисак јавности која је обавештена о пропустима у раду управе. Значајно је и то што Заштитник грађана може захтевати да се утврди одговорност руководиоца органа управе, чиме се он санкционише за очигледно несавесно обављање своје функције.

По правилу, Заштитник грађана самостално учествује у поступку заштите права грађана. Како би се права лица лишених слободе што ефикасније заштитила, Заштитник грађана сарађује са надлежним државним институцијама и невладиним организацијама које се баве слободама и правима грађана, пре свега правима лица лишених слободе. Такође, има сарадњу и са одговарајућим међународним телима, као

што су Комитет за спречавање тортуре и Поткомитет за спречавање тортуре УН-а и Европски комитет за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања¹². Проучавана је пракса Заштитника грађана у претходном периоду на основу чега је утврђено да су се лица лишена слободе њему обраћала током периода од 2009 до 2013. године укупно 1313 пута. По годинам, то су чинили 2009. године 83, 2010. године 189, 2011. године 357, 2012. године 394 и 2013. године 290 лица лишених слободе. У мањем броју случајева, укупно 61, Заштитник грађана је покренуо поступак по службеној дужности. Изјављене притужбе су у највећем броју случајева биле одбачене из процесних разлога, јер нису спроведени поступци пред управом. Поступак је окончан издавањем препоруке током 2009. године у 4 случаја и 4,8%, током 2010. године у 15 случајева или 6,35%, током 2011. године у 30 случајева или 8,4%. За 2012. годину приказани су збирни подаци препорука које су издате од стране Заштитника грађана по изјављеним притужбама и од стране НПТ-а, и те године било их је 210. наредне, 2013. године издато је 7 препорука по притужбама лица лишених слободе или 3.79% и 210 препорука у оквиру НПТ-а.

Приказани подаци показују да је улога Заштитника грађана све значајнија у погледу заштите права лица лишених слободе, али да они нису у довољној мери информисани о поступку остварења својих права, јер из процесних разлога не могу адекватно да их штите на овај начин. Поред чињенице да им закон омогућава да добију бесплатну стручну помоћ приликом обраћања овом органу, неопходно је предузети додатна залагања на њиховом информисању.

¹² Република Србија је 28. јула 2011. године, сходно Опционом протоколу уз Конвенцију против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака, одредила Национални механизам за превенцију тортуре (НПМ-а). Законом о ратификацији Опционог протокола, одређено је да Заштитник грађана обавља послове Националног механизма за превенцију тортуре, као и да у обављању тих послова сарађује са омбудсманима аутономних покрајина и удружењима чијим је статутом предвиђени циљ - унапређење и заштита људских права и слобода. Практика овог тела у многоме је унапредила положај лица лишених слободе. Законом о ратификацији Опционог протокола, одређено је да Заштитник грађана обавља послове одређене протокол), одредила Национални механизам за превенцију тортуре (НПМ-а). Законом о ратификацији Опционог протокола, одређено је да Заштитник грађана обавља послове Националног механизма за превенцију тортуре, као и да у обављању тих послова сарађује са омбудсманима аутономних покрајина и удружењима чијим је статутом предвиђени циљ - унапређење и заштита људских права и слобода.

4. Заштита права по уставној жалби лица лишених слободе пред Уставним судом Републике Србије

Последњи облик заштите права лица лишених слободе у домаћем правном систему је заштита пред Уставним судом. Уставно-судска заштита остварује се у поступку по уставној жалби који је регулисан Уставом Републике Србије (у даљем тексту Уставом РС), Законом о Уставном суду¹³ и Пословником о раду Уставног суда.¹⁴ Пред Уставним судом, лица лишена слободе штите права која су им гарантована Уставом РС, а која су повређена актом или радњама државних органа или организацијама којима је поверено вршење јавних овлашћења.

Уставна жалба мора бити потписана, а суд ће поднесак који је анониман одбацити, сагласно одредбама члана 36 Закона о Уставном суду.

Овај облик правне заштите такође је супстидијарног карактера и може се остварити након што се исцрпе сва остала правна средства (члан 82 Закона о Уставном суду). Лице лишено слободе уставну жалбу не мора изјављивати лично, већ то може у његово име учинити друго физичко лице, односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода, на основу посебног писаног обавештења. Имајући у виду да Уставни суд не поступа по поднесцима неадекватне садржине, ова могућност је корисна за лице лишено слободе, које може овластити пуномоћника за заступање у овом поступку.

Право на подношење уставне жалбе везано је роком, те се она може изјавити у року од 30 дана од дана достављања појединачног акта, односно од дана предузимања радње којом се повређује или ускраћује људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом РС. Објективни рок за коришћење овим правом је три месеца (члан 84 Закона о Уставном суду) и након његовог истека странка трајно губи могућност да се обрати Уставном суду.

Овако дефинисан рок може ускратити могућност да се лице лишено слободе на време обрати Уставном суду. Конкретни проблеми у остваривању овог права могу се огледати у недостатку стручне помоћи, недовољно честим посетама чланова породице или посета суија за извршење кривичних санкција који би осуђеника информисали о

¹³ Закон о Уставном суду, Службени гласник РС, бр. 109/2007, 99/2011, 18/13-Одлука УС, 40/15 и 103/15.

¹⁴ Пословник о раду Уставног суда, Службени гласник РС, број 103/13.

његовим правима. Из ових разлога би било исправно издвојити поступак лица лишених слободе по уставној жалби као особен облик поступка пред Уставним судом.

Одредбе о уставној жалби дефинисане су у члану 85 Закона о Уставном суду. Према њему, уставна жалба мора да садржи личне податке подносиоца, пуномоћника и податке о доносиоцу акта и акту против којег се жалба изјављује. Поред података о идентитету, уставна жалба мора садржати и назнаку људског или мањинског права или слободе зајемчене Уставом за које се тврди да су повређени, са ознаком одредбе Устава РС којом се то право, односно слобода јемчи. Треба, затим, да садржи разлоге жалбе и наводе у чему се састоји повреда или ускраћивање, као и опредељен захтев о коме Уставни суд треба да одлучи. Овако дефинисанана садржина уставне жалбе може представљати непознаницу за правног лаика, као и за лице лишено слободе. Уколико оно нема пуномоћника из редова адвоката, мало је вероватно да ће по својој садржини уставна жалба бити подобна за одлучивање.

У уставној жалби лице лишено слободе може захтевати надокнаду материјалне и нематеријалне штете која је повредом права настала. Овај захтев мора бити истакнут у самој жалби, након чега се губи право на његово подношење. У осталим поступцима заштите права лица лишеног слободе могуће је само утврђивање неправилности, те је ово једини поступак који омогућава истовремено утврђивање повреде и надокнаду штете.

Поступак пред Уставним судом по изјављеној уставној жалби нема суспензивно дејство. Изузетно, сагласно одредбама члана 86 Закона о Уставном суду, може бити донета одлука да се одложи извршење појединачног акта или радње, уколико би извршење проузроковало ненадокнадиву штету подносиоцу, а одлагање није супротно јавном интересу. Специфичност положаја лица лишеног слободе свакако захтева да се његов положај и могућност наступања ненадокнадиве штете посматра са повећаном пажњом.

Пословником о раду Уставног суда, чланом 76, дефинисано је да се уставна жалба може, по одлуци судије известиоца, доставити органу против чијег акта или радње је изјављена, ради његовог изјашњења. Тада је орган у могућности да се у примереном року изјасни о жалби и достави релевантне доказе.

Од великог је значаја могућност да уставна жалба, као појединачни акт, има проширено дејство. Чланом 87 Закона о Уставном суду прописано је да се, у случајевима када је већем броју лица појединачним актом или радњом повређено или ускраћено Уставом зајемчено људско или

мањинско право или слобода, а само неки од њих су поднели уставну жалбу, одлука Уставног суда односи и на друге који се налазе у истој правној ситуацији. Овакво решење је корисно за лица лишена слободе, јер повреда права која се односи на услове у установи за извршење кривичних санкција погађа сва лица која су у њој смештена. Остварена заштита по уставној жалби, тако, делује на све који су у тој установи смештени.

Поступак по уставној жалби може бити обустављен, сагласно одредбама члана 88 Закона о Уставном суду. Разлог за то је одустанак од изјављене жалбе, али и поступање органа који је донео оспорени акт, односно када се тај акт поништи, укине или измени у складу са захтевом из уставне жалбе или ако је престала радња која је проузроковала повреду или ускраћивање зајемченог права и слобода, уз сагласност подносиоца уставне жалбе.

Приликом одлучивања о уставној жалби¹⁵, Уставни суд је може одлуком усвојити или одбити као неосновану (члан 89 Закона о Уставном суду). Када Уставни суд утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом РС, односно да постоје разлози за усвајање уставне жалбе, може, најпре, поништити појединачни акт. Такође, може забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивања зајемчених права и слобода и одредити начин правичног задовољења подносиоца. Овако широка овлашћења Уставног суда пружају му могућност да изнађе начин на који ће се најбоље заштитити повређена права и слободе, односно пружити адекватна сатисфакција подносиоцу жалбе.

Уколико Уставни суд нађе да је жалба основана, одлучиваће и о захтеву за надокнаду материјалне и нематеријалне штете, када је такав захтев изјављен. Уставни суд ће у одлуци одредити орган који је обавезан да исплати накнаду материјалне или нематеријалне штете. Рок у којем се досуђени износ штете може исплатити је четири месеца од дана достављања одлуке том органу. Поступак за принудно извршење накнаде материјалне, односно нематеријалне штете, може почети тек по истеку овог рока.

¹⁵ Пословником о раду Уставног суда, регулисан је начин поступања по изјављеној уставној жалби. Предлог одлуке о уставној жалби припрема се на надлежном одбору (чланови 76 и 77), пред којим судија извештач износи стање ствари утврђено у прелиминарном испитивању уставне жалбе и све прикупљене доказе. Када одбор утврди да је стање ствари по конкретној уставној жалби потпуно испитано, Уставни суд на седници Малог већа, које сачињавају тројица судија, одлучује о основаности жалбе.

Заштита права лица лишених слободе пред Уставним судом је од изузетне важности, имајући у виду да је Уставни суд браник уставности. Путем ове заштите образују се стандарди у поштовању права лица лишених слободе која су зајемчена Уставом РС. Активност Уставног суда доприноси очувању и унапређењу заштите људских права лица лишених слободе. У досадашњем раду, Уставни судје донео више одлука које се односе на права лица лишених слободе.¹⁶

х

У досадашњем тексту су наведени сви облици правне заштите лица лишених слободе у Републици Србији, а који се остварују по притужбама. Иако о њима није било речи, постоји и значајни број превентивних механизма правне заштите гарантованих права лицима лишених слободе. Оваква регулатива указује на вољу законодавца да детаљано нормира могућност за правну заштиту гарантованих права овој угроженој категорији становништва. Међутим, и поред овакве тенденције законодавца, статистички подаци који су претентовани указују да се мали број лица лишених слободе користи гарантованим облицима правне заштите. Како није вероватно да је узрок томе иделана слика у српским затворима, налазимо да је неопходно у већој мери информисати затвореничку популацију о гарантованим правима и могућностима њихове заштите.

¹⁶ Детаљније о пракси Уставног суда видети на: Уставни суд Републике Србије, <http://www.ustavni.sud.rs/>, приступљено 20.04.2015. године.

*Dr Miomira Kostić,
Full professor, Faculty of Law University in Niš
Dr Jelena Papović Miladinović,
Deputy Public Prosecutor, Basic Public Prosecutor's Office Niš
jpapovic@gmail.com kostic_miomira@yahoo.com*

MECHANISMS OF THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF PERSONS DEPRIVED OF THEIR LIBERTY WITHIN NATIONAL LEVEL

***Abstract:** The importance that norms and human rights protection have in the modern world is reflected in various segments of society, and can rightly be considered as the fastest developing area. The development of this area has enabled attention to be given also to marginalized groups of the population, whose rights are more easily violated and which require additional protection. We have decided to explore the field of human rights protection of persons deprived of liberty in the territory of the Republic of Serbia as a category of persons considered marginalized. In order to better understand the significance of guaranteed rights, mechanisms for the protection of guaranteed rights are observed. Their legal frameworks and relevant practice were examined in order to determine the real scope of the guaranteed rights. First, the basic level of protection was studied, which was guaranteed before the Directorate for the Execution of Criminal Sanctions, and the different procedures that persons deprived of liberty could use. Then, the way of protecting the rights of persons deprived of liberty before a judge for the enforcement of criminal sanctions is presented, as a new system of protection of guaranteed rights. The protection systems that are guaranteed by the Protector of Citizens and the Constitutional Court of the Republic of Serbia are presented as special forms of protection outside the procedure for the enforcement of criminal sanctions. Through the work, the availability and applicability of guaranteed mechanisms from the aspect of the person deprived of liberty and the effectiveness of the procedures were studied.*

***Key words:** human rights, persons deprived of their liberty, protection of rights.*

Проф. д-р Дејан Мицковиќ*

ДОГОВОРОТ ЗА ДОЖИВОТНА ИЗДРШКА – ПОТРЕБА ЗА ИЗДРЖУВАЊЕ НА СТАРИ ЛИЦА ИЛИ ЗЛОУПОТРЕБА НА ПРАВОТО

UDK:347.68:364.658-053.9(497.7)

Original research paper

Апстракт: Во овој текст авторот прави анализа на еден од најчесто користените договори во праксата во Македонија, а тоа е договорот за доживотна издршка. Авторот дава преглед на поимот, предметот, субјектите, формата и правното дејство на договорот за доживотна издршка. Тој укажува на фактот дека договорот за доживотна издршка во праксата се применува почесто отколку тестаментот, како и дека најчести спорови од областа на наследувањето се поврзани токму со договорот за доживотна издршка. Според авторот, истражувањата покажуваат дека многу често договорот за доживотна издршка се злоупотребува за изигрување на правото на нужните наследници, поради што се наметнува потребата од неговото преиспитување, како на теоретски, така и на законодавен план. Се поставува прашањето дали е етички, морално и правно издржано договор за доживотна издршка да склучуваат лица помеѓу кои постои законска обврска за издржување предвидена во Законот за семејството, а тоа се брачните партнери и родителите и децата, кои најчесто се јавуваат како договорни страни кај договорот за доживотна издршка. По анализата на примената на договорот за доживотна издршка во праксата, како и анализа на случаите на злоупотреба на договорот за доживотна издршка авторот дава предлози во насока на измени и дополнувања на Законот за наследувањето со кои ќе се спрешат понатамошните злоупотреби при склучувањето на договорот за доживотна издршка. Авторот предлага промена кај правото на нужен дел и воведување на субјективни критериуми за наследниците и во првиот нужен законски наследен

* Редовен професор, Правен факултет „Јустинијан Први, Универзитет „Свети Кирил и Методиј“ Скопје

дел, како и забрана за склучување на договорот за доживотна издршка помеѓу брачните партнери. Со ова авторот смета дека ќе се зголеми слободата за располагање со имотот и ќе се спречат злоупотребите кои се денес чести кај договорот за доживотна издршка, а истовремено ќе се заштитат имотните права и интереси на лицата на кои им е потребно да добијат нужен дел од оставината на оставителот.

Вовед

Договорот за доживотна издршка, кој во нашето законодавство постои речиси шеесет и пет години, е еден од најспорните договори воопшто, за што најдобро говори и огромниот број судски постапки кои се однесуваат за овој договор.¹ Не постои ниту еден друг институт од наследното право кој предизвикува толку контраверзи во теоријата и во праксата, и тоа не само во Македонија, туку и во другите држави кои го регулираат овој договор во нивните законодавства. Во теоријата договорот за доживотна издршка се дефинира „како договор со кој едната договорна страна – давател на издршката се обврзува другата договорна страна – примател на издршката или некое трето лице доживотно да го издржува или на друг начин да го згрижи, а примателот на издршката, како друга договорна страна, се обврзува како надомест на давателот на издршката да му пренесе во сопственост одредени ствари или некое друго субјективно имотно право, а преносот е одложен до моментот на смртта на примателот.“² Овој договор има „голема практична важност во правниот живот на лицата кои врз основа на него стекнуваат такви животни погодности, кои не се во можност сами себе да си ги пружат или обезбедат. Суштината на овој договор е во обврската на давателот на издршката да ги задоволува животните потреби на примателот на издршката, и во правото на давателот на издршката за возврат да прими надомест во вид на стекнување на сопственост на ствари или пренесување на одредено право после смртта на примателот на издршката.“³

Но праксата покажа дека во голем број случаи договорот за

¹ Види Дејан Мицковиќ, Англе Ристов, *Закон за наследувањето*, Стоби Трејд, Скопје, 2015; Љиљана Спиrowиќ-Трпеновска, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Блесок, Скопје, 2010, Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право во Република Македонија*, Стоби Трејд, 2016. Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследно право*, Блесок, Скопје, 2014.

² Jelena Vidić, “Ugovor od doživotnom izdržavanju u sudskoj praksi” *Pravni život*, br. 10/2003, стр. 182.

³ Dragan Šiljkut, судија, Osnovni sud II Sarajevo, „Postupak overe ugovora o doživotnom izdržavanju i poslovna spsobnost ugovarača” *Pravni život*, 1/90, стр. 123.

доживотна издршка се склучува со други цели и за остварување на други интереси, а не за обезбедување на издршка и за задоволување на животните потреби на стари и изнемоштени лица. Во оваа смисла, проф. Миле Хаџи Василев Вардарски, во еден текст објавен во далечната 1982 година наведува дека: „Во не мал број случаи овие договори се склучуваат со цел законските наследници (сите или некои од нив), кои спрема оставителот морално згрешиле, но не толку колку што е потребно за нивното законско исклучување од наследство, на ваков начин да бидат исклучени од наследство. Покрај ова, мошне чест мотив за склучување на договорот за доживотна издршка е желбата да се располага со својот имот во случај на смрт, без какво и да било ограничување.“⁴ Според тоа, во голем број случаи договорот за доживотна издршка се склучува за да се заобиколи правото на нужен дел на нужните законски наследници, а не да се даде реална издршка на стари лица кои имаат потреба од тоа. Согласно законските одредби давателот на издршката, по смртта на примателот на издршката, не одговара за неговите долгови, освен ако не е поинаку договорено.⁵ Во оваа смисла е и судската пракса. Во една одлука на Окружниот суд во Скопје се истакнува дека: „Давателот на издршката не е наследник, туку странка во договорот за доживотна издршка. Според тоа, давателот на издршката не одговара за долговите на примателот на издршката, освен ако таквата одговорност не е предвидена со самиот договор.“⁶ Токму поради оваа негова карактеристика, која овозможува „на елегантен начин да се заобиколи правото на нужен дел“, во праксата во Македонија договорот за доживотна издршка се користи почесто отколку тестаментот, каде тестаменталната слобода на завештателот е ограничена со правото на наследниците да го добијат својот нужен законски наследен дел. Ова се случува и покрај фактот дека во Македонија, за разлика од Србија, не постои експлицитна законска одредба според која имотот опфатен со договорот за доживотна издршка не влегува во оставината на примателот на издршката и не може да се користи за намирување на нужниот дел на нужните законски наследници.⁷

Освен мотивот да се заобиколи правото на нужен дел, втората

⁴ Миле Хаџи Василев Вардарски, „Уште еднаш за договорот за доживотна издршка меѓу брачните другари“, *Годишник на Правниот факултет во Скопје*, Скопје, 1982, стр. 221.

⁵ Член 1032 од Законот за облигационите односи.

⁶ Одлука на Окружниот суд во Скопје, Гж. 5000/88

⁷ Во Србија, во член 195 став 2 од Законот за наследување постои експлицитна законска одредба дека имотот опфатен со договорот за доживотна издршка не влегува во оставината на примателот на издршката. Види кај Jelena Arsić, Bojan Stanivuk, Raskid ugovora o doživotnom izdržavanju i prava naslednika: u raskoraku između zakona i prakse, *Pravni Zapisi, god X, br. 1, 2019*, стр. 142.

спорна карактеристика на договорот за доживотна издршка е што тој може да се склучува (во праксата тоа е најчеста ситуација) и помеѓу лица за кои, според нашето семејно законодавство, е предвидена законска обврска за издршка, како што се брачните партнери или родителите и децата. Во оваа смисла и проф. Видиќ наведува дека „кога договорот за доживотна издршка го склучуваат роднини помеѓу кои постои законска обврска за издржување, науката со право си го поставува прашањето за односот помеѓу законското и доживотното уживање, поаѓајќи од претпоставката за законската обврска за издржување. Со оглед дека овој договор во висок процент (61,33%) го склучува родителот со своето дете како давател на издршката, дали договорот за доживотна издршка во овие случаи е користен како начин да се заобиколат одредени потомци и тие да не станат наследници?“⁸ Според тоа, можеме да заклучиме дека склучувањето на фиктивен договор за доживотна издршка, кој нема за цел да се обезбедат стари и изнемоштени лица, туку да се заобиколи правото на нужен дел, како и склучувањето на договор за доживотна издршка помеѓу лица за кои постои законска обврска за издршка (со договорот само се „дуплира“ она што е предвидено во семејното законодавство) се најсериозните забелешки кои во теоријата се упатуваат на овој договор.

Карактеристики на договорот за доживотна издршка

На нашите простори првите писмени договори за наследување се појавиле во XIV век, кога српските средновековни земјопоседници ги дарувале манастирите со недвижности и со пари, а за возврат добивале доживотно издржување за себе или и за трети лица.⁹ Во поранешна Југославија договорот доживотна издршка е воведен уште со Законот за наследување од 1955 година, во кој беше предвидено дека „договор со кој една од договорните страни се обврзува доживотно да ја издржува другата договорна страна, или некое трето лица, а во кој другата договорна страна изјавува дека му го остава целиот свој имот или дел од него во наследство, не е договор за наследување, туку договор за располагање со надомест на сите недвижни ствари кои припаѓаат на примателот на издршката во време на склучување на договорот, или одреден дел од тие ствари, чие предавање на давателот на издршката е одложено до смртта на примателот на издршката (договор за доживотна издршка)“¹⁰ Денес во македонското законодавство договорот за доживотна издршка

⁸ Jelena Vidić, op. cit., стр. 186.

⁹ Vanja Petrović, Ugovor o doyivotnom izdržavanju, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu*, I, 2010, стр. 290.

¹⁰ Член 122 став 1 од Законот за наследувањето од 1955 година.

е уреден во Законот за облигационите односи од 2001 година. Имено, македонски Закон за облигациони односи¹¹ беше донесен во 2001 година, а помеѓу останатото, една од новините кои ги вовеле овој закон беше и уредувањето на т.н. наследно-правни договори во глава XXXI од Законот за облигационите односи. Конкретно, во овој закон се уредени договорот за отстапување на имот за време на живот¹² и договорот за доживотна издршка.¹³ Според Законот за облигационите односи „со договорот за доживотна издршка, давателот на издршката се обврзува да го издржува доживотно примателот на издршката или некое трето лице, а примателот на издршката во надомест му го остава целиот свој имот или определен дел од имотот, чие предавање е одложено се до неговата смрт.“¹⁴

Договорот за доживотна издршка е именуван договор, поради тоа што е регулиран со Законот за облигационите односи. Тој е двостранообврзувачки договор, поради тоа што се предвидени права и обврски за двете договорни страни. Имено, давателот на издржувањето се обврзува да го чува и издржува примателот на издржувањето до крајот на животот, а примателот на издржувањето се обврзува да му го пренесе цел свој имот или негов определен дел по неговата смрт. Обврските за давател на издршката настануваат за време на живот, додека правата на имотот што е предмет на договорот давателот на издршката ги стекнува во моментот на смртта на примателот на издршката. Договорот за доживотна издршка е каузален договор, поради тоа што има видно изразена цел-давателот на издршката склучува ваков договор за да го добие имотот што е предмет на договорот по смртта на примателот на издршката, а примателот на

¹¹ „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001. Изменет е со Законот за изменување и дополнување на Законот за облигационите односи објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 4 д 25 јануари 2002 година, Законот за изменување на Законот за облигационите односи објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 5/2003 од 31 јануари 2003 година, Законот за изменување и дополнување на Законот за облигационите односи објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 84 од 11 јули 2008 година и Законот за изменување на Законот за облигационите односи објавен во „Службен весник на Република Македонија“ број 81 од 30.06.2009 година. Со одлуката на Уставниот суд на РМ, У.бр. 121/2001 објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 78/2001 е укинат член 191 во делот: „како и лицето спрема кое е извршено некое друго кривично дело против достоинството на личноста и моралот“. Исто така, со одлука на Уставниот суд на РМ, У.бр. 67/02, објавена во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 59 од 23.07.2002 година укинат е член 3 од Законот за изменување на Законот за облигационите односи. „Службен весник на Република Македонија.“ Измените, дополнувањата и одлуките се составен дел на овој текст.

¹² Член 1022-1028 од Законот за облигационите односи.

¹³ Член 1029-1035 од Законот за облигационите односи.

¹⁴ Член 1029 до Законот за облигационите односи.

издршката го склучува договорот со цел да добие издржување до крајот на животот. Овој договор спаѓа во групата товарни договори, поради фактот што и двете договорни страни имаат обврска да дадат нешто за користа што ја добиваат со договорот. Договорот за доживотна издршка е формален договор, поради тоа што се составува во писмена форма и се заверува од надлежен суд или од нотар.¹⁵

Договорот за доживотна издршка е алеаторен договор, поради фактот што не се знае колку долго ќе живее примателот на издржувањето и какви се обврски ќе има давателот на издржувањето. Според тоа, како што наведува и проф. Стојановиќ, „кај овој договор постои елемент на ризик, што е составен дел од каузата на договорот“.¹⁶ Поради ова, кај овој договор не се применуваат правилата за прекумерно оштетување *laesio enormis*.¹⁷ Според една одлука на Врховниот суд на Србија „договорот за доживотна издршка по својата природа е алеаторен договор каде меѓусебните економски ефекти не се однапред одредени туку зависат од една идна околност - должината на животот на примателот на издршката, па согласно одредбите на ЗОО не може да се бара негово поништување поради очигледна несразмера на взаемните давања“.¹⁸ Според природата на овој договор, алеаторноста постои поради фактот дека давателот на издржувањето може на име на издржување да даде вредносно многу повеќе од она што ќе го добие од примателот на издршката во моментот на неговата смрт, но и многу помалку, во зависност од должината на животот и непредвидените обврски (трошоци за лекови, за медицински интервенции и сл.) што може да ги има додека ја дава издршката.¹⁹ Од друга страна, алеаторноста не постои во однос на имотот што примателот на издршката ќе го добие, тоа е познато уште во моментот на склучувањето на договорот. Во оваа смисла професорот Слободан Панов прави разлика помеѓу „субјективната алеаторност“, која се однесува на должината на животот на примателот на издржувањето и „објективна алеаторност“ која е можна во поглед на обемот на предметот на договорот.²⁰

¹⁵ Член 1030 став 1 до Законот за облигационите односи. При заверка судијата односно нотарот во присуство на договарачите и двајца сведоци кои ги познаваат гласно ќе го прочита договорот и ќе ги предупреди договарачите на последиците од договорот.

¹⁶ Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1999, стр. 246.

¹⁷ Dejan Đurđević, *Institucije naslednog prava*, Pravni fakultet, Univerzitet u Beogradu, 2017, стр. 251.

¹⁸ Одлука на Врховниот суд на Србија, Рев. 638/86.

¹⁹ Види повеќе кај Miloš Stanković, *Alea lucta est - aleatorni ugovori o doživotnom izdržavanju kao ograničenje mogućnosti njegovog raskida zbog promenjenih okolnosti*, *Harmonius*, 2018.

²⁰ Slobodan Panov, „O zajedničkoj svojini u braku“, *Anali Pravnog fakulteta* 1–3/1998, стр.67,

Предмет на обврската на примателот на издршката се ствари кои постојат во моментот на склучување на договорот за доживотна издршка. Во практиката најчесто предмет на обврската на примателот на издршката е правото на сопственост врз недвижност, но страните на договорот може да се спогодат дека на давателот на издршката во моментот на смртта на примателот на издршката може да премине некое друго имотно право, како готови пари, право на интелектуална сопственост, удел во компанија и слично.²¹ Предметот на обврската на давателот на издршката се состои во издржување на примателот се до неговата смрт. За разлика од српското законодавство,²² македонскиот законодавец не ги определил конкретно обврските на давателот на издржувањето, туку остава тоа да го договорот двете договорните страни при склучувањето на договорот за доживотна издршка. Според судската пракса, обврската на давателот на издршката може да ја изврши и доколку го смести примателот на издршката во дом за стари лица. Во овој контекст е одлуката на Врховниот суд на Војводина, според која „содржината на договорот за доживотна издршка може да се состои во тоа примателот на издршката да се смести во дом за стари и давателот на издршката да ги покрива трошоците на неговиот престој во домот, повремено да го посетува и на друг начин да покажува нега и внимание за него“.²³ Во пракса, обврската на давателот на издршката најчесто се состои во обезбедување стан, храна, облека, лекови, обезбедување хигиена, подмирување на трошоците за лекување на примателот на издршката и слично.

Примената на договорот за доживотна издршка во практиката

Големиот број судски пресуди говорат за бројните проблеми и дилеми кои ги наметнува примената на договорот за доживотно издржување во практиката. Едно од најспорните прашања, како што веќе беше споменато, е дали треба да се дозволи договор за доживотна издршка да склучуваат лица помеѓу кои постои законска обврска за издржување, предвидена во Законот за семејството. Во законот не се изречно определени субјектите помеѓу кои може да се склучи договорот за доживотна издршка, така што тој може да биде склучен помеѓу

²¹ Ibid. стр. 252.

²² Во член 194 став 3 од Законот за наследување на Србија се предвидува дека обврската на издржување се состои во: обезбедување стан, храна, облека, обувки, како и соодветна нега во случај на болест и старостплаќање на трошоците за лекување и задоволувањето на секојдневните вообичаени потреби.

²³ Одлука на Врховниот суд на Војводина, Рев. бр. 766/98.

било кои лица. Во пракса, договорот за доживотна издршка најчесто се склучува токму помеѓу лицата за кои постои законска обврска за издржување-родители и деца и брачни партнери, и покрај тоа што за нив во Законот за семејството постои обврска за меѓусебно издржување.²⁴ Судската практика го прифаќа склучувањето на договорот за доживотна издршка помеѓу блиски роднини. Во една одлука, Окружниот суд во Белград наведува дека „законската обврска за издржување помеѓу договорните страни кај договорот за доживотна издршка не е пречка за склучување на таквиот договор, ако со оглед на конкретниот случај било нужно давателот на издршката за негата на примателот на издршката да употреби исклучителни напори и вложи повеќе средства.“²⁵ Ваков е ставот и на Врховниот суд на Босна и Херцеговина, кој во одлуката наведува дека „не е ништовен договорот за доживотна издршка склучен помеѓу детето како давател и родителот како примател на издршката“,²⁶ а сличен став застапува и Врховниот суд на Хрватска, според кој „договор за доживотна издршка можат полноважно да склучуваат при постоење на општи претпоставки и лица кои се по самиот закон должни меѓусебно да се издржуваат“.²⁷

Од ова може да се заклучи дека многу често договорот за доживотна издршка се склучува помеѓу лица за кои постои и законска обврска за издржување, што сега се „засилува“ или „се дуплира“ уште и со склучување на договор за доживотна издршка. Целта за склучување на договорот во многу случаи не е да се издржуваат стари и изнемоштени лица кои немаат свои деца или останале сами, туку примателот на издршката да располага со целиот имот по своја волја и да определи единствен „наследник“ уште за време на живот. Како резултат на тоа, ваквиот договор во практиката сè почесто се користи како средство за имотно обезбедување на давателот на издршката и изигрување на правото на нужен дел на нужните наследници. Со тоа, договорот за доживотна издршка по својата цел наликува на договорот за наследување. Ваквиот став го потврдуваат досегашните истражувања кои покажуваат дека

²⁴ Така на пример, во периодот од 1996-2000 година во Општинскиот суд во Нови Сад вкупно се заверени 1159 договори за доживотна издршка. Од 1045 договори за доживотна издршка дури во 719 како договорни страни се јавиле лица кои биле во роднински однос, во 70 договори договорните страни биле брачни другари, 4 договори биле склучени помеѓу вонбрачни другари, додека во останатите 252 како договорни страни се јавуваат други лица. Од 719 договори за доживотна издршка во кои договорни страни биле роднини во дури 519 од нив (72/18%) договори страни биле роднини кои имаат законска обврска за издржување. Jelena Vidić, *op. cit.*, стр. 186.

²⁵ Одлука на Окружниот суд во Белград, Гж. 4849/88.

²⁶ Одлука на Врховниот суд на Босна и Херцеговина, Гж. 1712/67 од 4.02.1969

²⁷ Одлука на Врховниот суд на Хрватска, Рев. 1518/87 од 22.10.1987

договорот за доживотна издршка повеќе е застапен помеѓу брачните другари и тоа од втор, трет или понатамошен брак.²⁸

За фактот дека во голем број случаи договорот за доживотна издршка се склучува со цел да се „избере наследник“ и да не се даде делот на нужните законски наследници говорат и бројните судски постапки во кои се оспорува дека договорот бил потребен или дека тој воопшто се остварувал.²⁹ Исто така има и судски постапки во кои се оспорува валидноста на договорот за доживотна издршка поради фактот што тој бил склучен непосредно пред смртта на примателот на издршката, така што издршката или воопшто не почнала, или траела исклучително краток временски период. Проблем е што законодавецот не предвидел минимум на времетраење на издршката за да може договорот за доживотна издршка да биде полноважен и да произведува правно дејство. Освен тоа, во законот не е регулирана ситуацијата што ќе се слуши доколку договорот воопшто не почнал да се извршува. Овие законски празнини, како и желбата на договорните страни кај одредени договори за доживотна издршка да не се исплати нужниот законски дел, туку целиот имот да го добие давателот на издршката, доведуваат до бројни, честопати дијаметрално спротивни судски одлуки. Според тоа, кога станува збор за договорот за доживотна издршка постои невоедначеност на судската пракса, што доведува до различна примена на правото во исти или слични ситуации и до голема правна несигурност.

За невоедначеноста на судската пракса говорат одредени судски одлуки, во кои договорот за доживотна издршка се третира како валиден, и покрај тоа што воопшто не се извршувал или се извршувал многу кратко време, поради фактот што бил склучен непосредно пред смртта на примателот на издршката. Во оваа смисла е одлуката на Врговниот суд на Македонија, според која „неосновано е правното стојалиште дека договорот за доживотно издршка склучен непосредно пред смртта на примателот на издршката не може да произведува правно дејство, ако и двете страни при склучувањето на договорот ја имале предвид стварната обврска за издржување, која давателот на издршката ја извршувал и

²⁸ Види повеќе Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, Наследно право, Блесок, Скопје, 2014, стр. 2018.

²⁹ Уште многу одамна, во периодот помеѓу 1960 и 1970 година, според истражувањето на Димитар Манчев, договорот за доживотна издршка се склучувал помеѓу мажот и неговата брачна партнерка од вториот или третиот брак, со цел не да се обезбеди издршка на мажоту, туку неговата партнерка да го добие целиот негов имот по неговата смрт, со што се „заобиколува“ правото на нужен дел на децата на оставителот. Види кај Димитар Манчев, Договорот за доживотна издршка во практиката на нашите судови во периодот од 1961-1970 година, магистерски труд (необјавен) Скопје, 1973.

пред склучувањето на договорот, за кое нешто и се отстапува имотот што посебно е нагласено во самиот договор, така што надоместокот се пресметува и за веќе претходно даваното издржување“.³⁰ Сличен став застапува и Врховниот суд на Хрватска, кој во една своја одлука истакнува дека: „Поради фактот што од страна на давателот на обврската за издржување не дошло до извршување на обврската кон примателот на обврската (кој починал кратко време по склучување на договорот за доживотна издршка) не значи дека договорот за доживотна издршка не е валиден. За неговата важност е битна волјата на двете страни во моментот на склучување на договорот“.³¹ Во овој контекст треба да се спомене и Начелниот став на Врховниот суд на Македонија, во кој експлицитно се потврдува дека договорот за доживотна издршка треба да произведе правно дејство, и покрај тоа што со него примателот на издршката ги лишил од нужниот дел своите нужни наследници. Според овој Начелен став на Врховниот суд на Македонија од 1979 година „околноста што примателот на издршката ги лишува, преку договорот, од наследство своите нужни наследници, не е од никакво значење за полноважноста на договорот, бидејќи примателот, како сопственик на недвижностите содржани во договорот, можел со нив да располага по свое наоѓање“.³² Според тоа, во некои судски одлуки донесени од судовите во Македонија и од регионот се истакнува дека договорот за доживотна издршка треба да произведе правно дејство и покрај тоа што е склучен кратко време пред смртта на примателот на издршката или воопшто не започнал да се спроведува.

Сепак, во многу поголем број судски одлуки се наведува дека договорот за доживотна издршка не треба да произведе правно дејство доколку не се извршувал, или се извршувал многу кратко време. Освен тоа, во повеќе судски одлуки ваквиот договор се третира како договор за дар. Во оваа смисла, најексплицитна е одлуката на Врховниот суд на Федерацијата Босна и Херцеговина од 2013 година, според која „без издршка, односно потреба за издршка, нема ниту полноважен договор за доживотна издршка со оглед дека истиот мора да биде склучен со цел доживотно издржување на примателот на издршката, а не заради изигрување на наследните права на законските наследници“.³³ Многу јасно и многу прецизно Врховниот суд на Федерацијата Босна и Херцеговина го истакнува она што пропуштил да го истакне законодавецот, како во

³⁰ Одлука на Врховниот суд на Македонија, Рев. бр. 32/81 од 29.I.1981 година.

³¹ Одлука на Врховниот суд на Хрватска Гж 2656/69 од 18.XI.1970 година.

³² Начелен став на Врховниот суд на Македонија, Рев. бр. 156/79 од 20.VII.1979 година

³³ Решение на Врховниот суд на Федерацијата БиХ Рев. од 01.04.2013

Босна и Херцеговина, така и во Македонија, а тоа е дека не треба да се дозволи со склучување на фиктивни договори за доживотна издршка да се изигра правото на нужен дел на нужните законски наследници. Слично како и Врховниот суд на Федерацијата Босна и Херцеговина, и Врховниот суд на Србија во една одлука донесена уште во 1976 година застанал на становиште дека договорот за доживотна издршка е ништовен доколку негова единствена цел е да се изигра правото на наследство на нужните наследници. Според Врховниот суд на Србија „договорот за доживотна издршка, согласно правилата на граѓанското право, би бил ништовен, ако неговата содржина во писменото не одговара на стварната волја на страните, ако една од страните договорот го склучила под принуда или во заблуда, или ако договорот е склучен со цел да се изигра правото на наследство на нужните наследници, а не врз основа на овој договор да се обезбеди издршка, што претставува основен елемент на договорот за доживотна издршка“.³⁴

За опасноста од изигрување на правото на наследство на нужните законски наследници говори и една многу постара одлука на Врховниот суд на Војводина, донесена уште во 1962 година. Според оваа одлука „договорот за доживотна издршка може да содржи и елементи на договорот за подарок. Дали договорот за доживотна издршка е всушност мешовит договор, треба да се просудува според тоа дали она што давателот на издршката го добива во сопственост со тој договор после смртта на примателот на издршката е во сразмера со она што давателот на издршката го дал и што било веројатно дека ќе мора да го даде на примателот на издршката до неговата смрт. Ако договорот за доживотна издршка така не би се просудувал, би постоела можност во рамките на овој договор да се изиграат нужните наследници и да се лишат од својот нужен дел“.³⁵ Освен тоа, има и судски одлуки во кои договорот се смета за ништовен и поради фактот дека не почнал да се извршува, или бил склучен непосредно пред смртта на примателот на издршката. Во оваа смисла е одлуката на Врховниот суд на Македонија според која „договорот за доживотна издршка не произведува правно дејство доколку не почнал да се извршува. Ова од причина што тој е товарен договор“³⁶, како и одлуката на Врховниот суд на Македонија во која се наведува дека: „Со оглед на очекуваната скорешна смрт на примателот на издршката поради неговата тешка болест, правилно е утврдено дека давателите на издршката не презеле обврска за стварно издршување, па според тоа не

³⁴ Одлука на Врховниот суд на Србија, Гж. 1275/76.

³⁵ Одлука на Врховниот суд на Војводина, Гж. 190/62.

³⁶ Одлука на Врховниот суд на Македонија, Рев. бр. 692/81 од 1981.

е ни склучен договор за доживотна издршка како двострано-обврзувачки договор“.³⁷

Повеќе одлуки на судовите, сосема оправдано, доколку договорот за доживотна издршка е склучен непосредно пред смртта на примателот на издршката и се спроведувал многу кратко време го третираат како договор за дар. Во оваа смисла е одлуката на Врховниот суд на Македонија, кој смета дека „договорот за доживотна издршка не може да произведе правно дејство ако е склучен непосредно пред смртта на примателот на издршката. Меѓутоа, таков договор може да има правна важност како договор за подарок ако од содржината на договорот се гледа дека постоела таква побуда“.³⁸ Во една друга одлука, Врховниот суд на Македонија смета дека „утврдување дека договорот за доживотна издршка не произведува правно дејство од причина што до смртта на примателот на издршката не почнал да се реализира, може да бара секое лице кое има правен интерес да се утврди дека договорот не произведува правно дејство. Кога е поднесено вакво барање, судот ја испитува заедничката намера, па ако утврди дека волјата на примателот на издршката била целиот или дел од имотот опфатен со договорот да му го остави како подарок на давателот на издршката, со пресуда ќе утврди дека договорот за доживотна издршка како таков произведува правно дејство како договор за дар“.³⁹ Исто таква одлука донел Врховниот суд на Македонија во случај на договор за доживотна издршка кој не започнал да се реализира.⁴⁰

Сметаме дека се исправни одлуките на судовите кои договорот за доживотна издршка го третираат како договор за дар во случај кога тој се склучува непосредно пред смртта на примателот на издржувањето. Ова од причина што во ваков случај повеќе превагнуваат даровните елементи, наспроти товарните - обврската на давателот на издршката. Во таа смисла, судската пракса правилно му дава предност на елементот на товарност и сразмерност на давањата, наспроти елементот на алеаторност.

³⁷ на Врховниот суд на Македонија, Гж. бр. 589/77 од 4.03.1978.

³⁸ (Одлука на Врховниот суд на Македонија, Гж. 91/72 од 4.12.1972

³⁹ Одлука на Врховниот суд на Македонија, Рев. бр. 22.12.1980.

⁴⁰ Според Врховниот суд на Македонија „утврдување дека договорот за доживотна издршка не произведува правно дејство од причина што до смртта на примателот на издршката не почнал да се реализира, може да бара секое лице кое има правен интерес да се утврди дека договорот не произведува правно дејство. Кога е поднесено вакво барање, судот ја испитува заедничката намера, па ако утврди дека волјата на примателот на издршката била целиот или дел од имотот опфатен со договорот да му го остави како подарок на давателот на издршката, со пресуда ќе утврди дека договорот за доживотна издршка како таков произведува правно дејство како договор за дар“. Одлука на Врховниот суд на Македонија, Рев. бр. 22.12.1980.

Ова особено се однесува на случаите кога давателот на издршката е свесен дека примателот на издршката боледува од тешка болест поради која може да се очекува дека набргу ќе настапи смртта на примателот на издршката, со што се доведува во прашање двострано-обврзувачкиот карактер на овој договор.⁴¹

Регулирање на договорот за доживотна издршка *de lege ferenda*

Договорот за доживотна издршка, како што беше наведено, предизвикува бројни проблеми во праксата, за што говори и големиот број судски процеси кои се однесуваат на овој договор. Овој договор постои речиси шеесет и пет години во нашето законодавство, и во текот на целиот овој период голем дел од договорите за доживотна издршка немале цел да се обезбеди издржување на стари и изнемоштени лица туку да се избере наследник уште за време на живот и да се заобиколи наследниот дел на нужните законски наследници. Поради тоа, сметаме дека е потребно наследното право во Македонија да се реформира, со што ќе се избегнат досегашните проблеми, ќе се спречи потребата од склучување на фиктивни договори и ќе се овозможи поголема слобода на располагање со имотот во случај на смрт. Сево ова ќе придонесе за поголема правна сигурност и за остварување на правата и на интересите на граѓанине во наследноправната сфера. Во оваа смисла, во законот треба да се внесе одредба (која ќе значи прифаќање на постојната судска пракса), и според која, доколку договорот за доживотна издршка не се остварил, или бил склучен непосредно пред смртта на оставителот, а давањето на издршката траела многу кратко време, тој треба да се третира како договор за дар. Со ова ќе се спречат злоупотребите кои сега се присутни кај договорите за доживотна издршка, особено во оние ситуации кога издршката не е давана, ниту пак имало потреба за издршка, или во ситуациите кога договорот бил склучен непосредно пред смртта на оставителот.

Друга значајна измена која ќе спречи натамошни злоупотреби при склучувањето на договорот за доживотна издршка треба да биде забраната овој договор да се склучува помеѓу брачните партнери. Наместо тоа, во македонското законодавство треба да се воведи можноста брачните партнери да склучуваат договор за наследување. По своето правно дејство договорот за наследување е правно дело *mortis causa* со кое договорните страни располагаат со својата оставина во случај на смрт.

⁴¹ Види повеќе кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Наследно право*, Блесок, Скопје, 2014, стр. 203.

Договорот за наследување подробно е уреден во Франција, Германија, Австрија, Швајцарија, Турција, Шпанија, а тој е регулиран и во поновите граѓански законици на Украина, Латвија, Унгарија, како и Преднацртот на Граѓанскиот законик на Србија. Договорот за наследување се дефинира како „правно дело со кое договорните страни располагаат со својата оставина,“⁴² односно како „договор со кој договорните страни го уредуваат наследувањето помеѓу себе или во корист на трето лице.“⁴³ Во споредбеното право се присутни различни решенија во поглед на прашањето кои лица можат да се јават како договорни страни на договорот за наследување. Според германското и швајцарското право, договорот за наследување може да биде склучен помеѓу било кои лица. За разлика од нив, во француското право договорот за подарок на идни ствари може да биде склучен само во корист на брачниот другар⁴⁴ може да биде склучен помеѓу брачните другари заемно или во корист на нивните потомци, без разлика дали овој договор е составен дел на брачниот договор или е склучен како посебен договор. И Австрискиот граѓански законик, слично како и францускиот, дозволува склучување на договорот за наследување само помеѓу брачните другари.

Постојат две суштински разлики помеѓу договорот за доживотна издршка и договорот за наследување. Кај договорот за наследување, за разлика од договорот за доживотна издршка, оставителот не може да располага со делот кој им припаѓа на нужните наследници, кој останува загарантиран. Освен тоа, со договорот за наследување, наследниците ги наследуваат правата и обврските на оставителот, а со тоа се обезбедени и правата на доверителите. Ова се предностите на договорот за наследување, и поради тоа сметаме дека склучувањето на договорот за доживотна издршка треба да се забрани помеѓу брачните партнери, кои би имале можност да склучат договор за наследување. Ова е предвидено и во Србија, каде во Преднацртот на Граѓанскиот законик на Србија како образложение зошто се предлага воведувањето на договорот за наследување во српското законодавство се истакнува дека: „Со тоа се отвора можност брачните другари да склучат договор за наследување, со што би се отстраниле бројните спорови кои се јавуваат во праксата по смртта на едниот од брачните другари.“⁴⁵

Следната реформа на македонското наследно право, со која ќе се

⁴² Nataša Stojanović, *Zašto je ugovor o nasleđivanju zabranjen u našem pravu? Pravni život*, Beograd, br. 10-2003, стр. 163.

⁴³ *Pravni leksikon*, Savremena administracija, Beograd, 1964, стр. 967.

⁴⁴ Член 1093-1096 од Францускиот граѓански закон.

⁴⁵ *Преднацрт Граѓански законик Републике Србије*, Влада Републике Србије, Комисија за изразу Граѓанског законика, Београд, 2011, стр. 19.

спречат досегашните злоупотреби на договорот за доживотна издршка и ќе се зголеми правото на располагање на завештателот со тестаментот треба да биде воведувањето на субјективни елементи за наследување и во првиот законски наследен ред, според примерот на субјективните елементи кои треба да бидат исполнети за наследниците од вториот нужен наследен ред да имаат право на нужен дел.⁴⁶ Имено, според член 30 став 3 од Законот за наследување се предвидува дека „родителите на оставителот и неговите браќа и сестри се нужни наследници само ако се трајно неспособни за работа и немаат нужни средства за живот“. Сметаме дека ваква одредба треба да биде предвидена и за децата на оставителот, кои се нужни наследници во првиот законски наследен дел. Таа одредба не би ги опфаќала малолетните деца на оставителот, кои и натаму би биле нужни наследници во секој случај, како и децата со посебни потреби на оставителот. Сите останати деца на оставителот би станале нужни наследници само доколку се трајно неспособни за работа и немаат нужни средства за живот. Со ова би се надминале децениските злоупотреби на законот и склучувањето на фиктивни договори за доживотна издршка и би се зголемила тестаменталната слобода на завештателот. Истовремено, со оваа реформа би се остварила и поголема заштита на старите лица и нивно поголемо почитување, помагање и издржување од страна на децата, поради фактот дека децата не би биле автоматски нужни наследници, туку тоа би зависело од волјата на нивните родители.

⁴⁶ Види повеќе кај Дејан Мицковиќ, Ангел Ристов, *Реформата на наследното право во Република Македонија*, Стоби Трејд, 2016, стр. 160-167.

Dejan Mickovik, PhD
Full Time Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
University “St. Cyril and Methodius” Skopje
dejanmickovik@yahoo.com

THE CONTRACT OF LIFETIME SUPPORT – THE NEED TO SUPPORT THE ELDERLY OR ABUSE OF LAW

***Abstract:** In this text, the author analyzes one of the most frequently used contracts in the practice in Macedonia, and this is the contract for lifelong support. The author gives an overview of the concept, subject matter, subjects, form and legal effect of the contract for lifelong support. He points to the fact that the contract on lifelong support in practice is applied more often than the will, and that the most common disputes in the field of inheritance are related precisely to the contract of lifelong support. According to the author, research shows that often the lifelong support contract is abused and the right of the right heirs is violated, and therefore the need for his examination is imposed both on theoretical and legislative level. The question is whether it is ethically, morally and legally sustained that the contract for life support is concluded among the persons between which there is a legal obligation for support provided for in the Family Law, which is the marital partners and the parents and children, who most often appear as contracting parties in the contract for lifelong support. After analyzing the application of the contract for lifelong support in practice, as well as the analysis of cases of abuse of the contract for lifelong support, the author makes suggestions for changes and additions to the Law on Inheritance that will prevent further abuses when concluding a contract for lifelong support. The author proposes a change in the right to the forced inheritance and the introduction of subjective criteria for the heirs in the first forced inherited part, as well as a ban on the conclusion of the contract for lifelong support between the married partners. With this, the author believes that the freedom to dispose of property will be increased and that the abuses that are common today in the contract for lifelong support will be prevented, while at the same time protecting the property rights and interests of the persons who need to receive the forced part of the legacy of the testator.*

Проф. д-р Дарина Зиновиева*

ТЪЛКУВАНЕ В ПУБЛИЧНОТО ПРАВО И СЪОТВЕТСТВИЕТО С ЦЕЛТА НА ЗАКОНА

UDK:342.9:340.13(497.2)

Review paper

***Анстракт:** Темата има както теоретични основи, така и практическа приложимост. Поради това, е възможно да се изследва само от гледна точка на тълкуването като понятие в теорията на правото, но може да се разгледа като анализ на правоприложната дейност, с която се извършва тълкуване на правната норма. Тълкуването има изключителна роля в правовата държава. То се осъществява непрекъснато при прилагане на правните норми от всеки субект на правото в широк смисъл. Обаче, когато тълкувателната дейност се извършва «по правомощие», компетентният правен субект /административен орган, съд, прокурорски органи/, трябва да го правят професионално, прилагайки знания и умения, специфични за тълкувателната дейност. В противен случай е налице опасност от засягане на права и законни интереси, които да доведат до обезщетения или до сезиране на съдилищата в Страсбург и Люксембург. В тази статия ще представим актуални практически въпроси относно правоприложната дейност и тълкуването ѝ в сферата на публичното и по-конкретно на административното право.*

ВЪВЕДЕНИЕ

В правото е налице принцип, че всеки закон има своя цел. Следователно тълкувателната дейност на органа по правоприлагането следва да съответства именно на целта, която към момента на приемане на закона законодателната власт си е поставила. Държавата цели регулация

* Институт за държавата и правото, БАН, Юридически факултет на Пловдивски университет „П.Хилендарски”

на приемливо поведение, което не създава укоримо отношение у другите членове на обществото и се вражда в утвърдения начин на живот и особеностите на времето и нравите на това общество.

Правоприложната дейност е тълкувателна дейност. Всеки утвърден отрасъл в правото се характеризира с типични особености, които го отграничават и обособяват именно в отделен отрасъл. Съответно и правоприлагането в този отрасъл се отличава с особености в тълкуването, които съответстват на особеностите на този отрасъл.

В статията ще изследваме няколко въпроса, които са създавали проблеми в правоприлагането и са били решени чрез тълкувателен акт или законова норма, както и въпроси, които в момента са актуални и са предмет на противоречиво правоприлагане.

1. ПРАВОТО НА ПРЕЦЕНКА КАТО ВИД КОМПЕТЕНТНОСТ НА АДМИНИСТРАТИВНИТЕ ОРГАНИ

В административното право „неопределеност“ на правната норма, зададена в този вид от законодателя, означава *ex lege*, че с нея се определя наличието на особения вид компетентност на органа – дискреция. Следователно само в административното право е налице „тълкуване“ на нормата, с цел – да се извлече от нея „волята на законодателя по отношение предоставянето правото на преценка на администрацията“.

Според нас, след като в доктрината по теория на правото категорично това явление се категоризира като проявна форма на неяснота, от което следва тълкувателна дейност на органа и съда, то не е редно определянето на вид компетентност на административен орган да се извършва с този тип законодателен подход. Точно в този смисъл сме предложили дискусия по въпроса дали това е най-удачният законодателен подход при определяне компетентността на административния орган – чрез тълкуване на норма, да се изяснява най-важният аспект от законосъобразната му дейност – наличието на компетентност.¹

Според нас, това твърде усложнява дейността на административния орган, който е възможно да излезе извън рамките на своята компетентност, като тълкува разширително и я превърне от обвързана в оперативна самостоятелност. Това може да доведе до злоупотреба с власт, тъй като методът на регулиране в административното право е метод на

¹ Вж повече Зиновиева Д. Дискусийни тези в административното право и процес, С 2009г, стр.118-120.

власт и подчинение. Следователно само в административното право е налице „тълкуване“ на нормата, с цел – да се извлече от нея „волята на законодателя по отношение предоставянето правото на преценка на администрацията като вид компетентност на органа. А съгласно чл.146, ал.1, т.1 от АПК това е и първото основание, проверявано от съда при спор за законосъобразност на административен акт. Според нас, това твърде усложнява дейността вече и на съда, осъществявайки рамков контрол на дискрецията, на основание чл. 169 от АПК, която норма съдържа израза „съдът проверява дали административният орган е разполагал с оперативна самостоятелност...“.

Освен усложнението в дейността, която ще наречем „предварителна процесуална дейност“ по тълкуване на нормата за определяне вида компетентност, това е и донякъде рисков подход, тъй като процесът на тълкуване съдържа и субективен елемент, който може да доведе и до евентуален субективен резултат на тълкуването. От този резултат зависи по-нататък последващата процесуална дейност на органа, както и произнасянето му по съществуващото на материалноправния въпрос.

В крайна сметка, ако изначалният резултат от предварителната процесуална дейност е погрешен, то и последващата процесуална дейност ще е погрешна и съответно – издаденият административен акт ще е нищожен. Ако се окаже, че органът не е разполагал с дискреционна компетентност, а е издал акт, произнасяйки се по целесъобразността и правилността на акта, той ще бъде отменен от съда на основание чл. 169 от АПК. Следователно този аргумент допълва тезата ни, че ако се посочва пряко в правна норма в специалния приложим материален закон, че органът действа при наличието на този вид компетентност, в голяма степен ще се избегне издаването на нищожни актове.

Тук е редно да отбележим, че до преди десет години у нас липсваше какъвто и да било контрол върху актове, издадени при оперативна самостоятелност. С оглед на контрола върху евентуално превратно тълкуване от страна на правоприложния административен орган, приетото преди десет години изменение в АПК, даде възможност съдът да осъществява рамков контрол на дискрецията, на основание чл. 169 от АПК. Този въпрос коментирахме по-горе. Считам, че в българското право въвеждането на чл.169 в АПК е пробив в твърдо наложилата се с години практика за липса на какъвто и да било контрол върху реализирането на този вид компетентност на административните органи.

2. Административното наказване и понятието „маловажен случай“

Административно-наказателното право е също част от отрасъла на административното право. В България основният закон, който регулира правоотношенията в административното наказване е Законът за административните нарушения и наказания /ЗАНН/. Принципите в административно-наказателното право са сходни с тези на наказателното, независимо от по-ниската степен на обществена опасност на административните нарушения, в сравнение с престъпленията.

Макар ЗАНН да е един от най-ясните и стабилни закони, в последните години възникна противоречива практика по въпроса дали административният орган, който налага административно наказание, извършва преценка при определянето на „маловажност“ на извършеното административно нарушение, на основание чл.28 от ЗАНН, „по целесъобразност“ или „по законосъобразност“ и дали съдът има правомощие да осъществява контрол върху тази преценка.

В резултат на противоречивата съдебна практика на районните съдилища, се наложи Върховният касационен съд /ВКС/ да издаде тълкувателно решение. Така, според ВКС, административно-наказващият орган определя дали нарушението е маловажно единствено като прилага обвързана компетентност, а не оперативна самостоятелност. Диспозитивът на решението гласи ”Преценката на административнонаказващият орган за „маловажност“ на случая по чл.28 ЗАНН се прави по законосъобразност и подлежи на съдебен контрол”. /ТР№1/2007г на ВКС./

Обикновено практиката и доктрината, следвайки целта на закона, и прилагайки общото правило на чл.28 от ЗАНН са определили рамки на критерии за маловажен случай, което е предмет на друго изследване.

За целта на статията, обобщаваме, че с тълкувателното решение на ВКС се реши сериозен проблем в административното наказване, който даваше възможност за налагане на наказания при неправилно прилагане на закон, и то на репресивен тип закон, което е недопустимо в правовата държава.

² Вж повече Зиновиева Д. Маловажен случай в административното наказване., С,2011,стр.11-153.

3. ПОСТИГАНЕ ЦЕЛТА НА ЗАКОНА ЧРЕЗ СПЕЦИАЛНИ ПРАВНИ СПОСОБИ

Законът за нормативните актове и Указът за приложението му предвиждат правна възможност за рационална гъвкавост в процеса по законодателството, така че нормативният акт да отговаря в пълнота на неговата цел и „главния му предмет”³. Тази възможност е уредена изрично, законодателят трябва да я реализира точно, за да не се създава среда за произвол в тълкуването от всеки, който правоприлага.⁴ В българската правната система се срещат примери за правилно използване на специалната законодателна техника, но са налице и редица примери за неясноти, създадени именно от неправилен строеж на нормативния акт или друг дефект, Това поражда впоследствие злоупотреба с правото, отмяна на влезли в сила решения на съда, противоречиво правоприлагане, нужда от тълкувателни актове.

В тази глава ще се спрем накратко на ролята на така нар. „Допълнителни разпоредби” в ЗНА и в Указа за прилагане на ЗНА.

Принципът в чл.37, ал.1 от УПЗНА е, че „ думи или изрази с утвърдено правно значение се използват в един и същ смисъл във всички нормативни актове”. В следващите две алинеи са предвидени така нар. специални правни техники при нормотворческата дейност /ал.2/ и при тълкувателната дейност/ал.3/:

(2) Ако се налага отклонение от общоприетия смисъл на дума или израз, с допълнителна разпоредба се определя смисълът им за съответния нормативен акт.

(3) Съобразно предходната алинея се постъпва и когато при прилагане на нормативния акт могат да възникнат съмнения относно смисъла на употребена дума или израз.

Съгласно двата нормативни акта, специални термини, по см. на чл.37, ал.2 от УПЗНА се въвеждат с така нар. допълнителни разпоредби на нормативния акт.

С няколко примера ще онагледим хипотезата на правилното и съответно неправилно тълкуване на норми от допълнителни разпоредби в действащото българско право.

В §2 от Закона за движение по пътищата намираме усложнена конструкция, която съчетава правна фикция, оправомощаване на административен орган за създаване на правен ред, вкл. забранителен

³ чл. 24. (1) Всеки нормативен акт има наименование, което сочи вида на акта и главния му предмет от Указ №883 за прилагане на Закона за нормативните актове.

⁴ В този смисъл вж и Спасов Б. Съставяне на правни нормативни актове, , В, 1995, с.44.

и разрешителен режим, както и императивно вменено задължение на местните органи на самоуправление-общините. Нормата гласи така:

„ (1) Снетите от отчет пътни превозни средства се считат за отпадъци по смисъла на §1, т. 1 от допълнителните разпоредби на Закона за ограничаване на вредното въздействие на отпадъците върху околната среда (ДВ, бр. 86 от 1997 г.).

(2) Министърът на транспорта и министърът на околната среда и водите определят условията и реда за разкомплектуване и съхранение на снетите от отчет пътни превозни средства, както и изискванията за специалните площадки за това при спазване на Закона за ограничаване на вредното въздействие на отпадъците върху околната среда.

(3) Дейността по ал. 2 може да се осъществява от търговци върху собствени или наети терени въз основа на разрешение, издадено от министъра на околната среда и водите.

(4) Общините се задължават да отреждат терени за осъществяване на дейността по ал. 2, когато тя се извършва от търговски дружества с общинско участие. „

В този пример е налице концентрация на нова правна уредба, във връзка със създадената фикция в ал.1. От една страна, такава нормотворческа техника улеснява намирането на приложимата норма, но от друга- утежнява правоприлагането.

Това е така, поради систематичното тълкуване с други приложими актове, като закона за опазване на околната среда, закона за ограничаване административното регулиране на стопанската дейност и др. Този пример също дава възможност да се мисли за прецизиране на нормативната техника, както и за правилното използване на предназначението на допълнителните, преходните и заключителните разпоредби от ЗНА и указа.⁵ Следващият пример е свързан с управление на сферата на висшето образование и науката, а именно - систематичното тълкуване на разпоредби от Закона за висшето образование, Закона за развитие на академичния състав в РБългария /ЗРАСРБ/ и Кодекса на труда /КТ/.

В Закона за висшето образование от 2004г съществуваше допълнителна разпоредба 4д, т.1, с дефиниция на понятието „основен трудов договор”. През 2010г бе изменена и последната редакция гласи, че „основен трудов договор“ по смисъла на същия закон е договорът за неопределено време, както и срочният трудов договор на асистентите.⁶

⁵ Вж Спасов Б., цит съч., стр.50-52.

⁶ § 4д. (Нов - ДВ, бр. 48 от 2004 г.) По смисъла на този закон:

1. (доп. - ДВ, бр. 61 от 2011 г.) „Основен трудов договор“ е трудовият договор, сключен на основание **чл. 67, ал. 1, т. 1 от Кодекса на труда**, а за академичната длъжност „асистент“ - и трудовият договор, сключен на основание **чл. 67, ал. 1, т. 2 от Кодекса**

През 2010г. чл.15, ал.2 от ЗРАСРБ, измени условието за заемане на академична длъжност, след произнасяне на конституционния съд, а именно, че такава се заема по „трудова правоотношение“.

В случая съдът изостави легалното понятие в допълнителната разпоредба на КТ „основно трудово правоотношение“, както и легалното понятие в допълнителната разпоредба на 4д от ЗВО „основен трудов договор“, и използва друго общо понятие от КТ.

Това даде повод на отделни висши училища и научни институти да тълкуват различно академичния трудово-правен статус. Въпросът е от значение, тъй като от този статус се определят и допълнителни права на тези лица, като право да са членове на академичния състав, да са членове на общото събрание, на факултетни и катедрени съвети, право да бъдат избирани в органи на управление или да гласуват.⁷ Важна е и връзката със закона за защита от дискриминация, в случай, че се приеме за правилно единия вид тълкуване.

Тъй като работата във висшите училища е свързана основно с преподаване на дисциплина с брой часове, които зависят от учебен план, от наличие на други преподаватели по тази дисциплина, очевидно това са част от причините трудовите правоотношения, регламентирани в ЗВО да са уредени в специален закон по отношение на общия КТ. Цялостното управление на сферата на висшето образование е свързана и с редица публичноправни отношения като акредитация на висшите училища, процедури при присъждане на научни звания и заемане на академични длъжности, които също имат специфики и усложнения в правоприлагането.⁸

Макар Кодексът на труда да не използва понятието основен трудов договор, то самият факт, че в специален закон /ЗВО/ е налице

на труда.

⁷ Вж повече Стайков И. Трудовоправни аспекти на закона за развитието на академичния състав в република България, в Съвременното право – проблеми и тенденции. София: Сиби, 2011, вж още Мингов Е. Особенности на трудовите правоотношения при заемане на академични длъжности, С., сп.Норма, бр.1/2013г., вж още Митева В. Превръщане на трудовия договор за допълнителен труд в основен трудов договор, в Научни трудове на ИДП, БАН, том14, С., стр133-134.

⁸ Вж. Банов Хр. Същност на промените от 2018 г. в правната уредба на развитието на академичния състав и тяхното значение за довършването на откритите процедури за придобиване нанаучни степени и за заемане на академични длъжности, в Салкова, Е. Д.Зиновиева, Ж.Драганов, Хр.Банов, Законодателство за академичното развитие в България, С, 2018, стр.67 и сл.; вж също Нождаров Щ. Влияние на принципа на „академичната автономия“ при оспорване по съдебен ред на актовете на органите по закона за развитие на академичния състав в република България, сп.Наука, бр.1/2019г, изд на СУБ, стр.44 и сл.

допълнителна разпоредба, която по смисъла на ЗНА и Указа за прилагане на ЗНА въвежда специално понятие, различно от общото, дава насоката на тълкуване при правоприлагането. Целта на ЗВО вероятно е била да се запази броя преподаватели, с цел осигуряване на научна и академична среда за обучение на студентите поне в известен период от приемане на закона. Могат да се добавят още разсъждения за целта на законодателя и за систематичното обвързване с другите изброени закони в академичната сфера. Тълкуването на допълнителната разпоредба, според нас, трябва да се обвърже изрично с целта на законодателя, нещо което не намираме като разсъждения дори в мотивите на съда. А целта на законодателят се реализира и чрез целенасочено използване на нормотворческа техника, която изрично е уредена в закона за нормативните актове. Считаме, че при тълкуването на този въпрос трябва да се вземе пред вид именно факта, че е въведено специално понятие в допълнителна разпоредба на специален закон. Тази норма в ЗВО и в момента е действаща, независимо и след от произнасянето на Конституционния съд и от изменението на свързания ЗРАСРБ, което също допълнително потвърждава целта на законодателя.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Тълкуването има изключителна роля в правовата държава. То се осъществява непрекъснато при прилагане на правните норми от всеки субект на правото в широк смисъл. Обаче, когато тълкувателната дейност се извършва «по правомощие», компетентният правен субект /административен орган, съд, прокурорски органи/, трябва да го правят професионално, прилагайки знания и умения, специфични за тълкувателната дейност. В противен случай е налице опасност от засягане на права и законни интереси, които да доведат до обезщетения или до сезиране на съдилищата в Страсбург и Люксембург.⁹

⁹ Вж Решение ЕСПЧ Страсбург от 28.07.2005г.И.Д. срещу България.

ЗНАЧЕНИЕ НА МЪЛЧАНИЕТО ПРИ СКЛЮЧВАНЕ НА ТЪРГОВСКИ СДЕЛКИ

UDK:347.441.142:340.13(497.2)

Review paper

Резюме: Въпросът относно правното значение на мълчанието винаги е предизвиквал интерес. В доктрината липсва единодушие относно правната същност на нормите, съгласно които мълчанието поражда правните последици на акцепт. Според едното становище въздигането на мълчанието във волеизявление за приемане на предложение става чрез установяване на законна презумпция за наличие на волеизявление. Изразено е и мнение, че нормите, които правят мълчанието правнорелевантно, са фикции. С оглед на това се поставя въпроса за разпоредбата на чл. 292 ТЗ, съгласно която предложение до търговец, с когото предложителят е в трайни търговски отношения, се смята за прието, ако не бъде отхвърлено веднага, дали следва да се определи като фикция или презумпция. Фикцията, както сочи и терминът, е измислица, т.е. приема се че съществува нещо, за което се знае, че не съществува. При презумпцията се счита за съществуващо нещо което може да съществува, но съществуването му не е установено, а се предполага. С оглед изложеното, считам че чл. 292, ал. 2 ТЗ фингира липсващото волеизявление за приемане, без значение, дали предполага вътрешното съгласие на адресата на офертата. Интерес представлява въпросът кога се счита сключен договорът в хипотезата, при която законодателят приравнява липсата на волеизявление на приемане. Отговорът следва да търсим в систематичното тълкуване на чл. 292, ал. 1 ТЗ във връзка с ал. 3 на чл. 13 ЗЗД. При липса на срок за приемане, когато предложението е направено на присъстващ, с когото оферентът има трайни търговски отношения, договорът се счита сключен, ако адресатът не го отхвърли веднага. При предложението, отправено до неприсъстващ,

* Софийски университет „Св.Климент Охридски“, aantonova@abv.bg

договорът ще се счита сключен след изтичане на толкова време, колкото е обикновено нужно според обстоятелствата, за да пристигне отхвърлянето. Адресатът на офертата следва да разполага с правни средства за защита в хипотезите, когато се фингира неговото съгласие. Такова средство е възможността да оспорва валидността на фингираното волеизявление относно приемане на оферта чрез провъзгласяване на неговата унищожаемост съгласно правилата на чл. 27-31 ЗЗД. Последното дава основание за бъдещи размисли относно възможността да се иска унищожаване на фингирано волеизявление и в останалите случаи, при които законодателят дава правна значимост на мълчанието.

Ключови думи: сключване на сделка, мълчание трайни търговски отношения фикция, валидност на фингирано волеизявление.

1. Общи положения.

Принципът, възприет в гражданското право, е че мълчанието не поражда правни последици. Съществуват отклонения от това ръководно начало, едно от които е регламентирано в чл. 292 ТЗ.¹

В духа на принципа за свободата на договаряне² правните субекти решават дали да сключат или не търговски сделки, определят самостоятелно клаузите им, избират договорния модел.³ Законодателят в чл. 292 ТЗ изрично регламентира възможността адресатът на офертата, с когото предложителят се намира в трайни търговски отношения, да я отхвърли, т.е. нормативно е установена свобода да се откаже да се сключи договор.⁴

¹ Хипотези на правнорелевантно мълчанието са регламентираны в чл. 43 и чл. 47 ТЗ относно договора за търговско представителство, в чл. 301 ТЗ, чл. 351, ал. 2 ТЗ.

² В немската правна литература е възприет принципа на *Vertragsfreiheit* като се посочват три аспекта на неговото проявление, но с различно съдържание. Едни автори приемат, че *Vertragsfreiheit* включва: *Abschlussfreiheit* /свобода да се сключи договор/, *Inhaltsfreiheit* /свобода да се определи съдържанието на договора/ и *Partnerfreiheit* /свобода с кого да се сключи договора/ - вж. **Bork, R.**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch, 2 Auflage, Tübingen, 2006, s. 249. Според други автори третият компонент на *Vertragsfreiheit* е *Formfreiheit* /свобода за определяне формата на договора/ - вж. **Joussen, J.**, Schuldrecht-Allgemeiner Teil, Stuttgart, 2008, s. 4.

³ Следва да се отбележи, че съществуват и редица ограничения на свободата на договаряне, въведени от законодателя с оглед защита на социално значими интереси, напр. регламентиране на задължителни застраховки, определяне съдържанието на договори /чл. чл. 11 и 12 от ЗПК, чл. 24 от ЗКНИП и др./.

⁴ В немската правна литература в случая се говори за т.нар. *negativ Abschlussfreiheit* – вж. **Korenke, T.**, Bürgerliches Recht, München, s. 118, **Schmidt, M.**, Konkretisierung von Generalklauseln in europäischen Privatrecht, Berlin, 2009, s. 268, **Kunkel, K.**,

Разпоредбата на чл. 292 ТЗ е проявление и на принципа на добросъвестността.⁵ В съответствие с чл. 12 ЗЗД, който налага добросъвестно поведение на преговарящите по един договор, лицето, на което е направено предложение за сключване на търговска сделка, с което предложителят се намира в трайни търговски отношения, следва да вземе отношение по него. Обичайно адресатът на оферта за сключване на търговска сделка не е длъжен да направи волеизявление по повод на нея и неговото мълчание не може да се тълкува нито като приемане, нито като отхвърляне на предложението.⁶ Законодателят обаче въвежда отклонение от това правило, когато предложението се прави на лице с търговско качество, с което оферентът се намира в трайни отношения. Ако търговецът, до когото е отправена офертата, не се произнесе дали я приема или отхвърля, не прояви очакваното поведение да вземе отношение към нея, сделката се счита сключена. Липсата на отговор като проявление на некоректност е санкционирана от законодателя, който приема, че в този случай е налице акцепт. Мълчанието е въздигнато в съгласие за сключване на договора.⁷

В доктрината липсва единодушие относно правната същност на нормите, съгласно които мълчанието поражда правните последици на приемане. Според едното становище, въздигането на мълчанието във волеизявление за акцепт става чрез установяване на законна презумция.⁸ Изразено е и мнение, че нормите, които правят мълчанието правнорелевантно, са фикции.⁹ При фикцията се приравняват по правно действие юридически факти, които без законовата норма не могат да породят предвидените в нея последици, присъщи на други факти, а при презумцията фактите се свързват с обикновеното за тях действие, отчита

Vertragsgestaltung, Berlin Heidelberg, 2016, s. 36, . **Bork, R.**, op.cit., s. 249.

⁵ По подробно относно принципа за добросъвестност – вж. **Сукарева, З.**, Добросъвестността и презумцията за добросъвестност като принципи на облигационното право, Юбилеен сборник в чест на проф. Сталев, С. 2005 г., с. 375.

⁶ В немската правна литература свободата на сключване на договора /Abschlussfreiheit/ се определя като позитивна – свобода да се сключи договор и негативна – възможността да се откаже сключването на договор – вж. **Bork, R.**, op. cit., s.249, **Stober, R.**, Deutsches und Internationales Wirtschaftsrecht, Stuttgart, 2007, s. 77. У нас двете се разглеждат не като самостоятелни категории, а като взаимосвързани елементи на автономията на волята – свободната преценка дали да се сключи договор обхваща в себе си и възможността това да се отхвърли – вж. **Стойчев, К.**, Преговори за сключване на договор и преддоговорна отговорност, Второ преработено и допълнено издание, С. 2007, с. 109.

⁷ **Калайджиев, А.**, Облигационно право., Обща част, Седмо преработено и допълнено издание, С. 2016 г., с. 91, приема че в случая е налице фикция.

⁸ **Л. Василев**, цит. съч., с.260.

⁹ **А. Калайджиев.**, Облигационно право ..., с. 91.

се типичната връзка между фактите в действителността.¹⁰ Всъщност фикцията, както сочи и терминът, е измислица, т.е. приема се че съществува нещо, за което се знае, че не съществува. При презумпцията се счита за съществуващо нещо което може да съществува, но съществуването му не е установено, а се предполага. С оглед изложеното, считам че чл. 292, ал. ТЗ фингира липсващото волеизявление за приемане, без значение, дали предполага вътрешното съгласие на адресата на офертата.

2. Предпоставки, при наличието на които мълчанието се приема за съгласие за сключване на търговска сделка

За да е налице правнорелевантно мълчание съгласно чл. 292 ТЗ е необходимо: наличието на предложение, отправено до търговец и получаването му от същия, трайни търговски отношения между предложителя и търговеца, както и липсата на отговор.

Предложението и в хипотезата на чл. 292 ТЗ трябва да съдържа всички елементи на бъдещия договор /изключение е налице, когато законът допуска страните да не се споразумеят относно отделни клаузи, които могат да бъдат заменени от диспозитивни норми/. То може да бъде направено устно, писмено, по електронен път.¹¹ Оферентът следва да доведе до знанието на насрещната страна и всички обстоятелства, които тя очаква да научи, за да реши дали да сключи договора или не, както и да провери и да се увери, че в негово лице не съществуват пречки за сключване на договора.

Офертата следва да бъде адресирана.¹² Съгласно чл. 292 ТЗ предложението трябва да е отправено до търговец, с когото оферентът се намира в трайни отношения, т.е. до конкретно лице. Предложителят следва да предприеме необходимите действия, за да стигне изявлението му до адресата.

Законодателят фингира наличие на волеизявление за съгласие, когато адресат на предложението е търговец. Без значение е качеството на оферента¹³ Германският търговски закон /HGB/, от който е рецепиран

¹⁰ **Таджер, В.**, Гражданско право на НРБ, Обща част, дял I, второ издание, С.2001, с. 236-237, **Павлова, М.**, Гражданско право, Обща част, С. 2002, с. 119.

¹¹ В изводите, направени в следващите редове в статията, се прави заключение, че чл. 292 ТЗ е приложим при неформалните договори, като се отчете обстоятелството, че и при тях няма пречка офертата да бъде направена в писмена или електронна форма /разрешение възприето и в съдебната практика – опр. № 468 по т.д. №3266/2010 г., СГС/.

¹² Предложението не следва да е изрично - приема се, че издадените фактури имат характер на предложение за сключване на договор, когато в тях е посочено количество и цена – реш. по т.д. №3266/2010 г., СГС.

¹³ Според чл. 333 на отм. Търговски закон мълчанието се приема за съгласие само

чл. 292 ТЗ, също не регламентира изискване предложителят да притежава търговско качество. Съгласно § 362 HGB¹⁴ мълчанието се приравнява на съгласие, когато до търговец е отправено предложение от лице /не се конкретизира неговото качество/, с което той има търговски връзки.

Следващата предпоставка, при наличието на която, мълчанието се счита за акцепт, е съществуването на трайни търговски отношения между предложителя и адресата. Търговските отношения може да са възникнали вследствие сключването на абсолютни, относителни или презумтивни търговски сделки. Те могат да произтичат от едностранни или двустранни търговски сделки – възможно е предложителят да не притежава търговско качество, но е възможно и да е търговец.

Трайните търговски отношения следва да са налице към момента, в който е направено предложението. По принцип признакът „трайни“ изисква сключването на няколко предшестващи последователни сделки. Би следвало да приемем, че такива са налице и в хипотезата на сключен между лицата рамков договор.

В правната теория липсва единомислие дали предложението следва да се отнася до сделка, която по вид, съдържание и предмет съвпада с предходно сключените, съставляващи съдържанието на трайните търговски отношения, или не. Изразено е виждане, че не е необходимо търговските отношения да са създадени от вида сделка, относно която е направена офертата.¹⁵ Преобладаващото се приема, че мълчанието се счита за съгласие, когато предложението се отнася до сделки, сключвани от страните.¹⁶ Спрямо тези сделки страните са установили практика за предмета и условията на договорите. С оглед на това законодателят е преценил, че не е необходимо да формализира възникването на ново отношението с изрично приемане. Този извод се

между търговци, намиращи се в трайни търговски отношения.

¹⁴ Аналогично разрешение се съдържа и в гражданския законник - § 151 BGB, уреждащ сключване на договор без изпращане на приемане.

¹⁵ **Джидров, П.**, Коментар на търговския закон, т. 4, Фототипно издание, 1994 г., с.1367. В този смисъл е и решение по в.а.д. №51/2001 г. на АС при БТПП, в което се приема, че чл. 292 ТЗ е приложим и когато предложението се отнася до сделка, която не е в основата на трайните търговски отношения, като в казуса отношенията са в резултат на договор за консигнация, а предложението е за сключване на договор за превоз на непродадените на консигнация вещи.

¹⁶ **Герджиков, О.**, Търговски ..., с.36, **Стефанов, Г.**, Въпроси на търговското право, В. Търново, 1997 г., с. 278. Това разрешение е възприето и в съдебната практика – реш. № 523 по т.д. № 274/2008 г., I т.о., ВКС - мълчанието се приема за съгласие, ако от установените от страните търговски отношения е видно, че помежду им няма спор за съществените елементи на сделката, поради което не е необходимо изрично приемане на офертата /посоченото изискване е налице при еднотипните сделки/.

подкрепя и от тълкуването на чл. 292 ТЗ във връзка с други правила - чл. 16, ал. 3 ЗЗД, чл. 236, ал. 1 ЗЗД, чл. 351, ал. 2, изр. 2 ТЗ, съгласно които липсата на навременно волеизявление от страна на съответното лице, се приема за съгласие. В посочените хипотези няма спор между страните относно съществените елементи на сделката, тъй като те са установени на един по ранен етап - разрешение, приложимо и при чл. 292 ТЗ. Следователно търговските отношения следва да произтичат от сделки, идентични по съдържание с направената оферта.

Въздигането на мълчанието в съгласие е обусловено от обстоятелството, че адресатът на предложението не го е отхвърлил веднага.¹⁷ Разпоредбата на чл. 292, ал. 1 ТЗ не вмениява изрично задължение в тежест на търговеца да отговори на направеното предложение – да го приеме или отхвърли. Съществуването му, както се посочи, се извежда въз основа на принципа за добросъвестност при сключване на договорите. С оглед коректност, почтено поведение при преддоговорните отношения, търговецът, към когото е отправена офертата, трябва да се произнесе относно нея. Наличието на задължение за отговор може да се обоснове и на базата на историческото и сравнително правно тълкуване на чл. 292 ТЗ. Отм. ТЗ в чл. 333, както и §362 ал. 1 HGB, от който е реципирана разпоредбата в нашето законодателство, регламентират това задължение.¹⁸

Търговецът, към когото е отправено предложението, може да го отхвърли чрез словесно обективизирано волеизявление. За такова се приема както изричното противопоставяне, така и всеки друг отговор, в това число неясен или уклончив.¹⁹ Отхвърлянето, макар и неформално, е волеизявление, което следва да бъде получено от адресата му.²⁰ То е съпоставимо с приемането на офертата. И двете волеизявления са разновидност на отговор на отправено предложение. След като приемането е адресирано волеизявление - извод, основаващ се на чл. 13, ал. 2 ЗЗД, то и отхвърлянето следва да се разглежда като волеизявление,

¹⁷ Приема се, че мълчание е налице, когато едно лице не е изявило волята си относно един юридически акт, нито чрез някое специално с тази цел извършено действие, нито чрез действия, от които волята му би могла да бъде изведена - **Меворах, Н., Д. И. Лиджи, Л. Фархи**, цит.съч., с.18.

¹⁸ При гражданските сделки също се приема, че въздигането на мълчанието в съгласие предполага че страната, срещу която е установена презумцията, е трябвало да отговори на полученото от нея волеизявление – вж. **Василев, Л.**, цит. съч., с.260.

¹⁹ Разрешение възприето и в немската правна литература относно приложението на §362 ал. 2 HGB – **Schmidt, K.**, Handelsrecht, 5 Auflage, 1999, s. 555.

²⁰ Обратното **Стефанов, Г.**, Търговско право ..., с. 280, който приема, че отхвърлянето поражда действие от момента на извършването му, без значение е узнаването или получаването от оферента, че предложението му не е прието.

което трябва да достигне до знанието на лицето, към което е отправено.

Адресатът на офертата трябва да я отхвърли веднага. Търговският закон не посочва изрично момента, от който тече срокът за отхвърляне. Следва да приемем, че този момент е получаването на предложението²¹. Съгласно разпоредбите на чл. 13, ал. 2 ЗЗД и чл. 14, ал. 1 ЗЗД офертата поражда действие от получаването ѝ, а договорът се счита сключен от момента на получаване на акцепта. Законодателят и в двата случая регламентира като меродавен момент за настъпването на съответните правни последици получаването на волеизявлението от неговия адресат.²² Този момент е относим и спрямо отхвърлянето на офертата като отговор от адресата на предложението.²³

Отхвърлянето на предложението следва да се извърши „беззабава“²⁴. Краткият срок, в който адресатът трябва да изрази отрицателният си отговор на отправеното предложение, се основава на идеята, че съгласно установените трайни търговски отношения оферентът не очаква изявление за приемане на офертата, за да бъде сключена сделката. С оглед на което, ако лицето не желае да бъде обвързано от съответни договорни отношения, трябва да отхвърли офертата и това отхвърляне следва да бъде незабавно, тъй като иначе договорът ще се счита за сключен. Считам, че търговецът има възможност да се защити от нежелано обвързване, ако докаже че не е получил офертата, поради което и своевременно не я отхвърлил /както бе посочено офертата поражда последици от получаването ѝ/. Също така не следва да се счита, че е налице фингирано приемане, ако се установи, че са били налице обективни причини за несвоевременно уведомяване за отхвърлянето на офертата. Законодателят в редица случаи предвижда възможност едно лице да се позове на обективни причини²⁵, за да се противопостави на

²¹ Това разрешение е възприето и в немската правна литература относно тълкуването на § 362 HGB – **Bitter, G.**, Vorlesung Handelsrecht, Skript, 4 Auflage, 2009, s. 44.

²² Различен момент на сключване на договора е регламентиран в чл. 23 във връзка чл. 18, т. 3 от Виенската конвенция за международната продажба, а именно когато приемането на офертата се изразява чрез изпращане на стоката или плащането на цената. Считам, че разпоредбата е специална и не може да се прилага субсидиарно относно сключването на договори извън международната продажба.

²³ В немската правна литература относно §362 ал. 1 HGB, също се приема като меродавен този момент **Bitter, G.**, op. cit., S. 44. Съдебната практика приема, че противопоставянето следва да се извърши веднага от узнаване на предложението - реш. по т.д. №3884/2011 г., СГС.

²⁴ Вж. **Джидров, П.**, цит.съч., с. 1370, **Bitter, G.**, op. cit., S. 44.

²⁵ Така чл. 290 ал.2 ТЗ допуска освобождаване от преддоговорна отговорност при наличие на извинителни причини. Същата идея стои и в основата на института на непреодолимата сила. В чл. 13, ал. 3 ЗЗД законодателят предвижда възможност приемането да породи желаните правни последици, ако се докаже че е изпратено

неблагоприятни за него правни последици, които иначе биха настъпили. В основата на тези разрешения е принципът за добросъвестност, на който в хипотезата на чл. 292 ТЗ се основава направеният извод относно защитата на търговеца срещу обвързването му с нежелана сделка.

В доктрината относно тълкуването на чл. 333 ТЗ отм. е изразено становище, че веднъж неприел предложението, търговецът не е длъжен да отговаря на други предложения със същия предмет.²⁶ Счита се, че настоящата уредба не дава основание да се направи подобно заключение. Законодателят придава правно значение на липсата на отговор на конкретно предложение, а не и на бъдещи вероятни оферти.

3. Момент на сключване на търговската сделка в хипотезата на чл. 292 ТЗ.

Моментът на сключване на търговска сделка се определя съгласно чл. 14 ЗЗД, т.е. това е моментът, в който приемането достигне у предложителя.

Приемането на оферта за сключване на търговска сделка следва да отговаря на изискванията на ЗЗД - да е направено от адресата на предложението, да е отправено до предложителя /в отлика от офертата, то не може да бъде отправено до неопределен кръг лица²⁷/ и да разкрива сериозно намерение за обвързване. Може да бъде изрично, чрез конклюдентни действия, както и чрез средства за дистанционна комуникация /в хипотезите, когато законът допуска договорът да бъде сключен по този начин, напр. чл. 62 ЗПУПС, чл. 6 ЗПФУР/. Възможна е хипотеза на закъснял акцепт, включително и при публично предложение. Както се посочи, от момента на получаване на приемането от оферента, договорът е сключен и поражда правни последици.

По различна е хипотезата, при която законодателят приравнява липсата на волеизявление на приемане. Моментът на сключване на сделката следва да се определи въз основа на систематично тълкуване на чл. 292, ал. 1 ТЗ във връзка с ал. 3 на чл. 13 ЗЗД. При липса на срок за приемане, когато предложението е направено на присъстващ, с когото оферентът има трайни търговски отношения, договорът се счита сключен, ако адресатът не го отхвърли веднага. При предложението, отправено до неприсъстващ, договорът ще се счита сключен след изтичане на толкова време, колкото е обикновено нужно според обстоятелствата, за

навреме, макар да е получено от оферента със закъснение.

²⁶ Джидров, П., цит. съч., с. 1370.

²⁷ Калайджиев, А., Облигационно право ..., с. 88.

да пристигне отхвърлянето.²⁸

4. Оспорване валидността на фингирано волеизявление за приемане.

При наличието на трайни търговски отношение законодателят фингира волеизявление за приемане. Може ли да бъде оспорвана валидността на това фингирано волеизявление. В немската доктрина във връзка с тълкуване и прилагане на § 362 HGB се допуска мълчанието да бъде унищожавано поради грешка /с изключение на грешка в мотива, целта/, измама или заплахата.²⁹ Счита се, че и съгласно българското законодателство адресатът на предложение за сключване на сделка съгласно установените трайни търговски отношения, следва да има възможност да оспори сделката, позовавайки се на основанията за порок на волеизявлението, регламентирани в ЗЗД, т. е да оспори валидността на мълчанието. Оспорването може да се основава на обстоятелството, че търговецът не е отхвърлил сделката, тъй като е имал погрешни представи, които погрешни представи могат да се дължат и на измамни действия на предложителя или на трето лице. Възможно е адресатът да е бил заплашен да не отхвърля предложението, както и към момента на получаване на офертата да не е бил в състояние да ръководи и разбира действията си, поради което не е дал отрицателен отговор относно сключването на сделката. Във всяка една от посочените хипотези би следвало търговецът да може да предяви иск за унищожаване на мълчанието като фингирано волеизявление. Защитата срещу порочно волеизявление следва да е еднаква, както когато то е обективизирано в действителността като факт, така и когато по силата на фикция се приема неговото съществуване.

5. Приложно поле на разпоредбата на чл. 292 ТЗ.

Разпоредбата на чл. 292 ТЗ се намира систематично в гл. XX, раздел II – Общи положения при сключване на търговски сделки. С оглед на това в следващите редове ще се спра на приложимостта ѝ към

²⁸ **Стефанов, Г.**, цит. съч., с.285 посочва, че договорът се счита сключен от момента на неотхвърлянето, но не уточнява кой момент се счита за такъв.

²⁹ Внемската правна литература се поставя възможността за унищожаване на мълчанието в хипотезата на § 362 HGB – **Kindler, P.**, Grundkurs Handels und Gesellschaftsrechts, 5 Auflage, Munhen, 2011, s. 142, **Kindl, J.**, Rechtsscheintatbestände und ihre rückwirkende Beseitigung, Berlin Heidelberg, 1999, s. 165, **Teichmann, A.**, Handelsrecht, 3. Auflage, Baden Baden, 2013, s. 473, **Munkowski, P.**, Beseitigungsrechte, Tübingen, 2003, s. 525.

договорите, свързани с търговския оборот. Както вече бе посочено, оферентът може да притежава търговско качество или не, т.е. тя е относима както към двустранните, така и към едностранните търговски сделки по смисъла на чл. 286 ТЗ.

Мълчанието е правнорелевантно както, когато е направено предложение за сключване на договори, които имат изрична правна регламентация, така и когато се отнася до ненаименовани договори. Законодателят въвежда изискване само адресът на предложението да е търговец, но не регламентира ограничения относно вида на сделката, относно която може да бъде направена оферта, поради което с оглед свободата на договаряне при търговски сделки и неизчерпателността на изброяването в чл. 1ТЗ, предложението може да е за сключване на смесен/комбиниран, ненаименован договор.

В приложното поле на чл. 292 ТЗ попадат неформалните договори. Когато законодателят е предвидил спазването на определена форма за действителност на волеизявленията – писмена, писмена с нотариална заверка или нотариална форма, липсата на волеизявление за приемане не поражда правни последици, имащи за резултат сключване на договор. Посоченият извод произтича от обстоятелството, че при формалните договори простото съгласие няма обвързващ ефект, а законодателят предполага именно неговото съществуване.

Считам, че чл. 292 ТЗ е приложим при отправено към търговец предложение за сключване на договор при общи условия, когато за действителността на сделката не е предвидена писмена форма, с оглед възприетата теза, че тълкуваната разпоредба е относима само по отношение на неформалните сделки. Бездействието има последиците на съгласие само в хипотезата на чл. 298, ал. 1, т 2, при която адресатът на офертата е търговец. Общите и индивидуални клаузи на договора следва кумулативно да бъдат отразени в офертата, отправена към търговеца, с когото оферентът се намира в трайни търговски отношения,³⁰ като включването на общите условия в предложението може да стане устно писмено, изрично или мълчаливо.

Определянето обхвата на действие на чл. 292 ТЗ поставя и въпроса правнорелевантно ли е мълчанието при отправено предложение за сключване на предварителен договор. В доктрината липсва единно разбиране относно приложното поле на предварителния договор. Приема се, че такъв се сключва, когато страните са стигнали до консенсус относно всички клаузи на един договор, но не могат да удовлетворят

³⁰ Русчев, И., Сключване на сделки при..., с. XVII, посочва че общите условия имат обвързваща сила за предложителя, когато са станали част от офертата.

изискването за форма, доколкото това изискване предвижда участието на нотариус или друг държавен орган, т.е. предварителният договор е неприложим при неформални договори или договори, които изискват частна писмена форма.³¹ Според друго виждане, предварителен договор може да се сключи и когато липсва изискване за форма на окончателната сделка, в която хипотеза той е неформален договор.³² Ако възприемем първото становище и с оглед аргументираната в горните редове теза, че липсата на отговор се счита за приемане на отправена оферта само, когато последната се отнася до неформална сделка, то следва да заключим, че разпоредбата на чл. 292 ТЗ не намира приложение по отношение на предварителния договор.

Липсата на волеизявление за приемане в хипотезата на бездействие от страна на лицето, с което оферентът се намира в трайни търговски отношения, е ирелевантна, не води до възникване на облигационна връзка и при обезпечителните сделки. Това произтича от обстоятелството, че една част от тях са реални (залог), а друга – формални (ипотека, поръчителство, банкова гаранция, авал, акредитив³³), т.е. за сключване на съответната сделка не са достатъчни волеизявленията на страните. Особен режим относно обезпечителните сделки законодателят е регламентирал в Закона за договорите за финансово обезпечение. По отношение на тях е уредена само форма за доказване – чл. 6 ЗДФО, но наред с това са въведени специални правила относно предоставянето на финансовите обезпечения, предмет на договора, свързани със спазването на определена форма за действителност (при налични поименни ценни книги), предаване (при налични ценни книги на приносител) или вписвания по банкови сметки, респ. сметки, водени от съответни депозитари (по отношение на парични вземания и безналичните ценни книги) - чл. 5 ЗДФО. Спазването на посочените изисквания, изключва приложението на чл. 292 ТЗ за наличие на съгласие при бездействие на адресата на офертата.

Правноирелевантно е мълчанието и при сделки, сключвани въз основа на частноправни или публичноправни процедури. При тези случаи за възникването на договорното правоотношение не са достатъчни само волеизявленията на страните, а е необходимо и осъществяването на допълнителни юридически факти.

³¹ Конов, Т., Някои критични разсъждения върху българската доктрина по предварителния договор, Подбрани съчинения, С. 2010г., с. 508-509.

³² Калайджиев, А., Облигационно право..., с.139-140.

³³ Акредитивът се разглежда като разновидност на търговско обезпечение - Герджиков, О., Търговски сделки..., с. 63. Това в най-безспорна степен е относимо спрямо стенд бай акредитивът.



В заключение, въпросът относно правното значение на мълчанието винаги е предизвиквал интерес в доктрината. В българската правна литература обаче не е изследвана възможността да се оспорва валидността на фингираното волеизявление относно приемане на оферта, отправена от лице, с което адресътът се намира в трайни търговски отношения, чрез провъзгласяване на неговата унищожаемост съгласно правилата на чл. 27-31 ЗЗД. Последното дава основание за бъдещи размисли относно възможността да се иска унищожаване на фингирано волеизявление и в останалите случаи, при които законодателят дава правна значимост на мълчанието.

THE MEANING OF SILENCE IN THE FORMATION OF COMMERCIAL TRANSACTIONS

***Abstract:** The issue concerning the legal meaning of silence has always been of interest. In the doctrine there is no unanimity on the legal nature of the norms which ascribe to silence the legal consequences of an acceptance. According to one opinion, silence amounts to an acceptance of an offer on the grounds of establishing a legal presumption for the existence of a statement. Another opinion holds that the norms that ascribe legal relevance to silence are the fictions. This raises the question of whether the provision of art. 292 of the Commercial Act, stating that a proposal to a trader with whom the offeror is in a long-standing commercial relationship shall be deemed to be accepted if it is not immediately rejected, should be defined as a fiction or a presumption. Fiction, as the term suggests, is a hoax, i.e. it is an assumption that something exists which is known not to in fact exist. Presumptions assume the existence of something that might in fact exist, but its existence is not established, it is presumed. In view of the foregoing, I consider that art. 292, para. 2 of the Commercial Act establishes the fiction that the lack of statement constitutes acceptance, regardless of whether it implies the internal consent of the addressee of the offer. Of interest is the question of when the contract is deemed to be concluded in the case where the law equates the absence of a statement to acceptance. The answer must be searched in the systematic interpretation of art. 292, para. 1 of the Commercial Act in relation to para. 3 of art. 13 Law on Obligations and Contracts. In the absence of a time limit for acceptance, where the offer is made to a person present, with whom the offeror has a lasting commercial relationship, the contract shall be deemed to have been concluded if the addressee rejects it immediately. In the case where the offer is made to an addressee that is not present, the contract will*

be considered concluded after the expiration of as much time as is normally necessary according to the circumstances for the rejection to reach the offeror. The addressee of the offer should be provided with legal remedies in cases where its consent is being imputed by way of a fiction. Such remedy is the right to challenge the validity of the imputed statement concerning acceptance of an offer by declaring its voidability under the rules of art. 27-31 of the Law on Obligations and Contracts. The latter warrants an analysis in the future on the possibility of seeking the annulment of an imputed statement in other situations where the law also ascribes legal significance to silence.

Keywords: *formation of commercial transactions, silence, long-standing commercial relations, fiction, validity of an imputed statement (by way of a fiction).*

**ВЪЗМОЖНОСТ ЗА ЗЛОУПОТРЕБА С ПРАВА В
ГРАЖДАНСКИЯ ПРОЦЕС В СВЕТЛИНАТА НА РЕФОРМАТА
НА ДОПУСКАНЕ ИЗПЪЛНЕНИЕТО ПО СПОРОВЕ С
ТРАНСГРАНИЧЕН ЕЛЕМЕНТ (РЕГЛАМЕНТ (ЕС) 1215/2012 И
ЧЛ. 622А ГРАЖДАНСКИ ПРОЦЕСУАЛЕН КОДЕКС).**

UDK:341.985(4-672EU):347.952(497.2)
Original research paper

Уводни бележки

Основният модел на производствата, свързани със свободното движение на решения претърпя значителни промени след като Регламент-44/2001 бе изцяло заменен от Регламент-1215/2012¹ (**Р-1215/2012**) считано от 10.01.2015 г. Националният законодател реагира съевременно и разписа съответните разпоредби (чл. 622а и 622б Граждански процесуален кодекс (ГПК)). Задачата пред настоящия доклад е да изследва удачността на тези разпоредби в общия план на новия модел на правото на ЕС и на процесуалните изисквания за съдебно разрешаване на граждански и търговски спорове с трансграничен материален елемент (европейски граждански процес). Становището на автора е, че настоящият модел, който законодателят доста прибързано и без дискусия оформи, освен че пряко противоречи на регламента, отваря и широко вратата за злоупотреба с предоставените им права от страна на вискателите (кредиторите) и на съдебните изпълнители.

Опасността се състои на първо място в липсата на съдебен контрол над обема и др. параметри на правото на принудително изпълнение (липсва удостоверяване на параметрите на изпълнителната сила в изпълнителен лист) при започване на принудителното изпълнение. Проверката се предоставя в правомощията на самите съдебни изпълнители. И при напълно добронамерен анализ може да се отчете, че те обаче нямат дори

* Доцент в Института за държавата и правота при Българска академия на науките - София

¹ Брюксел IB ще действа и за Кралство Дания.

минимума от опит за справяне с предизвикателствата на европейския граждански процес. Съдебните изпълнители също така прекалено често имат склонността да забравят за особената си публичноправна функция (обхващаща и частните съдебни изпълнители) като проявяват крайната тенденция да угаждат на взискателите по линията на тяхното качество на клиенти.

Поради липсата на време и място няма да се разглеждат също много сериозните специфични проблеми, които новата уредба повдига при взаимодействието ѝ с други национални институти на гражданското съдопроизводство².

II. Принципни положения в свободното движение на решения

Липсата на трансфер на суверенитет между държавите членки в ЕС е достатъчна пречка пред автоматичното и непосредствено (неопосредствано) зачитане на съдебните им решения. Това е така независимо от обстоятелството, че може да се приеме, че в законодателството и дейността на съдилищата на държавите членки са като цяло налични съвместими стандарти, които да гарантират справедливи решения при спазване на съвременните изисквания на гражданското съдопроизводство. Аргумент за този предварителен извод предоставя непосредствено разпоредбата на чл. 81 от Договора за функционирането на Европейския съюз (ДФЕС), респ. чл. 65 от Договора за създаване на Европейска общност (ДЕО), където изрично е избран способът на признаване и допускане изпълнението, а не на зачитане на решенията³. Като сравнение може да се отбележи, че именно трансферът на суверенитет към ЕС позволява зачитането на решения на съдебните органи на ЕС от държавите членки.

² В детайли по тези въпроси вж. Градинарова, Т. „Производство по отказ за изпълнение на съдебно решение на държава членка на Европейския съюз по Регламента Брюксел Ibis и промените в Гражданския процесуален кодекс“. Сб. Предизвикай: Изпълнителния процес, София, СИЕЛА, 2016, стр. 348-360.

³ За сравнение: различните щати в САЩ имат задължение по федералната конституция да си признават взаимно решенията (относно действието на “the full faith and credit clause” вж. Richmann, W. and Reynolds W. *Understanding Conflict of Laws*. Matthew Bender & Co., INC, New York, 1993, 2nd ed. pp. 315-316). Тъй като обаче щатите са независими държави, се изисква съответното производство и всеки щат регулира предпоставки за екзекватура. Подобна е в общия случай и ситуацията между държавите членки дори и при уредбата по правото на ЕС поради липсата на трансфер на суверенитет между тях (трансферът е към ЕС): срв. Barnett, P. *Res judicata, Estoppel, and Foreign Judgments*. Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 266.

Затова на този етап ЕС се е насочил главно към приемането на подходящи мерки за уеднаквяване и сближаване на законодателствата на държавите членки с цел бързото и ефективно взаимно признаване и допускане на изпълнението на решенията им (изрично преди чл. 65 ДЕО, потвърден и разширен сега от чл. 81 ДФЕС), както и към развитието на европейски граждански процес⁴, който да отразява особеностите на споровете с трансграничен елемент. В тази насока са приети понастоящем редица регламенти, с които се създава режимът на свободно движение на решения по гражданско и търговски спорове със следните елементи:

1. Предоставя се на решенията възможността да циркулират свободно като фактически състави, които удостоверяват граждански права и техните параметри, вкл. и могат да се представят пред органи на публичната власт (напр. пред данъчен орган като основание за банков превод в чужбина и т.н.) но без да се ползват и с *res iudicata* извън рамките на постановилия ги суверенитет⁵. Можем да дефинираме този елемент като признаване/зачитане без *res iudicata*, което представлява първата компонента на свободното движение на решения, разбирано в най-широк смисъл⁶.

2.1. Ефективността на подобно движение на решения се основава

⁴ В доклад „Heidelberg“ (Study JLS/C4/2005/03) изрично се формулира „европейски граждански процес“ (European Civil Procedure): §. 63. „2. New Instruments in European Procedural Law“, р. 67, както и §. 10., §. 28., §. 62. В доклада се отбелязва, че вече съществува и второ ниво на европейския граждански процес, при който не просто се координират националните законодателства, а се създават автономни процедури по правото на ЕС, §. 63-64. Същото се наблюдава и в подхода на СЕС. Със С-456/11 се приема наличието на автономна последица *non bis in idem* по правото на ЕС.

⁵ Т. нар. „пряко признаване“, т.е. признаване без специална процедура (чл. 33, ал. 1 Брюксел IА) и вж. доклад „Jenard“, С 59, ОJ 1979, стр. 43 относно чл. 26, ал. 1 и ал. 2 на Брюкселската конвенция относно подведомствеността и изпълнението на съдебните решения в областта на гражданското и търговското право от 27.09.1968 г: няма пречка страна да се ползва от решение на държава членка, без за това да е необходимо производство по признаване, и неговото удостоверително действие следва да се зачита. Но когато правният спор се повдига отново – например страна не изпълнява решението, другата заинтересована страна следва да поиска признаване по реда на Конвенцията, т.е. от орган с юрисдикция по граждански спорове.

⁶ Т.е. във всяка държава възниква удостоверителна способност с факта на постановяването на съдебния акт. Удостоверителната сила е различна от разглежданата в нашето право доказателствената сила на решението като официален документ (макар и да се основава на нея), който доказва постановяването на самото решение и неговото съдържание (чл. 179, ал. 1 ГПК) и именно затова и е необходимо ЕС да създаде възможност за възникване на удостоверителна способност относно гражданските права, иначе би следвало решението винаги първо да се признае по съдебен ред за да може да се ползва, което е ненужно в безспорни ситуации. Срв. и чл. 123-124 Кодекс на международното частно право (КМЧП).

обаче на добросъвестността на загубилата делото страна (тя не оспорва представянето на решението, или плаща дълга доброволно и т.н.), което предполага продължаващи конфликти и спорове. Поради липсата на взаимен трансфер на суверенитети, за да настъпят съдопроизводствените последици, чрез които тази страна ще бъде обвързана с постановеното с решението и ще се осъществят принудително правата е необходим същевременно акт на държавата членка адресат, който да му предостави националната държавна санкция.

2.2. Затова се създават единни самостоятелни производства по ПЕС за признаване и изпълнение. С тях се цели т.нар. „автоматично“ признаване. То се изразява като цяло в правилото, че органът по признаването проверява само един ограничен кръг от формални предпоставки и постановява признаване по искане на заявителя без да уведомява и изисква становището на другата страна, на която се предоставя възможност за защита едва на един последващ етап. Ако тя не се възползва от тази възможност, спорът относно правото на признаване се счита окончателно фиксиран.

2.3. Съответно когато и в рамките на друг суверенитет на държава членка е необходимо фиксиране със *res iudicata* на спора относно гражданските права се: (i) отменя приложението на националните производства по допускане на признаването и изпълнението на решенията на държавите членки (производства по екзекватура) и (ii) се предоставят лимитативно предвидени единни критерии (предпоставки и основания за отказ) относно годността за признаване.

2.4. Обхватът и действието на тези критерии се редуцират също така до минимум, който е сметен за допустим от държавите членки в рамките на ЕС. Относно решението по спор с трансграничен елемент не е например необходимо да има формирана *res iudicata*, за да може да се признае в друга държава членка⁷. Можем да дефинираме тези производства като способи за признаване/зачитане с *res iudicata*, което представлява втората компонента на свободно движение на решения⁸.

⁷ Срв. С-43/77 и С-183/80. Това разрешение е трудно обяснимо. Вж. критика при Попова, В. Актуални проблеми на Европейския граждански процес и Част VII ГПК. София, СИЕЛА, 2011, стр. 58-59.

⁸ Разграничението между признаване със и без *res iudicata* следва пряко и от практиката на СЕС, съгласно която постановеното национално решение ще прегради признаването на друго решение, дори и то вече да е било ползвано в юрисдикцията на признаващата държава при условията на чл. 33, ал. 1 Брюксел IA (искане за зачитане на удостоверителната сила). Дори и вече да е ползвана удостоверителната сила на решението, възможността както за спор относно гражданските правоотношения, така и относно правото на признаване остава напълно отворена, докато тези спорове не се фиксират с *res iudicata* – вж. С-145/86. Този тип признаване е в един род със

3. В особени хипотези решения, които са влезли в сила и са удостоверени като европейски изпълнителни основания, подлежат на непосредствено (неопосредствано) зачитане в рамките на действието на суверенитета на всяка една държава членка. Към тях се прикрепят правни последици без необходимост от специализирана (нарочна) процедура, както и без наличието на други условия⁹. Издаденото удостоверение потвърждава с обвързващо действие влизането им в сила и възникването на качеството европейско изпълнително основание. Основанието за това законодателно разрешение е, че в подобни хипотези (безспорни вземания и/или малка цена на иска) се създават минимални стандарти за защитата на страните, които са автономни за ПЕС, или направо се уреждат самите производства¹⁰. Съответно съдилищата действат тук не толкова като национални, а като съдилища на ЕС. Това представлява третата компонента в свободното движение на решения в ЕС.

III. Новата уредба

Промените се отнасят само до първата и втората компонента. Не се предвиждат автономни производства, а напротив изисква се симбиоза и се позволява по-широко приложение на националното право (съображение 30 и чл. 41, ал. 1, изр. първо P1215/2012).

Принципните изходни позиции на **P-1215/2012** гласят, че:

а) взаимното доверие в правораздаването в ЕС обосновава принципа, че съдебните решения, постановени в държава членка, следва да бъдат признати във всички държави членки, без за това да е необходима специална процедура; освен това, целта съдебните спорове с трансграничен елемент да приключват по-бързо и да са свързани с по-малко разходи е основание за премахване на декларацията за изпълняемост (необходима по P-44/2001) *преди принудителното изпълнение на съдебните решения в сезираната държава членка*. Поради това съдебните решения, постановени от съдилищата на държава

зачитането на удостовереното с чуждестранен официален документ или охранителен акт гражданскоправно положение – чл. 124, изр. 1 във вр. с чл. 31 КМЧП; чл. 123-124 КМЧП

⁹ Така и доклад „Heidelberg“ (Study JLS/C4/2005/03) §. 64. Изрично C-195/08, т. 84 сочи, че към подобни решения не се прилагат основания за отказ от признаване и подобни производства са недопустими. Вж. и C-211/10, т. 70; C-491/10, т. 48, C-92/12, т. 117: посоченото в член 42, параграф 1 от Регламента (P-805/2004) издаване на удостоверение в държавата членка по постановяване на решението се признава и автоматично се ползва с изпълнителна сила в другите държави членки, без възможност за противопоставяне на неговото признаване.

¹⁰ Вж. бел. 4 supra.

членка, следва да бъдат разглеждани като постановени в сезираната държава членка (съображение 26 към **P-1215/2012**).

б) прякото изпълнение в сезираната държава членка на съдебно решение, постановено в друга държава членка, без декларация за изпълняемост, не следва да излага на опасност зачитането на правото на защита. Ето защо лицето, срещу което се иска изпълнение, следва да може да подаде молба за отказ на признаване или изпълнение на съдебно решение, ако то счита, че е налице едно от основанията за отказ на признаване (съображение 29 към **P-1215/2012**);

в) страната, която оспорва изпълнението на съдебно решение, постановено в друга държава членка, следва да може, доколкото е възможно, и в съответствие с правната система на сезираната държава членка, да се позове, при същата процедура, в допълнение към основанията за отказ, предвидени в настоящия регламент, и на основанията за отказ от изпълнение съгласно националното право и в рамките на определените в националното право срокове. Признаването на съдебно решение следва обаче да бъде отказвано само ако са налице едно или повече от основанията за отказ, предвидени в настоящия регламент (съображение 30 към **P-1215/2012**).

От горното може да се направи на първо място заключението, че основните моменти при свободното движение на решения, които не са европейски изпълнителни основания, се запазват: решенията продължават да циркулират свободно между държавите членки като съдебни актове удостоверяващи установените и фиксирани в тях граждански права (**б. а**). Напр. представяне на решение пред синдик за признаване на вземането.

Когато обаче гражданският спор продължава да се повдига (синдикът не признава вземането, или другата страна го оспорва, при което синдикът съответно не може да го приеме; или просто другата страна не изпълнява отсъденото, при което е необходимо принудително изпълнение) следва решението да се признае по съдебен ред. Така спорът ще се фиксира с *res iudicata* и в пределите на националния суверенитет и правата да получат своята адекватна съдопроизводствена защита. Това ще позволи прикрепването на изпълнителна сила, когато е необходимо (**б. б-в**)¹¹.

¹¹ Разграничението между признаване със и без *res iudicata* следва пряко и от практиката на СЕС, съгласно която постановеното национално решение ще прегради признаването на друго решение, дори и то вече да е било ползвано в юрисдикцията на признаващата държава при условията на чл. 33, ал. 1 Брюксел IA (искане за зачитане на удостоверителната сила). Т.е. дори и вече да е ползвана удостоверителната сила на решението, възможността, както за спор относно гражданските правоотношения, така и относно правото на признаване остава напълно отворена, докато тези спорове не се

Може въз основа на горното да се направят и изводите, че принципните положения и компонентите на свободното движение на решения не се променят по същността си. Ключов е само моментът, че се премахва нарочното производство по издаване на декларация за признаване/изпълнение, която трябва да влезе в сила за да може решението да се счита за признато и да се стартира принудително изпълнение¹². По този начин самата процедура по обявяване на изпълняемост се урежда вече като изпълнение без нарочно производство, докато по досегашния ред се изискваше нарочно производство за декларация за изпълняемост (б. а-б). Така не е необходимо актът по допускането на изпълнение да е влязъл в сила, за да се пристъпи към принудително осъществяване на правата, което дава значително предимство на кредитора и би спряло неоснователни оспорвания само с цел изпълнението да се отложи във времето.

С предвиждането на изпълнение без нарочно производство режимът на тези решения се доближава до европейските изпълнителни основания, но не е идентичен с тях (арг. съображения 27, 29 и 30 към Брюксел ІВ), защото от сезирания съд следва да се прави проверка на специфичните и ограничени предпоставки по Р-1215/2012 за постановяване на изпълнение, като например дали решението е изобщо в обхвата на регламента, която проверка надали може да бъде пренебрегната. Следва също така да се провери дали страната има интерес от признаване/изпълнение, както и да се проверят документите от формална страна (какво всъщност се представя и отговаря ли на изискванията на регламента).

Така производството запазва и ограничената си природата и на производство по предоставяне на държавната санкция. Затова когато не се оспори постановяването на изпълнение исковите за оспорване на признаването/изпълнението ще следва да се считат за пресечени с непререшаемост – чл. 622а, ал. 6 ГПК и срв. съображение 30 от Преамбюла.

IV. Дизайн на производството пред първа инстанция

Тези изводи се подкрепят и от анализ на конкретните разпоредби. Съгласно разпоредбата на чл. 39 от Р-1215/2012 съдебно решение, постановено в държава членка, което подлежи на изпълнение в тази държава членка, е изпълняемо в другите държави членки, без да се изисква декларация за изпълняемост. Подобно решение автоматично

фиксира с *res iudicata* – вж. С-145/86.

¹² Подчертано и у Градинарова, Т. *Ibid.*, стр. 349.

позволява да се предприемат и обезпечителни мерки, предвидени в правото на сезираната държава членка (чл. 40 Р-1215/2012), т.е. да се постановяват мерки при условията на стартирано принудително изпълнение от съдебния изпълнител при съответната негова преценка, а не като при обезпечаване на иск.

Регламентът прави същевременно строго и изрично разграничение между производство за обявяване на изпълнение и самото принудително изпълнение, за които предвижда да се уреждат от съдопроизводственото право на сезираната държава членка (чл. 41, ал. 1, изр. първо Р-1215/2015), и между прикрепване на изпълнителната сила, която също се регулира от националното право на сезираната държава членка: съдебно решение, постановено в държава членка, което е изпълняемо в сезираната държава членка, се изпълнява *при същите условия*, като решение, постановено в сезираната държава членка (чл. 41, ал. 1, изр. второ и съпостави с изр. първо Р1215/2012 и съображение 30 към **Р-1215/2012**).

Това изрично се пояснява и от разпоредбата на чл. 41, ал. 2 Р-1215/2015, съгласно която, независимо от разпоредбите на алинея първа на същия текст, основанията за отказ или за спиране на изпълнението в съответствие с правото на сезираната държава членка се прилагат дотолкова, доколкото не противоречат на основанията, посочени в член 45 от регламента. Сезираната държава членка би могла тоест да откаже даване на националната санкция с *res iudicata*, само ако установи пречките за признаване по чл. 45 Р-1215/2012, а в другите хипотези съдът ще спре производството по обявяване на изпълняемост, или ще постанови липса на изпълнителна сила по националното си право, но ще постанови признаване, ако е възможно.

Следователно можем да направим извод, че в производството по обявяване на изпълняемост по реда на Брюксел ІВ ще се прави от една страна проверка за това дали е представено решение, което принципно може да се ползва с изпълнителна сила, т.е. дали решението е изпълняемо в държавата по произход (арг. чл. 39 Р-1215/2012), както и проверка дали към решението конкретно се прикрепва изпълнителна сила по националните правила на държавата адресат (арг. чл. 41, ал. 1, изр. първо и чл. 42, ал. 2 Р-1215/2012). В тази връзка следва да се има предвид и съображение 30 от Преамбюла на регламента¹³, съгласно което страната, която оспорва изпълнението на съдебно решение, постановено в друга държава членка, трябва да може, доколкото е възможно, и в съответствие с правната система на сезираната държава членка, да се позове при същата процедура, в допълнение към основанията за отказ, предвидени

¹³ Градинарова, Т. Ibid., стр. 354.

в настоящия регламент, и на основанията за отказ на принудително изпълнение съгласно националното право и в рамките на определените в националното право срокове.

Относно признаването няма обаче да се прави проверка въз основа на разпоредбите на чл. 45 Брюксел ІВ, а подобна на тази по реда на чл. 37 Р-1215/2012. Ще се следи дали за признаване се представя решение в обхвата на регламента, въз основа на годин препис и удостоверение по чл. 53 от регламента (чл. 42, ал. 1, б. „а-б“ и ал. 2-3 Р-1215/2012), в което е отбелязано, че решението е изпълняемо в държавата по произход. Ще се следи и относно други реквизити на удостоверението, което трябва да съдържа извлечение от съдебното решение, а където е възможно и необходимо (а не целесъобразно, както е във версията на български език) съответната информация относно съдопроизводствените разходи, които подлежат на възстановяване, и начислената лихва (чл. 42, ал. 1, б. „б“ Брюксел ІВ). Ще се следи също така и за наличие на интерес от обявяване на изпълняемост и др. процесуални предпоставки.

V. Изводи относно модела на производството

Искането за обявяване на изпълняемост по Р-1215/2012 разкрива съответно своя специфика, която се състои в това, че съдът задължително преценява в едно производство *освен предпоставките за признаване, респ. отказ, предвидени в настоящия регламент, и основанията за отказ на принудително изпълнение съгласно националното право*. Изрично е посочено при това, че основанията за отказ на принудително изпълнение се преценяват само по националното право, което е пряка препратка, че изпълнителната сила се прикрепва въз основа именно на това право (арг. и чл. 404, т. 2-3 и чл. 406, ал. 1-2 ГПК¹⁴).

Така регламентът предполага, че при постановяването на решение в една държава членка, което решение удостоверява едно неудовлетворено притезание и респективно подлежи на изпълнение в държавата по произхода, няма пречка към това решение да се прикрепва съответната национална изпълнителна сила и в другите държави членки. Прави се на първо място само проверка на особените минимални изисквания на регламента (надлежен препис, обхвата на регламента, интерес от изпълнението и т.н.), която проверка да удостовери за целите на правната

¹⁴ Сrv. Чернев, С. Заповедно производство. София, Сиби, 2012, стр. 142, стр. 143, бел. 180, стр. 149. Към общите въпроси на изпълнителната сила и на изпълнителното производство: Чернев С. Изпълнителна сила на съдебните решения в гражданския процес на Република България. Дисертация. – непубликувана, както и автореферата към нея.

сигурност възможността за предоставянето на държавната санкция.

Тази проверка не изисква отделно самостоятелно производство, доколкото е строго формална и въз основа само на предварително зададени документи, което не разкрива специфика или особена сложност, ***а се прави попътни в хода на проверката дали решението подлежи на принудително изпълнение и по националното право.*** Затова когато изпълнението не се оспори с искане за отказ, няма пречка към акта, който го постановява да се прикрепя непререшаемост, която да фиксира гражданскоправния спор в сезираната държава, а при оспорване тази правна последица ще възникне след разрешаването на спора по признаването по съдебен ред (арг. и чл. 622а, ал. 6 ГПК и вж. съображение 30 към **P-1215/2012**: „... в рамките на определените в националното право срокове“)¹⁵.

VI. Изводи относно допълнителната уредба по ГПК

Считаме, че природата на дейността на органа по обявяване на изпълнението по реда на P-1215/2012 е с правораздавателен характер и изискванията на националната правна система следва да се извършва от съдебен орган, а не от съдебни изпълнители, както предвиди чл. 622а, ал. 1 ГПК. Те не разполагат със съответната юрисдикционна власт, а и нямат съответната подготовка, продължаващо обучение и практика.

Също така, съгласно разпоредбите на чл. 54, ал. 1-3 P-1215/2012, когато съдебното решение съдържа мярка или разпореждане, които не са познати в правото на сезираната държава членка (напр. съдът е оставил на изпълнителния орган да определи размера на дължимото ДДС, лихви, неустойки и т.н., което е недопустимо по националното право), тази мярка или разпореждане, включително всяко посочено в тях право, следва да се адаптират, доколкото е възможно, към такива, които съгласно правото на тази държава членка имат равностоен ефект и преследват сходни цели. Тук също могат да възникнат изключително сложни по същността си гражданскоправни спорове с трансграничен елемент, свързани включително с доказване на чуждо материално и процесуално право и т.н.

Не на последно място следва да се има предвид, че лицето, срещу което се търси изпълнение, няма да научи за производството преди връчването на удостоверение по чл. 53 от P-1215/2012 (чл. 43, ал. 1 P-1215/2012), което връчване се осъществява преди първата изпълнителна мярка, т.е. изпълнението вече е обявено и няма друга пречка

¹⁵ Срв. и у Срв. Градинарова, Т. Ibid., стр. 357-358.

пред извършване на принудителни действия. Едва след това връчване лицето може да извършва подготвителни действия с цел оспорване на изпълнението (чл. 43, ал. 1 Р-1215/2012), като тези подготвителни мерки могат само при определени изрични условия да спрат временно самото принудително изпълнение (чл. 43, ал. 2 Р-1215/2012). Фактът на оспорване не спира принудителното изпълнение сам по себе си (чл. 44, ал. 1 Р-1215/2012). Очевидни са възможностите за злоупотреби, които се отварят.

В този ред на мисли е напълно подходящо да се предпочете издаването на изпълнителен лист, което производство е специализирано за разрешаване на поставените проблеми. Подобен и последователно наложен в националното право е подходът при изпълнение без нарочно производство при решенията удостоверени като европейски изпълнителни основания. Това би било и в пълен унисон с разпоредбата на чл. 41, ал. 1, изр. първо Р-1215/12, която изисква решенията на държавите членки да се изпълняват *при същите условия като националните решения*¹⁶. На автора не са известни към този момент спорове и може да се приеме за установено след реформата на гражданското съдопроизводство, че издаването на изпълнителен лист е първата стъпка в изпълнителното производство¹⁷.

¹⁶ Срв. и Градинарова, Т. Ibid., стр. 350 и 359.

¹⁷ Срв. Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В. и Иванова, Р. Българско гражданско процесуално право. CIELA, 9 допълнено и преработено изд., София, 2012, стр. 917-918.

*Bonchovski Petar, PhD
Associated Professor, The Institute for The State and The Law-
Bulgarian Academy of Sciences, Sofia
petar.bonchovski@gmail.com*

**THE ABUSE OF PROCEDURAL RIGHTS AND THE REFORM IN
THE CIVIL PROCEDURE IN THE REPUBLIC OF BULGARIA**

***Abstract:** The aim of the paper is to present in general the possibilities that existed under the old Civil Procedure Code for abuse of rights. Those possibilities were frequently applied and with a significant success, particularly in the fields of the handing-over of summons and other judicial documents, and of the timelines for submission of contentions and delivery of evidences. In the light of this, a critical evaluation is made to the reform introduced in 2007 and some guidelines for crucial changes are proposed.*

*Prof. dr Emine Zendeli**
*Asst. prof. Arta Selmani - Bakiu ***
*PhD Nagip Zendeli ****

THE CHANGE OF THE COMPLAINT AS PROCEDURAL ACT OFFREE DISPOSITION BY THE PLAINTIFF

UDK:347.924:340.13(497.7)
Review paper

Abstract:*The alternation of complaint represents a disposal procedural action of the plaintiff in contentious procedure. By alternation of complaint, the plaintiff implements a very important dimension of the principle of disposition within the contentious procedure. The alternation of complaint implies alternation of an essential element of the complaint, the claim request or the procedural parties. Depending on what is the object of the alternation, the alternation of complaint can be objective and subjective. The objective alternation of complaint implies the alternation of the object of the dispute (the claim), whereas the subjective alternation implies the alternation of the procedural parties. There is a possibility that both the objective alternation and the subjective alternation of complaint happen simultaneously.*

This article seeks to analyze the institute of the alternation of complaint by referring to the views of legal theory and judicial practice, as well as the identified alternations that this institute has gone through in the procedural legislation of the Republic of North Macedonia. Taking into account the fact that the plaintiff's right to make alternations to the complaint is an exception to the principle of the immutability of the complaint, this authorization must not be absolute and contradict the other fundamental principles of the contentious procedure, thus the article will recommend the possible alternation of this institute de lege ferenda.

Key words: *alternation of complaint, procedure, court*

* Faculty of Law- South East European University

** Faculty of Law- South East European University

*** Court interpreter in Berlin and Brandenburg, e.zendeli@seeu.edu.mk arta.selmani@seeu.edu.mk

1. Introduction

Contentious procedure is a basic and regular method of protection of violated or endangered subjective civil rights.¹ It, as a continuous event, respectively process, is initiated, developed and terminated through the activities of the procedural subjects. In this sense, the contentious procedure is a set of procedural actions taken by the procedural subjects. Procedural action is any behavior of the procedural subject, which in contentious procedure produces legal and procedural effects determined by law.²

The contentious procedure is initiated through a complaint (Article 175 LCP)³ to the competent state bodies - courts. Given that the contentious procedure is subject to the maxim of disposition, there is no-contentious procedure without a complaint (*nemo iudex sine actore*).⁴ The complaint represents the procedural disposition action of the plaintiff, by which the contentious procedure for granting legal protection of certain content is initiated. The complaint as an initial instrument should contain the complaint request, which must be clearly and specifically defined, both subjectively and objectively. The identity of the complaint is determined in an objective sense if within the complaint the type of content and volume of legal protection required are correctly defined, while its determination in the subjective sense means that the complaint correctly sets out the procedural parties. Since the procedural actions of the parties are an expression of their disposition, under certain conditions provided by law the parties have the right to supplement, amend or modify their procedural actions during the course of the contentious procedure. In this context, the parties may also change the complaint, but they may do so only in the manner prescribed by the rules of contentious procedure, but in this case they must not abuse their procedural authorizations.⁵ The change of the complaint occurs when any of the elements of the complaint's identity are changed, that is, the change of object (objective change), or the change of parties (subjective change) whereby the altered complaint in either objective or subjective sense is not same as the original complaint. Although all the essential elements of a complaint may change, at least the change of one of them in principle is sufficient for a change to exist.⁶ The legislator

¹ Arsen Janevski, Tatjana Zoroska-Kamilovska, E drejta procedurale civile, (Emine Zendeli, Nagip Zendeli –Translators), Libri i parë, Shkup 2011, page 52.

² Rechberger / Simotta, Zivilprozessrecht, 15 Auflage 2003, page 436.

³ Article 175, Law on Contentious Procedure, (published in Official Gazette of RM n.07 from 20.01.2011). In the text it will be referred to as LCP.

⁴ Александар Јакшић, Граѓанско процесно право, Београд, 2008, page 235.

⁵ Gordana Stanković, Граѓанско процесно право, Београд, 1989, page 270.

⁶ Siniša Triva, Mihailo Dika, Граѓанско парнично процесно право, Zagreb, 2004, page 425.

considers the alternation of the complaint to be a change of identity of the complaint, an increase or the filing of a request other than the existing one, or even an alternation of the complaint in the sense that the plaintiff will sue another person instead of the original defendant.⁷

In order to pursue economic interests and prevent fraud opportunities, it would be in the interest of the judiciary for the already determined subject not to be altered.⁸ However, the position on the absolute immutability of the complaint contradicts the requirement to adjust the subject of the review with the current results of the contentious process. If the right to the change of the complaint is used rationally and loyally it can lead to positive results. The legislator has thus sought to make a compromise between these two disputes in such a way that an alternation of the complaint is in principle permitted with the necessary restrictions to prevent the abuse of procedural authorizations.⁹ For this exact reason the ratio of the institute of alternation of the complaint should be looked for in the principle of process economics as well as efficiency and legal certainty, since by enabling the plaintiff during the course of the proceedings to change the object of the dispute and to determine the parties, we achieve to finally resolve disputes between the entities involved within procedure, which is ongoing, with the regular use of procedural material already collected. Otherwise, if the plaintiffs in such situations were not allowed to alter the complaint filed, they would be obliged to make the new request in the process, respectively in other contentious processes.¹⁰

2. The change of the complaint

It often happens in judicial practice that the plaintiff, at the time of initiation of the lawsuit against the defendant, does not have sufficient or necessary facts to substantiate his claim, because he has wrongly assessed either the subject of the dispute or the person of his opponent to whom his claim is addressed, whilst in the meantime becoming aware of new facts that significantly affect the basis of the claim or the opponent.¹¹ Thus, this awareness of new facts may lead to the need to change the initial claim in relation to the object that is being examined, whether to change the height of the claim,

⁷ Article 181, paragraph 1 and Article 182 paragraph 1 of LCP.

⁸ Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), page 40.

⁹ Siniša Triva, Mihailo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, page 424.

¹⁰ Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), page 40.

¹¹ Mladen Pavlović, Objektivno i subjektivno preinačenje tužbe, «Hrvatska pravna revija», god. I., 2001., br. 5, page 92.

to present another claim besides the existing one or to file another claim in the place of the existing one. On the other hand, it happens that after filing a complaint against a certain defendant, the plaintiff needs to have another person replace the legitimate defendant, thereby having a need and interest in changing the complaint as pertaining to the parties involved. In order to fulfill the principle of economization, the legal possibility has been created that during the development of the procedure the plaintiff to be able to retain the right to change the complaint, such that these cases do not create new contentious procedures. The correction of the principle, according to which the initiated contentious procedure is concluded between the initial parties and regarding the same object, is done through the institute of the change of the complaint.¹²

The change of the complaint represents the plaintiff's procedural action by disposition. The complaint can be changed objectively or subjectively only at the initiative of the plaintiff (the principle of disposition). The plaintiff can change the complaint by changing any of the essential elements of the lawsuit - the claim or the procedural parties. The issue of the implementation of the institute of change of complaint should be seen as an exception to the rules, precisely because there is a dilemma whether this legal institute, in the way that is regulated doctrinally and legally, is adequately implemented, and as such whether it secures a same and equal position of the parties during the contentious process, especially considering the legal position of the defendant.¹³

3. The types of the change of complaint

Depending on what is considered as the object of the change, the change of complaint may be objective and subjective. Objective change of lawsuit means change of object of the contentious (the claim), while subjective change means change of procedural parties. There is a possibility that both the objective and the subjective change of the complaint are made simultaneously.¹⁴ All the essential elements of a complaint can be changed, but in principle a change of even one of them is enough for the existence of the change of the complaint.¹⁵

3.1. Objective change of the complaint

¹² Александар Јакшић, Граѓанско процесно право, Београд, 2008, page 77.

¹³ Gordana Stanković - Građansko parnično procesno pravo, Niš, 2010, page 348.

¹⁴ Arsen Janevski, Tatjana Zoroska-Kamilovska, E drejta procedurale civile, (Emine Zendeli, Nagip Zendeli –Translators), Libri i parë, Shkup 2011, page 334.

¹⁵ Siniša Triva, Mihailo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, page 425.

Through the rules for the objective change of the complaint the plaintiff is able to make a claim correction after filing the complaint, respectively, to modify the original complaint, always with the aim that the court, within a contentious process already initiated, examines and decides on the new claims of the plaintiff as well, as to avoid unnecessary initiation of more contentious processes for the realization of violated subjective rights.¹⁶

According to the provisions of the Law on Contentious Procedure (Article 181, paragraph 1 LCP), the objective change of the claim exists when the plaintiff: a) has changed the identity of the claim; b) has increased the existing complaint; c) has filed another claim in addition to the existing one. According to the provisions of paragraph 2 of Article 181 of the LCP, if the plaintiff has changed the claim in a way that due to the circumstances created after the claim was filed, from the same factual basis asks for another thing or a certain amount of money the defendant cannot oppose such a change. The complaint has not been changed if the plaintiff has changed the legal basis of the claim, reduced the claim or changed, supplemented or improved certain claims, but because of them the lawsuit has not changed. Although the legislator in the above-cited provision has enumerated cases where the existence of a change of complaint would not be considered, the courts often have dilemmas regarding the application of the provisions of paragraphs 1 and 2 of Article 181 of the LCP, as sometimes it is not easy to ascertain whether the complaint is changed or not.

a) Changing the identity of the claim is an objective change of the complaint *stricto sensu*. The change of the identity of the complaint is considered a change of facts, from which the legal nature of the factual situation is derived. Thus, a change in the identity of the complaint exists when the new claim differs from the original claim, both in its content and in its basis. Deri tek ndryshimi i identitetit të padisë vjen kur paditësi në vend të kërkesëpadisë egzistuese paraqet kërkesëpadi tjetër, pa marrë parasysh nëse kërkesa e re mund të arsyetohet me bazën e njëjtë të padisë apo me bazë tjetër.¹⁷ Such is the case where the plaintiff from the same life event requires the filing of another legal consequence (eg instead of the return of the object asks for compensation of damage, instead of reducing the purchase price asks for termination of the contract and return of the price). Here, the plaintiff, in reality withdraws the original claim and instead presents another one. In the literature, an example of such a change is the case where instead of the initially requested amount of EUR 1,000.00 which has arrived on 1.11.2006, the amount of USD 1,000.00

¹⁶ Smajo Šabić, Pravni položaj parničnih stranaka u slučajevima objektivne preinake tužbe tokom pripremnog ročišta, Anali Pravnog fakulteta broj 23 / 2019, page 6.

¹⁷ Siniša Triva, Mihailo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, page 426.

was requested, which has arrived on 1.1.2007. The plaintiff has changed the complaint by changing the identity of the complaint, if for example, during the course of the procedure instead of a vindictive request, puts the request that the plaintiff ceases to disturb them in exercising their property right (*actio negatoria*).¹⁸

b) The plaintiff may change the complaint by increasing the existing complaint. The increase of the existing complaint is made when the plaintiff quantitatively increases the existing complaint, eg. increases the main demand or beside the main demand presents a secondary demand - contractual penalty, product, etc.¹⁹ Although, in this case, it is not discussed about the change in the true narrow sense of the word, because the contestation about the existing complaint is still underway, this type of cumulation is considered a change in order to be subject to the limitations of plaintiff's authorizations to realize this change.²⁰

The plaintiff, according to the rule, relying on the same factual basis asks for more than what was originally requested, for example when instead of 65,000 denars asks for 75,000 denars (quantitative change). If relying on a substantially altered factual basis would require more than what was originally required then qualitative change would condition as quantitative.²¹

In the case when the plaintiff quantitatively increases the complaint, in fact, it makes a successive cumulative objective of the complaint. In this case, the court should have real jurisdiction over the enlarged part of the complaint as well as determine the same type of procedure for both complaints. The plaintiff has no right to change the complaint with its increase if the increased part of the complaint is to be reviewed under the rules applicable to the provisions on marital and paternity disputes, labor disputes, obstruction of possession, payment order, etc.²² Within the same contentious procedure, the plaintiff may change the complaint by increasing the complaint for the amount for which he has previously withdrawn the complaint. With this change of complaint comes the termination of the claim. However, if the plaintiff increases the claim for which the decision has been made by a partial final verdict, we are not talking about the change of complaint anymore, but about a new complaint, which must be dismissed, because the case has been judged.²³

¹⁸ Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), page 49.

¹⁹ Gordana Stanković, Građansko procesno pravo, Beograd, 1989, page 272.

²⁰ Siniša Triva, Mihailo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, page 426.

²¹ Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), page 53.

²² Ibid

²³ Ibid

c) Filing another complaint besides the existing complaint. When the plaintiff besides the main filed claim, presents another principal claim, there is also an objective change, respectively the extension of the complaint (e.g. when besides the claim for termination of the contract a compensation for damage due to non-fulfillment is requested). With the filing of a new complaint alongside the existing complaint, the contentious procedure can't take longer than it would have taken if the new complaint had been filed independently. This change also does not constitute a change in the full sense of the word *stricto sensu*, because the first complaint remains unchanged, but nevertheless is considered as a change and is subject to the regime of changing the complaint and restrictions of this institute.²⁴ With the filing of a new complaint along with the existing one, the plaintiff makes the successive cumulative objective of the complaint. To allow such a change, besides the condition that the circumstances justifying the change of complaint have been presented after the complaint has been filed, fulfillment of another condition is required - that the factual basis on which the change is sought has not been changed. When the plaintiff during the length of the procedure, in addition to the complaint for damage compensation due to violation of authority, honor, and personality, files another complaint, which seeks the annulment of the verdict with which those violations are judged, this legal situation speaks of fulfilling the conditions for allowing the change, because it is oriented towards the final solution of the relationship between the parties, while the claims rely on the same adverse event and represent a unique sum.²⁵

The quantitative increase of the complaint and filing of another complaint, alongside the existing one, in jurisprudence are known as the extension of the complaint.

With the change of the complaint, the contentious process according to the initial complaint is terminated and a new procedure begins, respectively, a new contentious process according to the changed complaint. From the moment the complaint is changed, the *litispence* (*lis pendens*) begins to flow according to the changed complaint, with all the legal-procedural and legal-material consequences, that are withdrawn from the moment of filing the complaint.²⁶

²⁴ Siniša Triva, Mihailo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, page 426.

²⁵ Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), page 55.

²⁶ Александар Јакшић, Грађанско процесно право, Београд, 2008, page 268.

3.1.1. Conditions for permitting an objective change of complaint

Changing the complaint represents an exception to the principle of immutability of the complaint and has been allowed only under certain conditions provided by law.

Given that the objective change of the complaint (due to the change of subject of review), naturally has consequences in extension of the procedure, in the interest of the normal judiciary a change of the complaint can not be allowed when the case is ready for trial, thus, the law has stipulated that the plaintiff could change the complaint until the first main hearing, and only during the first instance procedure (article 180, paragraph. 1 LCP).

In the period from filing a complaint to the court until submission of the complaint to the defendant, the plaintiff has the opportunity to change the complaint to its own assessment, without any restrictions. In order the misappropriation of the defendant to be prevented, respectively, the plaintiff's misuse of procedural authorizations, the change of the complaint after the submission of the complaint to the defendant (filing of a *litispedence*) is allowed only if one of the following conditions is fulfilled: a) if the defendant agrees to the change; and b) if the court allows the change (article 180, paragraph. 2 LCP).

a) When the defendant submits the complaint, the defendant begins to prepare for the hearing of the claim which is presented in the complaint, therefore, in order to protect the defendant's interest in changing the subject of the hearing, the law insists on his consent. If the defendant agrees with the change of complaint, the court is obliged to allow the change. In certain cases the defendant may object changing the complaint, but in this case, he is not obliged to identify the reasons for objecting the change.²⁷ The defendant's consent to change the complaint, as a procedural action of the defendant towards the court, can be expressive and conclusive. The plaintiff can give the expressive statement of consent for the change of the complaint either written as a claim or orally, in the minutes before the court.

Defendant's concurring consent to the change of complaint exists when the defendant enters in a debate over the main issue according to the changed complaint and prior to that has not opposed the amendment (article 180, paragraph 3 of the LCP). So, if the defendant without objection enters in a debate over the changed complaint, his consent is assumed and there is no need for a change of the decision. However, if the defendant enters in a debate after he objected the change, this does not mean that he agreed to the change.

²⁷ Jozo Čizmić, *Preinaka tužbe*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), page 45.

b) In certain situations, despite the fact that the defendant opposes the change of the complaint, if the court, in reference to article 180 paragraph 2 of the LCP, considers that this is appropriate for the final settlement of the relations between the parties, it may permit the change of the complaint. The verdict which allows the objective change of the complaint despite the defendant's objection is constitutive in nature.²⁸ On the other hand, the defendant cannot oppose the change of the complaint if the plaintiff due to the circumstances created after filing the complaint changes the complaint in a way that from the same factual relationship asks for a different object or amount of money (article 181, paragraph. 2 LCP). In this case, changing the complaint is allowed *ex lege*, regardless of the defendants's consent or court permission. When the court allows the change of the complaint, requested by the defendant, it is obliged to give some time to prepare for the hearing according to the change of complaint, which may not be longer than 15 days.²⁹

If the complaint is changed in a hearing that the defendant was not present, the court is obliged to adjourn the hearing and to send to the defendant a description of the minutes of that hearing, so that the defendant can be prepared for the hearing according to the changed complaint. In this case, the court cannot render a verdict due to absence because it cannot presume whether the defendant that is absent will accept the change and therefore is obliged to send the changed complaint to him.³⁰

3.1.1.1. The procedure for changing the complaint

The court decides by a verdict whether or not to change the complaint. If the court where the procedure takes place does not have jurisdiction over the subject matter to proceed according to the changed complaint, it is obliged to declare itself incompetent by a verdict and after the finalization of the verdict; it should refer the case to the court that has jurisdiction on subject matter. If the defendant opposes the changes of the complaint, the court to which the case has been referred to is obliged to decide whether the change is allowed. If the court to which the case has been referred to has refused to allow the change, considering that the change is inappropriate, it is obliged to declare itself incompetent and, after the finalization of the verdict which declares its incompetence, it must return the case to the court that has sent it. If due to the change which the defendant has agreed upon, the jurisdiction of domestic

²⁸ Mihailo Dika, O rješenju u parničnom postupku Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991) v. 33, br. 1, 37-65 (2012), page 43.

²⁹ Article 180, paragraph 6, LCP.

³⁰ Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), page 45.

court has ceased, the court must be declared incompetent, annul the procedural actions taken and dismiss the changed complaint. The rule for determining competence is based on the conclusive assumption that the supplementary changes do not affect the identity of the dispute, so this rule should not apply in the cases in which the changes of competence had to come due to the change of the complaint.³¹

Similar action will take place if according to the changed complaint the same court must act, but with a different composition (article 180, paragraph. 5 LCP). If the judicial council should decide about the changed complaint instead of an individual judge, who was competent until the time the complaint was changed, the judicial council will decide on the change.

No separate appeal is allowed against the verdict that allows the objective change (article 180, paragraph. 8, LCP), thus the decision which authorizes the change of complaint may be battered only by the appeal against the final decision. On the contrary, an appeal is allowed against the verdict which doesn't allow, namely, that refuses to change the complaint. When filing an appeal, the procedure according to the initial complaint should be suspended and the appeal must be sent to the court of appeal for verdict. Following the finalization of the verdict which rejects the appeal, the procedure continues according to the initial complaint. Since the verdict which refuses to change the complaint is not a verdict that in a final way ends the procedure in that issue, it is not possible to file a revision against such a verdict.³²

3.2. Subjective change of the complaint

The subjective change of the complaint is about changing the identity of the parties in the proceedings.³³ The plaintiff has the right to change the complaint until the completion of the main trial as to be able instead of the original defendant to sue another one.³⁴ Subjective change of the complaint occurs in cases where the plaintiff makes a mistake in passively legitimizing the defendant. The need for subjective change of the complaint in the literal sense always arises when the plaintiff has filed the complaint wrongly against the other person and not against the one whom he / she intended to exercise legal protection. As the plaintiff because of a fraud has filed a complaint against a person who has no passive causal legitimacy, he is given the opportunity to later correct his mistake in a way that changes the personality of the defendant specified in the complaint.

³¹ Siniša Triva, Mihailo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, page 290.

³² Article 372, paragraph 1, LCP.

³³ Siniša Triva, Mihailo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, page 268

³⁴ Article 182, paragraph, 3, LCP.

If the change concerns only the incorrect highlighting of certain features that individualize the defendant's personality (change of name, title, signature and the like), it is not a subjective change of the complaint but merely an improvement of the claim.³⁵ There is no subjective change of the complaint even in the case when the defendant and the plaintiff die, as the defendants mark the heirs of the deceased defendant (successors), who have no right to oppose such improvement of the complaint, because that case was not changed to the complaint, and that the finality of the judgment would have legal effects on them, even if the contentious process ended during the life of the original defendant.³⁶

Although the LCP has paid attention only to changing the identity of the defendant, it is considered that any change of personality (identity) of the procedural parties (defendant or plaintiff) represents a subjective change of the suit. Thus, despite the fact that the LCP does not expressly designate these cases as a change of complaint, the subjective change of the complaint also results in the following situations: when the plaintiff changes the complaint so that other persons, such as the case of supplementary passive co-jurisdiction, will also sue other defendants (Article 186, paragraph 2 LCP); b) when in addition to the plaintiff a new plaintiff will appear in the proceedings, such as the case of subsidiary active co-jurisdiction (Article 186, paragraph 2 LCP); c) when the person who during the proceeding has acquired the object or the right in relation to which the proceeding is to appear in place of one of the parties to the proceedings (Article 185 LCP); d) when the intervener appears in place of the party to which he has joined the proceedings; and e) when the nominated predecessor appears in place of the party to the proceedings.

A person who is not listed as a defendant in a complaint may become a defendant in the event of a subjective change of complaint by giving his consent to the change. The person against whom the plaintiff has filed a complaint, who has stated in the submission that he has not given consent to the extension of the complaint against him, is entitled to the reimbursement of procedural costs. In such a case, the first instance court pursuant to Article 182, paragraph 2 of the LCP rejected the change of complaint, because the new defendant, by submission, stated that he did not agree to be a defendant and to appear in the proceedings instead of the first defendant.³⁷

After using the original defendant's consent for the change of the complaint, the same ceases to be a party to that contentious process, and

³⁵ Arsen Janevski, Tatjana Zoroska-Kamilovska, E drejta procedurale civile, (Emine Zendeli, Nagip Zendeli –Translators), Libri i parë, Shkup 2011, page 335

³⁶ Milutinović, A., Preinačenje tužbe u subjektivnom smislu, Pravni život, XXII, 1973, Br. 2, page 55

³⁷ Decision of the Court of Appeal in Bitola, (GЖ 1068/09)

in relation to him the change of the claim presents the opportunity for him (simple or qualified) to sue.

The complaint may be subjectively and objectively changed at the same time, but the court must first decide on the subjective change, and if it results with the subjective change of complaint, the new defendant must declare the objective change. Otherwise, if subjective change did not occur, the first defendant must either give or not give his consent to the change of complaint.³⁸

When specifying the claim and expanding the complaint on the new defendant, the plaintiff is not authorized to change the value of the object of the contest specified in the complaint, because it can do so only when the claim is changed objectively.³⁹

3.2.1. Conditions and procedures for permitting a subjective change of complaint

Subjective change of the complaint, as well as the objective change of the complaint, is an exception to the principle of immutability of the complaint, and is permitted only under certain conditions by law and only during the first instance proceedings.

The plaintiff may, by the end of the main trial session, change the complaint, so that instead of the original defendant, he may sue another person (Article 182, paragraph 1 LCP).⁴⁰

The reason for the existence of provisions allowing the subjective change of the complaint lies in the idea that due to the new circumstances changed in certain cases it is not possible to initiate the contentious process from the beginning, but the procedural material collected is used for the hearing between the plaintiff and the new defendant.

Subjective change of the complaint requires the consent of the person who will enter the contentious process instead of the defendant (Article 182. Paragraph 1 of the LCP). Thus, a person who is not initially listed as a defendant in the complaint may acquire the capacity of the defendant if he or she agrees to the change of complaint. Accordingly, the plaintiff is likely to

³⁸ Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007), page 61

³⁹ Ibid

⁴⁰ Comparative law (Croatian law) recognizes legal remedies that deprive the plaintiff of the opportunity to exercise the right to change the complaint until the conclusion of the main trial, and this option is allowed only until the conclusion of the pretrial procedure. Although these solutions have guaranteed higher discipline for the parties, however, in certain cases even subjective change of the complaint results in the necessity of filing a new complaint, thereby leading to new contentious processes and consequently to an increase in the costs. See: Zakon o izmjenama i dopunama zakona o parničnom postupku – Narodne novine br.: 25/2013

substantially change the complaint subjectively by changing the defendant provided that the new defendant agrees, while the original defendant does not need to agree. However, if the original defendant has already been admitted to a debate on the main issue, his consent is also required (Article 182. paragraph 2 of the LCP). Unlike the objective change of the complaint, where the release of the defendant for debate on the main changed issue implies (presumes) the statement of agreement being given conclusively, the subjective change of the complaint, the provisions of the LCP do not expressly regulate the issue of the presumption of consent of the new defendant to subjectively change the claim. It should in principle be presumed that at the time that the new defendant appeared in the debate on the main issue he had given his consent to subjective change of the complaint and that there were no legal-procedural obstacles to a merit based review of the case.⁴¹

The agreement of the original defendant after having entered in a debate on the main issue is necessary because in this respect the change of complaint appears as a withdrawal of the complaint and for this reason the legal interest should be recognized as to insist on the commendable conclusion of the dispute and not to risk being a defendant again. If the plaintiff made a statement of subjective change to the complaint at the hearing in which the defendant was present, the defendant should have stated immediately without seeking additional time for opinion. As the subjective change of the complaint is in fact withdrawn by the original defendant, if it has been debated in the main proceedings it may be considered to have agreed to the subjective change of the complaint if within 15 days of being informed of the withdrawal of the claim he does not plead with respect to it. However, if the plaintiff in relation to the first defendant has withdrawn the claim, his consent to the change is not necessary as he has no legal interest in the objection.⁴²

In the case of subjective change of the complaint, the opposition of the original defendant who had entered in the debate on the main issue has the meaning of an absolute veto, so the court is not authorized to allow that change despite his lack of agreement. Thus, while the subjective change of the complaint the court may not allow the change if the defendant objects to it, in the objective change of the complaint the court may allow the change of the complaint even though the defendant objects to it if it considers that the action is appropriate for the final settlement of the dispute between the parties.⁴³

⁴¹ Siniša Triva, Mihailo Dika, Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, page 432.

⁴² Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1, (2007),page 62

⁴³ Dragan Katić, Preinaka tužbe, povlačenje tužbe, novi dokazi i nove činjenice, teret dokazivanja, test razmjernosti (čl. 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda), Građansko pravo - sporna pitanja i aktualna sudska praksa – 2018, Zbornik radova,

The person entering the contentious process instead of the defendant must accept the process in the state in which he is at the moment he enters it (Article 182. Paragraph 2.3 of the LCP), because he is not entering a new contentious process, but undertakes the old contentious process in its current state at the time of the change, with all the preconditions created up to then and the results achieved with the participation of the original defendant in the proceedings. If the new defendant disagrees with the change of complaint, the court may render a ruling rejecting the proposal to extend the complaint to the new defendant and continue the proceedings against the original defendant. In the event that the court allows the extension of the complaint against the new defendant without securing his agreement, it commits substantial relative violations of the provisions of the contentious procedure.⁴⁴ However, the new defendant, who did not agree with the subjective change of the complaint, cannot prevent the plaintiff from initiating a new contentious process against him.

The new and initial defendants may give their consent to subjectively change the complaint by means of an express statement at the submission or at the hearing, but it may also be also done conclusively. The defendant's concurring agreement to amend the complaint exists when the defendant enters the debate in the main case under the changed complaint and has not previously opposed to the change (Article 180, para. 3 LCP). If the defendant at the hearing has expressly opposed the extension of the complaint while still having been heard by the court in the capacity of the party, it cannot be considered that he has entered the debate.⁴⁵

Subjective change of the complaint requires the consent of all parties to the procedure, as in the following cases: a) the person that has won the thing or the right for which the procedure is being held, can enter in the place of the plaintiffs, respectively the defendants, if both parties agree to it (Article 185, paragraph 2 LCP); b) the intervener hitherto may enter into proceedings in the place of the party to which he is joined if both parties agree (Article 195 LCP); c) the nominated predecessor, if such claims are also filed against the original defendant, which do not depend on whether he holds the thing or exercises the right on behalf of the predecessor (Article 198,); d) active and passive co-jurisdiction (Article 186, paragraph 1.2, 3 LCP).

Tuheljske Toplice, 22. - 23. studenoga 2018, page39.

⁴⁴ Jozo Čizmić, Preinaka tužbe, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilište u Rijeci (1991) v. 28, br. 1 (2007), page 63

⁴⁵ Ibid, page 66

4. Conclusion

The institute of changing the complaint is very important for the merit resolution of the dispute between the parties. Although the legitimate purpose of conditionality and limitation of a complaint is to prevent the misuse of procedural authorisations, always with the aim of speeding up the contentious process and the efficiency of work of the court, however, the inability to change the complaint can be regarded as an inability to the access to justice and violation of the right to a fair trial (Article 6, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms).

From the analysis of the legal provisions regulating the institute of changing the complaint and the position of the procedural parties in the case of changing the complaint we can conclude that these solutions enable the plaintiff's unconditional right to change the lawsuit until the first meeting of the main hearing, namely until the creation of the litispence (objective change), respectively, until the conclusion of the main hearing (subjective change). This right of the plaintiff to unconditionally change the lawsuit is seen in the fact that the defendant is not able to oppose the change of complaint until this stage, while he is not provided with sufficient time to get to know the changes in the complaint, which worsens his procedural position. It is in this context that at this stage the role of the court to decide on the permissibility of change is excluded. In the interest of ensuring equality of parties in the contentious process, the legislator must enable the defendant to play an active role so that he or she can oppose the change of complaint, as well as the active role of the court to decide on the admissibility of changing the complaint, by properly assessing the real reasons for changing the complaint, with the aim of preventing fraud, delaying the procedure and ensuring the application of the principle of contradictority and principle of review. In a future reform of the contentious process some provisions related to the change of the complaint should be formulated with more precise wording and should be clarified. Thus, the legislator should comment on the uncertainties that the provisions of Article 180 LCP cause in theory and in the court practice, because it is not clear whether they refer only to the objective change or even to the subjective change of the complaint, and to the fact that unlike the objective change of the complaint, where the introduction of the defendant in a debate on the main changed issue presumes conclusive agreement, in the subjective change of the complaint, the provisions of the LCP does not expressly regulate the issue of presumption of agreement of the new defendant for the subjective change of the complaint.

Д-р Есин Кранли Бајрам*

СИНГУЛАРНА СУКЦЕСИЈА ВО РИМСКОТО И СОВРЕМЕНОТО ПРАВО

UDK:347.67(37)
Original Research Paper

Апстракт: *Интересот за различните аспекти на наследувањето, несомнено потекнува од постојаната актуелност на прашањето за што подобро регулирање на наследно- правните односи, како во теоријата така и во практиката. Овој труд се занимава со едно ретко елаборирано прашање кое се однесува на можноста за определување на сингуларен сукцесор во тестаментот. Во римското право во таа смисла, се работи за институтот легат и фидеикомис (*legatum, fideicommissum*) додека во македнското право за легатот како можна содржина на тестаментот. Оттука, истражувањето ќе ја покаже генезата, но и помната определености видовите на овие институти, соодветно почнувајќи од решенијата во римското право. Притоа, авторите се фокусираат на модалитетите во кои може да се јави сингуларната сукцесија, како и нивните потенцијални недостатоци кои би можеле да претрпат измани *de lege ferenda*.*

Клучни зборови: *Сингуларна сукцесија, легат, фидеикомис*

Вовед

Едно познато начело на римското наследно право кое гласи „*capit et fundamnetumtotiustestamentiestheredisinstitutio*“ јасно упатува на заклучокот дека особено старото *iuscivile* строго се држи до правилото, на почетокот на тестаментот да биде сместено токму именувањето на наследник *heredisinstitutio*, сторено во заповедна(импреативна)

* Доцент, Правен факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методиј“ Скопје

форма, исклучиво на латински јазик, што во суштина можело да биде и единствена реченица која го прави тестаментот полноважен¹. Имено, сето она што во тестаментот би било наведено пред именувањето на наследник, се сметало за неважечко².

Gai.2, 229. *Ante heredisinstitutionem inutiliter legatur, scilicet quae testamenta vim ex institutione heredis accipiunt*

Легатот пред именувањето на наследник е неважечки, бидејќи тестаментот добива важност од именувањето на наследник. Ваквата определба која за нужен елемент (со можност да биде и единствен) на римскиот тестамент го смета токму именувањето на наследник, ќе се провлекува низ целата историја на римскиот правен поредок, веројатно како рецидив на најстарото сфаќање за наследувањето, пред се како наследување на позицијата на *pater familias*³ Меѓутоа, преторската интервенција иако не ги дерогирала правилата на старото, строго и формалистичко римско право, сепак извршило извесни промени, кои покрај содржински биле и во насока на постепено отстапување од придржувањето до строгиот формализам. Како последица на тоа, именувањето на наследник во тестамент можело да биде сторено и со

¹ најчесто се употребувале следниве изрази, „Lucius Titius mihi hereseo“ или „Marcus, filius meus, hereseo“

Gaius. II.117. Sollemnisaute institutio haec est: TITIVS HERES ESTO; sed et illa iam comprobata uidetur: TITIVM HEREDEM ESSE IVBEO; at illa non est comprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illae a plerisque in probatae sunt: TITIVM HEREDEM INSTITVTO, item: HEREDEM FACIO

² Dig.28.5.1 Ulpianus libro primo ad Sabinum pr. Qui testatur ab heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti. Licet etiam ab exheredatione, quam nominatim facit: nam divus Traianus rescripsit posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare. 1. Institutum autem heredem eum quoque dicimus, qui scriptus non est, sed solummodo nuncupatus. 2. Mutus et surdus recte heres institui potest. 3. Qui neque legaturus quid est neque quemquam exheredaturus, quinque verbis potest facere testamentum, ut dicat: „Lucius Titius mihi hereseo“: haec autem scriptura pertinet ad eum qui non per scripturam testatur. Qui poterit etiam tribus verbis testari, ut dicat: „Lucius hereseo“: nam et „mihi“ et „Titius“ abundat. 4. Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione. 5. Si autem sic scribat: „Lucius heres“, licet non adiecerit „esto“, credimus plus nuncupatum, minus scriptum: et si ita: „Lucius esto“, tantum dicimus: ergo et si ita: „Lucius“ solummodo. Marcellus non inutiliter non putat hodie hoc procedere. Divus autem Pius, cum quidam portiones inter heredes distribuisset ita: „Ille ex parte tota, ille ex tota“ nec adiecisset „hereseo“, rescripsit valere institutionem: quod et Iulianus scripsit. 6. Item divus Pius rescripsit „illa uxor mea esto“ institutionem valere, licet deesset „heres“. 7. Idem Iulianus „illum heredem esse“, non putavit valere, quoniam deest aliquid: sed et ipsa valet sub auditu „iubeo“.

³ Современите права го напуштаат становиштето дека тестаментот нужно мора да содржи именување на наследник.

други зборови или изрази, кои не предизвикуваат сомнеж во вистинската волја на тестваторот, односно од кои јасно може да се определи кого тој го именува за наследник. Подоцна, тестаментот можел да биде составен и на друг јазик покрај на латински⁴. Освен напуштањето на формализмот, за полноважни биле и сите одредби кои можеле да бидат дел на тестаментот, а биле поставени пред именувањето на наследник⁵.

1. Легатот во римското право

Iuscivile, покрај определбата за принципот на универзална сукцесија, признавало и извесни форми на *sucessio in singulas res*, односно можност за оставителот, на товар на оставината или наследникот, а во корист на трети лица, да определен пренос на некоја ствар или некое право.

Inst. 2.20.1–2 (*De legatis*): ... *Legatum itaque est donatio quaedam a defunctore relicta. Sed olim quidem erant legatorum genera quattuor: per vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per praeeptionem: et certa quaedam verba cuique generi legatorum adsignata erant, per quae singula genera legatorum significabantur. Sed ex constitutionibus divorum principum sollemnitashuiusmodi*

Најстарата форма на сингуларана сукцесија е легатот, *legatum*, дефиниран како формална изјава на волја на тестваторот, *verbis imperativus*⁶, со која тој го обврзува именуваниот наследник во тестамент во корист на трето лице да пренесе некое право или да му даде некоја ствар. Ваквото сторување требало да се обезбеди токму од наследството кое тој го добивал. Оттука, јасно произлегува дека се работи за сингуларана сукцесија. Легатарот имал право да ја добие исклучиво определената ствар и при тоа не одговарал за обврските на оставината, ниту имал

⁴ Ваквите промени се врзуваат за Константин и Теодосиј II односно средината на IV и V век. Види I. 2, 20, 34

⁵ Полноважни биле дури и кога именувањето на наследник било ништовно или не можело да се реализира

⁶ Gaius (II.226). Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est hoc modo: CVM HERES MEVS MORTVVS ERIT, DO LEGO, aut DATO. ita autem recte legatur: CVM HERES MEVS MORIETVR, quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore. rursum ita non potest legari: PRIDIE QVAM HERES MEVS MORIETVR; quod non pretiosaratione receptum uidetur.

Во однос на зборовите кои се употребувале за искажување на волјата на тестваторот при легирањето, неспорен е фактот дека дури за време на Јустинијан се отстапило од обрската тоа да се прави со точно утврдени зборови (истото важи и за фидеикомисот) Види: Joshua C. Tate. Codification of late Roman inheritance law: fideicommissa and the Theodosian Code. *The Legal History Review* 76 (Martinus Nijhoff Publishers, 2008) 242

можност своето право да го оставри пред да се намират доверителите на оставината. Покрај називот легат, со кој се означувало дека некому му е дадена обврска нешто да стори или преземе, подоцна се користеле и изразот хонорат, *honoratus*, со значење награден, почестен, наспороти онерат, *oneratus*, кој го означувал наследникот кој требало да ја исполни обврската од легатот како должен, односно оптоварен.

Посебно внимание на овој вид на сингуларана сукцесија обрнуваме заради фактот што определувањето на легат било можно исклучиво кај тестаменталното наследување. Имено, легатаот бил полноважен само тогаш кога бил содржан во полноважен тестамент, а подоцна и во кодицил кој бил потврден со тестамент. Тоа значи дека покрај *heredis institutio*, во случајот на легат требало да бидат исполнети условите во врска со активната и пасивната тестаментифакција. Легатарот требало да има *testamenti factio passiva* во однос на тестаторот (освен во некои исклучителни случаи). Што се однесува не предметот на легатот, тој можел да биде различен. Можело да се работи за сопственичко или друго стварно право на некоја ствар (избор помеѓу неколку ствари од оставината или идеален дел од неа), за облигационо право (побарување, отпис на долг), манумисии на робови и сл. Во зависност од предметот, формата и претпоставките, римското право разликувало четири видови легат.

Legatum per vindicationem имал за последица непосредно засновање на сопственост или друго стварно право на легатарот на стварата која била определена во легатот. Тос значи дека неговото стварно право настапувало *ipso iure* во моментот на стекнувањето на наследството, без потерба за посебен пренос на сопственоста од наследникот на легатарот. Можноста на легатарот да користи петиторна соспственичка тужба против наследникот, *rei vindicatio*, упатува на два заклучоци. Предмет на овој легат можеле да бидат само ствари кои биле во квинитска сопственост и називот на овој вид легат потекнува токму од можноста правото да се заштити со реивиндикациона тужба. Формата предвидена за ваков легат била *do, lego*. Gai. 2, 193. *Per vindicationem hoc modo legamus: "Titio" verbi gratia "hominem Stichum do lego"...* 194. *Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium re legatarii fit*

Легат *per vindicationem* правиме вака : на "Titio", на пример, "му го давам и легирам робот Stichus". *Legatum per vindicationem* се вика, затоа што веднаш после стекнувањето на наследството, легатарот ја стекнува ставрта според квинитското право.

Legatum per damnationem, за разлика од виндикациониот, имал дејство на облигација. Притоа легатарот станувал доверител

а наследникот должник. Предмет на ваквиот легат можела да биде не само ставр која припаѓала на оставината и наследникот, туку и на трето лице. Обврската на наследникот била да ја набави таа ствар или да плати нејзина противвредност. Правата што произлегувале за легатарот од овој квазиконтракт, тој можел да ги заштити со *actio in personam*, во случајов *actio ex testamento*. Заради ваквото дејство, на ваков начин често се легирал и идеален дел од наследството (како сингуларана сукцесија). Формата била *heresdamnasesto dare*.

Gai. 2, 201. *Per damnationem hoc modo legamus: "heres meus Stichum se vnum meum dare damnasesto"*.

Legatum per damnationem правиме вака” мојот наследник нека биде обврзан да го даде робот Stichus”

Legatum sinendi modo, исто така имал облигационо дејство, со таа разлика што обврската се сведувала на *pati*, трпење, а не на *dare* или *facere*. За тоа зборува и предвидената форма *here meus damnasestosinere*. Заради вакавата одредба наследникот морал да трпи легатарот да го добие определеното со легат, но само од оставителот или од наследникот⁷.

*Legarum per praecceptionem*⁸, бил спорен околу прашањето кому бил дозволен. дали бил резервиран исклучиво за еден осд соснаследниците кој по пат на *praecipio* можел да ги земе легираните ствари пред почетокот на делбата на наследството, или како легатар можело да се јави и лице кое го нема својството на соснаследник (во ваков случај би бил виндикационен легат).

Ваквите сличности помеѓу различните видови, подоцна реално ги свеле на два. Едниот со стварно-правно дејство *legatum per vindicationem* другиот со облигационо-правно дејство *legatum per damnationem*. Покрај тоа, со SC Neronianum од I век, била дозволена и конверзија на неважечките легати, а дефинитивното ослободување од формализмот во Јустинијановото законодавство, легатот ќе го сведе на единствена форма, па според ставрното или облигационото дејство правата на легатарите биле заштитени со *actiones in rem* или *actiones in personam* соодветно.

Покрај различните видови легати, внимание заслужува и прашањето на маментот и начинот на неговото стекнување. Имено, за разлика од пропишаните начинаи за прифаќање на наследството на универзалните

⁷ Gaius. II. 209. Sinendi modo ita legamus: HERES MEVS DAMNAS ESTO SINERE LVCIVM TITIVM HOMINEM STICHVM SVMERE SIBIQVE HABERE.

⁸ Gaius. II. 216. Per praecceptionem hoc modo legamus: LVCIVS TITIVS HOMINEM STICHVM PRAECIPITO. 217. Sed nostrum quidem praecceptores nulli alii eo modo legari posse putant nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus esset. praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.

сукцесори, воедначен став околу легатарите не постоел во римското право. Со оглед на различните форми, моментот на стекнување на легатот можел да биде или во моментот на делацијата (или моментот на отворање на тестаментот) *dies cedens* или во моментот на прифаќање на наследството *dies veniens*⁹.

Во случаевите на своеволно окупирање на стварите од легатот, наследниците можеле да кристат *interdictum quod legatorum*.

Историски условено со слееењето на семејните врски, легирањето станало особено популарен начин за распределба на оставината за тестаторите. Заради тредндот на што посзатапеното користење на легатот и тоа за определување на легати за поголемиот дел од оставината. Конечниот исход на тестаменталното располагање во ваквите случаи честопати било доведувано во прашање, бидејќи за именуваните наследници останувале само обврските. Со одбивањето на прифат на наследството, тестаментот станувал без дејство и се пристапувало кон интестатско наследување.

Во наскока на зачувувањето на концептот на тестаментот, римското право, по пат на законски интервенции во неколку наврати извршило извесни ограничувања кои се однесувале на легатите. Така *Lex Furiatamentaria* ја ограничил висината на легатот на 1000 аси (освен за коганти до шести степен)¹⁰, но законот бил без реален ефект, бидејќи оставината можеле да биде легирана со легати помали од овој цензус. Таков исход имал и *Lex Voconia* кој забранувал легатар да прими повеќе од она што го добивал наследникот.

Очекуваниот ефект го постигнал *Lex Falcidia*¹¹, воведувајќи ја *quartafalcidia*, односно четвртина од оставината резервирана за наследникот (ако биле повеќе наследници, најмалку четвртина од делот кој би им припаднал). Покрај тоа, ако легатите надмимувале три четвртини од вредноста на оставината, тие биле сразмерно намалувани во корист на наследниковата загаранатирана четвртина.

Gai. 2, 227. *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus eilegare liceat quam duodrantem, itaque necesse est, ut heres quartam partem*

⁹ Легатот можел да биде и суспензивно условен. Неговото стекнување зависело од моментот на исполнување на суспензивниот услов. Во случаите на условени или орочени легати постоела обврска за полагање на *cautio legatorum servandorum*, како обезбедување за легатарот дека легатот ќе биде извршен. Ако не била положена ваква кауција, легатарот можел да добие *missio in possessionem* (владение на оставината) а подоцна и *missio in bonavо* својство на извршна исправа. За истата цел пак, Јустинијан предвидел законска хипотека на ставрите од оставината.

¹⁰ Во спротивно, се плаќал четирикратен износ на вишокот на наследникот

¹¹ Овој закон осигурувал *heredis institutio*

hereditatishabeat.

Затоа е донесен *Lex Falcidia*, со кој е одредено дека неможе да се легира повеќе од три четвртини, па затоа нужно е наследникот да добие четвртина од наследството¹².

Ваквите прописи на почеток биле императивни. Јустинијан дозволил можност тестаторот изрично да го делегира ваквиот закон, а наследникот можел да бара *quartafalcidias* само ако ја искористил можноста да направи *beneficiuminventarii*.

2. *Fideicommissum* (фидеикомис)

Покрај легатот, како основ за сингуларна сукцесија се јавувал и фидеикомисот. Се работи за неформална молба, или препорака која оставителот можел да ја упати на наследникот, легатарот или на фидеикомисарот (*fideicommissarius*), во корист на трето лице, фидуцијар (*fiduciarius*), да даде или стори нешто, на товар на оставината.

УЕ. 25, 1. *Fideicommissum est, quod non civilibusverbis, sed praecativerelinquiturnec ex rigoreiuriscivilisproficiscitur, sed ex voluntatedaturrelinquentis.*

Фидеикомис е она што ни се остава не со цивилноправни зборови нити ни припаѓа по строгото цивилно право, туку се дава по волјата на оставителот.

Називот на овој институт, кој потекнува од термините *fides*¹³ и *commitere*¹⁴, ја означува неговата зависност од наследниковата совесност и чесност, од која единствено зависело почитувањето на ваквата молба на оставителот. Значи на почетокот, фидеикомисот не бил санкциониран. Правната заштита ја добил дури за време на Август, кога можел да биде реализиран со помош на конзул. Подоцна, за таа намена бил задолжен посебен орган *praetorfideicommissarius*, во постапка *extraordinem*.

Вакавата позиционираност на фидеикомисот упатува на заклучокот дека на почетокот тој битно се разликувал од легатот. Покрај тоа, разликите се состоеле и во уште неколку карактеристики.

¹² Покрај ваквата примена, *lexFalcidia* односно *quartaFalcidia*, почнувајќи од Септимиј Север, можеле да ја користат наследниците во случај на *donatio mortis causa*.

C. 6, 50, 5. *Si mortis causa immodica donationes in sororem tuam matrem contulisse probare potes, legis Falcidia ratione secundum constitutionem divi Severi a vime iu tipotes.*

Ако можеш да докажеш дека твојата мајка извршила несразмерни дарувања за случај на смрт спрема твојата сестра, можеш да се послужиш со одредбите на *lexFalcidia* спрема институцијата на божестваниот Север, мојот дедо

¹³ Совесност, чесност

¹⁴ Да се отстапи, да се довери, да се даде

Најпрво, фидеикомисот можел да се јави и кај интестатското наследување, покрај кај тестаменталното, иако формално-правно требало да постои активна тестаментифакција кај оставителот. Тоа значи дека правовалидниот фидеикомис не бил врзан за правовалидниот тестамент нужно, бидејќи тој можел да биде упатен и на интестатските наследници, но и на легатарите или на другите фидеикомисари. Најчесто тој бил одредуван во кодицил, но тоа можело да биде сторено и усно како и во обично писмо¹⁵. Притоа, не било потребно да се почитуваат правилата околу употребата на точна формула, нити исклучивата употреба на латинскиот јазик¹⁶.

Што се однесува до предметот на фидеикомисот, во извесна смисла се разликувал од оној на легатот. Имено, овде не можела да се одредува содржина со стварно-правно дејство, туку само од облигациона природа¹⁷.

Gai.2,250. *Cumigitur scripserimus: "Titius heres esto", possumus adicere: "rogote, L. Titi, petoque a te, ut cum primum possiderit hereditatem meam adire, C. Seio reddas restituas"*

Кога ќе напишеме: "Titius нека биде наследник", можеме да додадеме " те молам L. Titiusi барам од тебе што побрзо да го прифатиш наследството и да го предадеш на C. Seio"

Сепак, вакавата широка поставеност на фидеикомисот во однос на некави ограничувања започнала да се менува тогаш кога тој добил правна заштита. Најпрво, фидеикомисот не можел да им се остави на одредени категории на лица како *peregrini, incapaces, personae incertae*¹⁸, за подоцна да се воведат истите ограничувања како и за легатите. Така *SCPegasianum*, предвидел дека *Lex Falcidia* ќе се применува и на фидеикомисите, во однос на обврската на оставителот да обезбеди чиста четвртина од оставината за наследникот (наречена *quarta Pegasiana*).

Ваквото зголемување на формалностите и бројот на правилата кои го следеле фидеикомисот, напоредно со намалувањето кај легатот, довеле до суштинско приближување на двата институти¹⁹. Така, иако формално сеуште постоеле обата назива, Јустинијановото законодавство потполно

¹⁵ Ваквата слобода за составување значела и можност за исто такво неформално отповикување на фидеикомисот, секогаш кога оставителот ќе го посакал тоа.

¹⁶ Бидејќи бил во облик на неформална молба, можел да биде одреден како *rogote, mando, cupio, ut, peto* итн.

¹⁷ Така предмет можела да биде обврската за давање на некоја ствар, отпишување на долг, ослободување на роб, па дури и универзален фидеикомис кој предвидувал пренос на целата оставина.

¹⁸ Во вакви случаи определениот фидеикомис припаѓал на фискусот.

¹⁹ Покрај тоа укинатата била и разликата меѓу формуларната и екстраординараната постапка, па туженеите барања се решавале во когнициска постапка

ги изедначува²⁰. Во случај на судир на правилата, се применувало поповолното (она што важело за фидеикомис).

За стекнувањето на фидеикомисот важеле правилата за *diescedens* и *diesveniens*²¹, додека обата случаи се третираше како квазиконтракти, за чија заштита била резервирана тужба *extestamento*. Правото на легат или фидеикомис можело да се обезбеди со законска хипотека на оставината.

Во изворите на римското право можат да се најдат податоци за два посебни вида: универзален и семеен фидеикомис.

Fideicommissum hereditatis, определувал обврска за *fiduciarius*, наследникот, на *fideicommissarius* да му предаде дел или целото наследство. Ваквото индиректно определување на наследникот, не можело да се смета за универзална сукцесија, бидејќи наследник станувал фидуцијарот, кој бил должен да ги пренесе поединечните права и предмети на фидеикомисарот кога би бил присилен во екстраординарна постапка.

Сепак, на фидуцијарот сеуште му припаѓале непреносливите права (тужбите кои можел да ги користи оставителот за да ги реализира своите побарувања). Најчесто, давајќи му гаранција за долговите на оставината, фидеикомисарот посредно го терал фидуцијарот да ги реализира.

Ваквата позиција се чинела исклучително неповолна за наследникот, кој честопати користејќи го своето право, не ја прифаќал оставината, а со тоа останувал нереализиран и фидеикомисот. Заради тоа, на почетокот, било дозволено фидеикомисарот да може да ги користи наследниковите тужби како *actiones utiles*, а подоцна со одредбите на *SC Trebellianum*, било определено дека тие преоѓаат на фидеикомисарот *ipso iure*. На крајот, со веќе споменатиот *SC Pegasianum*, на наследникот му била обезбедувана четвртината од оставината, ако доброволно го предаде останатиот дел на фидеикомисарот.

Со овие две интервенции биле постигнати двете основни цели: исполнување на волјата на оставителот изразена во фидеикомис за непосреден пренос на што повеќе права и обврски на фидеикомисарот, но и поттикнување на наследникот да го прифати наследството.

Заради ваквата ситуација односот фидуцијар-фидеикомисар бил само формален. Во суштина вистински универзален наследник бил фидеикомисарот, а наследникот фидуцијар само посредник (*loco heredis*)

Втората посебна форма на фидеикомис, семеен фидеикомис

²⁰ per omnia exaequata sunt legata fideicommissis

²¹ Види во излагањето за легат

или *fideicommissum familiaerelictum* бил резултатот на настојбата да се обезбеди сочувување на семејниот имот во рамки на семејството. Имено, аналогијата со можноста за поставување на супститит при именувањето на наследници, ја отворило можноста овој институт да се применува и кај определувањето на фидеикомис. Така, оставителот можел да определи по пат на вулгарна супституција, замена за првиот фидеикомисар, доколку тој не успеал да го стекне, но и уште повеќе, оставителот можел да определи супститут и покрај реализираниот фидеикомис, кој определувал пренос на втор, трет итн фидеикомисар после истекот на определен рок или исполнување на некој услов (*substitutiofideicommissaria*). Во оваа прилика треба да се забележи дека семејниот фидеикомис за Римјаните бил применилив пред се за располагањата со недвижностите во урбаните средини, што упатува на фактот дека на сопственоста врз тие ствари им се придавало посебно значење²²

Определувајќи на вакаов начин последователни замени и при тоа забранувајќи ја можноста за располагање со фидеикомисот или осуетување на правото на следниот фидеикомисар, најчесто биле создавани семејните фидеикомиси. Како фидеикомисари и супститути се јавувале членови на исто семејство, со што било обезбедувано целокупниот имот да остане во рамки на семејството²³.

1. Сингуларната сукцесија како дел од содржината на тестаментот во македонското право

Важечкиот ЗН ја споменува сингуларната сукцесија во чл.98 како можност во тестаментот да се определуваат еден или повеќе легати, но целосната поставеност на легирањето е содржана во членовите 103-113.

²² Детално види: J Hillner. *Domus, Family, and Inheritance: The Senatorial Family House in Late Antique Rome*. *The Journal of Roman Studies*, Vol. 93 (Society for the Promotion of Roman Studies, 2003) 134

²³ *За orbi, caelibes personae incertae* важеле посебни правила и во врска со фидеикомисот. Gai. II. 286. *Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legatae capere prohibentur, olim fideicommissa uidebantur capere posse. 286a. Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdidit, olim solida fideicommissa uidebantur capere posse. sed postea senatus consulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui in eotestamento liberos habent, aut sinulli liberos habebunt, ad populum, sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus, quae ad eam aut simili ex causa caduca fiunt. 287. Item olim incertae personae uel postumo alieno per fideicommissum relinquere poterat, quam uis neque heres institui neque legatarii posset. sed senatus consulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque constitutum est.*

Погорен неколкупати беше спомената разликата помеѓу универзалната и сингуларната сукцесија кои како концепти датираат уште од римското право, без значајна разлика меѓу нивното поимање тогаш и сега. Според тоа, кога се споменува легатот, се мисли токму на сингуларната сукцесија, која легатарот не го поставува во улога на наследник кој го стекнува наследството во моментот на смртта на оставителот²⁴, туку лице кое добива право на облигационо-правно побарување спрема оној кој во тестаментот е определен да го изврши легатот. И тоа е всушност основната разлика помеѓу позицијата на наследникот и легатарот.

Прецизната и сеопфатна дефиниција за легатот е содржана во чл.103 од ЗН, при што законодавецот се задржува на прашањата кој може да остави легат, кому може да му се остави легат и каква може да биде содржината на легатот, притоа начелно определувајќи ја разликата во правната природа на легатот наспроти наследното право.

Оттука, анализата на овие неколку најзначајни елементи ја чинат суштината на сингуларната сукцесија, иако за да може да се смета дека легирањето е во потполност регулирано, треба да се разгледаат уште некои аспекти кои исто така се содржани во ЗН но и во ЗВП, ЗОО и ЗДСП.

Нема сомнеж дека правото да остави легат, му припаѓа на тестваторот, кој изразувајќи ја автономно својата волја, може да определи право или предмет за некое лице, кое ќе го определи како легатар.

Во однос на тоа кое лице може да се јави во улога на легатар, несомнено може да стане збор за било кое лице, физичко или правно, кое по волја на тестваторот ќе го стекне правото да бара извршување на легатот. Сепак, не треба да се заборава фактот дека и во случајот на легатот, потребно е лицето да биде живо во моментот на смртта на оставителот и да биде достоинствено за наследување²⁵, но како легатар може да се јави и зачнато но неродено дете, доколку се роди живо. Во сите случаи останува правото на легатарот да се откаже од легатот. Начинот на определување на легатарите е идентичен како оној на наследниците²⁶, освен кога се работи за определување на наследник со налог²⁷, кои за разлика од легатарите не се однапред поименично познати, туку се

²⁴ Забелешка: ваквата правна претпоставка се однесува на решението од нашето право, кое не ја прифаќа римската „hereditasjacens“, според која важи правната фикција дека животот на оставителот се продолжува се до моментот на стекнување на оставината кај наследниците

²⁵ Освен во случајот на делумно исклучување на нужните наследници

²⁶ ЗН.чл.101

²⁷ Модалитет кој е најблизок на определувањето на легат и според принципот на ограничениот одговорност на наследникот со налог и во случајот на сублегатот

определуваат откако ќе настапи предвидената ситуација. Не е исклучена ниту можноста за легатар да биде определено лице кое е и интестатски или тестаментален наследник на оставителот²⁸, како и легатарот да се јави во улога на лице кое е задолжено да го изврши легатот за друг легатар (сублегат-сублегатар, *sublegatum*). На крај, дозволено е и определување на доверителот на тестваторот за легатар²⁹

Законот е сосема јасен и во врска со содржината на легатот. Дотолку повеќе што легатот по својата правна природа е облигационо-правно побарување, од што логично произлегува заклучокот дека тоа може да биде некаква облигациона престажија.

Членот 103 од ЗН описно определува дека тестваторот може „...да остави еден или повеќе определни предмети или некое право на одредено лице, или да му наложи на наследникот или друго лице на кое нешто му остава, да му даде од она што му е оставено, некој предмет на определено лице, или да му исплати сума пари, или да го ослободи од некој долг, или да го издржува или воопшто во негова корист да направи нешто или да се воздржи од нешто или да трпи нешто.“

Според горенаведеното, широк е дијапазонот можностите на тестваторот за содржината на легатот. Сепак, пред се треба да се нотира фактот дека како легат може да бидат оставени ствари кои се дел од оставината во моментот на смртта на тестваторот, ствари што припаѓаат на трето лице, а кои должен е да ги обезбеди оној кого го задолжува тестваторот или тестваторовите наследници, права (но само права кои имат имотен карактер)³⁰, како и други користи (ослободување од долг,

²⁸ Се работи за прелегат(*prelegatum*) со што во конкретниот случај се определува дека легатарот покрај својата наследна квота, треба да ја добие и користа која му е определена како легатар. Во делот од излагањето за содржината на легатот, посебно ќе се осврнеме на начинот на извржувањето на прелегатот. Имено, Законот претпоставива засметување на легатот во наследниот дел, доколку тестваторот изрично не определил поинаку

²⁹ ЗН чл.111 Во таква ситуација, Законот не го претпоставува засметувањето на долгот на тестваторот спрема доверителот во легатот, освен во случаите кога е јасна намерата на тестваторот во таа насока според тестаменталните одредби. Се разбира предност при тоа има побарувањето што доверителот го имал спрема тестваторот, а право на првенствено извршување на легатот пред останатите легатари и наследници има и во случајот кога се врши засметување на долгот во легатот. Види Кирил Чавдар,Коментар на Законот за наследувањето,Скопје: Агенција „Академик“, 1996, 215

³⁰ Види Љиљана Спировиќ-ТрпеновскаСпировиќ-Трпеновска, Љиљана. Услови за поноважност на тестаментот, Зборник на Правниот факултет Јустинијан Први во чест на Ѓорѓи Марјановиќ Скопје:Правен факултет Јустинијан Први, 2011, 193

издржување). Според тоа може да стане збор за некое *dare*³¹, *facere*³², *nonfacere* и *pati*³³.

Покрај различните можности во врска со конкретните човекови дејствија и стварите, правата или користите, за содржината на легатот, особено е важно како тој е поставен во тестаментот, бидејќи од тоа произлегува и начинот и предимството при неговото издржување.

Така, кога легатот е определен со оставање на еден или повеќе предмети или некое право на одредено лице, станува збор за т.н непосреден или директен легат. Веќе беше споменато дека во таков случај, правото претпоставува дека таквиот легат треба да го извршат интестатските и тестаменталните наследници. Во суштина, легатот се извршува директно од оставината, но тоа во никој случај не значи стекнување на својство на наследник за легатарот³⁴ и притоа своето право не може да го заштити како наследниците, туку правото на заштита им припаѓа на извршителот на тестаментот, управителот или старателот на оставината³⁵.

За разлика од непосредниот, кај посредниот или индиректен легат каде облигационата престација кога ја чини содржината на легатот е поставена како обврска на конкретен наследник или неко друго лице на кое тестаторот нешто му остава, легатарот се стекнува со правото да бара извршување на легатот од именуваното лице³⁶.

Помеѓу начините за определување на легат, уште еднаш ќе ги споменеме прелегатот и сублегатот, при што во првиот случај како легатар се јавува интестатскиот наследник на тестаторот³⁷, односно во вториот случај кога на легатарот му се наложува да изврши легат во корист на трето лице.

Покрај сето ова, за легатот сообразно важи одредбата која се однесува на орочувањето, условувањето или определувањето наследник

³¹ Давање на *res in specie*, точно определена ствар која е дел од оставината или туѓа ствар која треба да ја обезбеди лицето задолжено за извршување на легатот; давање на *res in genere* како и давање на сума пари како парична обврска

³² Сторување во корист на легатарот, кое може да биде различно во различни ситуации. Меѓу нив може да бидат и активна и пасивна облигациона цесија (пренесување на побарување или ослободување од долг) но и издржувањето на лице, определено на конкретен начин во тестаментот или според условите предвидени во Законот за семејството

³³ Обврски на нечинење или трпење од кои за легатарот ќе произлезе некаква имотна корист

³⁴ Доколку наследниците не го оспорат легатот ЗВП чл.181 ст.1

³⁵ Кирил Чавдар, *op.cit* 201

³⁶ *ibid*, што произлегува од чл.104 од ЗН

³⁷ Ваквиот легат се извршува со засметување во наследниот дел, освен ако тестаторот изречно не се изјаснил за поинаков начин на извршување на прелегатот.

под услов, што директно произлегува од формулацијата „лицето на кое му остава некоја корист од оставината“³⁸

Легатот определен на некој од споменатите начини, својата крајна цел ќе ја достигне со неговото извршување. Товарот на извршувањето на легатот во различни ситуации обврзува различни лица кои се должни да го извршат.

Во ситуација кога е определен директен легат и од тестаментот не може јасно да се види кој е должен да го изврши легатот³⁹, товарот на извршување на легатот паѓа на извршителот на тестаментот, управителот на наследството или старателот на оставината⁴⁰. Всушност директниот легат паѓа на товар на сите интестатски и тестаментални наследници сразмерно со вредноста на делот што секој од нив го наследил⁴¹.

Кај индиректниот легат пак, обврската за извршување на легатот може да биде предвидена за некој од интестатските или тестаменталните наследници, односно и на самиот легатар(прелегат, сублегат). Според тоа, легатарот во сите наведени случаи има облигационо-правно побарување кое може да го истакне спрема лицето кое е точно наведено како задолжено за извршување на легатот⁴². Доколку од одредбите на тестаментот произлегува волјата на тестаторот како извршители на легатот да се јават повеќе лица, тогаш секое од нив во принцип одговара сразмерно на она што го добило како наследство или корист од оставината, освен ако тестаторот не прецизирал кој од нив колкав дел од легатот треба да изврши⁴³.

Во случаевите кога лицето ко е определено како должник на легатот нема да наследи, ЗН во чл. 106 ја нотира примената на принципот на репрезентација кога должник на легатот е интестатски наследник кој умрел пред тестаторот, се откажал од наследство во свое име или бил недостоен да наследи. Во сите овие ситуации според тоа, должник на легатот станува неговиот потомок. Доколку пак станува збор за негативна наследничка изјава и во име на потомците, должници на легатот стануваат наследниците од следниот наследен ред, бидејќи тие наследуваат интестатски.

Доколку пак се работи за тестаментален наследник кој не наследил

³⁸ ЗН чл.100

³⁹ Види погоре, непосредниот легат се извршува директно од оставината бидејќи се работи за предавање на некоја ствар која е дел од оставината

⁴⁰ ЗН чл.114 ст.1,„... да се грижи за исплата на долговите и легатите...“ ;ЗН чл.140 и ЗН чл.126

⁴¹ ЗН чл.104 ст.3

⁴² Освен во случајот кој произлегува од чл.179 од ЗВП

⁴³ ЗН чл.104 ст.1 и 2

заради смрт пред тестаторот, недостојност или негативна наследничка изјава, неговиот дел го наследуваат интестатските наследници, кои ќе ја преземат и улогата на извршители на легатот.

Законот за наследувањето е прецизен и во врска со извршувањето на легатот во ситуации кога постојат доверители кои имаат побарувања од оставината. Во таа смисла, чл.105 недвосмислено го потврдува стојалиштето на ЗОО во насока на заштита на доверителите, давајќи им предимство во наплатата на долговите од оставината, дотолку повеќе што легатот е лукративно располагање⁴⁴. Членот 111 ја регулира и состојбата според која, во улога на легатар може да се јави самиот доверител. Во тој случај правото да бара извршување на легат му припаѓа на тестаторовиот доверител исто како и на останатите легатари, без оглед што претходно го намирил своето побарување од оставината⁴⁵, освен доколку од тестаментот јасно не произлегува дека намерата на тестаторот е всушност намирување на долгот со определениот легат. Во последниов случај, легатарот чие побарување ќе биде намирено со легатот има предност пред останатите легатри, но и пред нужните наследници

Во врска со одговорноста на легатарот за тестаторовите долгови, во предвид треба да се земе и одредбата од ЗН која не ја исклучува таквата можност за легатарот. Оттука, уште еднаш се потврдува позицијата на легатарот како сингуларен сукцесор, кој нема обврска за извршување на долговите на оставината⁴⁶. Сепак, оставена е можноста за тестаторот да определи одговорност на легатарот за долг или долгови, но само во висина на вредноста на определениот легат⁴⁷, со можност за откажување од легатот.

Сепак, извршувањето на легатот не мора нужно да биде сторено во целост во сите случаи. Имено, на барање на должникот на легатот⁴⁸, судот

⁴⁴ Од сето ов произлегува дека легатарот би можел да остане и без легатот, доколку со наплата на долговите се исцрпила содржината на целата оставина(бидејќи не може да постави ни излачно барање при наплата на долговите на оставината од наследниците), а во исто време наследникот кој е извршител на легатот може да го намали износот на легатот или воопшто да не го реализира, доколку со тоа се повреди неговиот нужен дел. Подетално види: Кирил Чавдар, *op.cit* 208

⁴⁵ од текстот на чл.111 од ЗН се добива впечаток дека предност има извршувањето на легатот „...покрај извршувањето на легатот, да бара и извршување на своето побарување...“. Заради тоа, напоменуваме дека и во овој случај предност има намирувањето на долгот во однос на легатот(чл.105 ЗН) без оглед што се работи истото лице во улога на доверител и легатар

⁴⁶ тоа е обврска на универзалните сукцесори без оглед дали се интестатски или тестаментални. ЗН чл.110 ст.1

⁴⁷ во висина на вредноста на легатот, но одговорност со целиот имот на легатарот. Види ЗН чл.110 ст.2

⁴⁸ Судот не води сметка *ex officio*, што произлегува од чл.41 од ЗН

може да определи негово намалување. Ваквата практика се должи пред се на прифатениот концепт на нужно наследување во нашето наследно законодавство, според што наследникот кој е должен да го изврши легатот може да побара негово намалување доколку со неговото извршување се повредува неговиот нужен дел⁴⁹.

Во случај кога е определен сублегат пак, правото да бара негово намалување му припаѓа на легатарот, доколку сублегатот ја надминува вредноста на добиениот легат⁵⁰.

Можноста за сразмено намалување на легатот во зависност од тоа дали со него се повредува нужниот дел или се надминува вредноста на легатот доаѓа во предвид и кога тестаторот определил привилегиран легат, кој би можел да биде намален доколку со сразмерно намалување на останатите легати не би можело да се покрие во целост нужното наследување⁵¹. Со оглед на фактот дека сепак се работи за зачувување на тестаторовата автономна волја, Законот ја дозволува и можноста во тестаментот да биде определен поинаков начин за намалување на вредноста на легатите или сублегатите според желбата на тестаторот⁵².

Елаборацијата за концептот на сингуларната сукцесија во македонското наследно законодавство ќе ја заокружине со гасењето(отпаѓањето) и застарувањето на легатот.

ЗН во чл.108 и 109 ги определува ситуациите кога легатот отпаѓа, изедначувајќи го со правната последица на гасење на легатот⁵³: се смета дека никогаш не постоел таков легат.

Легаторовата смрт пред тестаторот во секој случај значи гасење на правото на легат, што не е случај кога легатарот умрел после тестаторот, но пред да побара извршување или пред да му биде извршен легатот. Во таквите случаи правото им припаѓа на легатаровите наследници по принципот на репрезентација.

Изјавата за откажување од легатот, исто така има за последица гасење на легатот, после што не се применува принципот на репрезентација. Доколку пак како легатари се јавуваат интестатски или тестаментални наследници, тие можат да дадат негативна наследничка изјава и само делумно во однос на легатот или во однос на наследниот дел⁵⁴. На

⁴⁹ ЗН чл.106 ст.1

⁵⁰ ЗН чл.106 ст.2

⁵¹ За ова повеќе Кирил Чавдар, *op.cit.* 209-210

⁵² ЗН чл.106 ст.3

⁵³ Заради тоа, според нас, треба да биде извршена термиолошка корекција или во насловот на членовите или во текстот и притоа да биде воедначена употребата на терминот „се гаси“ или „отпаѓа“

⁵⁴ Што значи да го прифатат наследството и да се откажат од легат, даго прифатат легатот а да се откажат од наследството или обете да ги прифатат или да ги одбијат. Види Кирил Чавдар. *op.cit.* 212

крајот, кога причина за гасењето на легатот е недостојноста, таа треба да настанала после составувањето на тестаментот, бидејќи свесното определување на лицето за легатар кое уште за време на животот на оставителот ги исполнувало условите за недостојност, треба да се третира како проштевање на тестваторот⁵⁵.

Горенаведените ситуации поставуваат уште едно значајно прашање, доколку дојде до гасење на легатот: кому ќе припадне предметот на легат? Во тој случај, предметот на легатот им припаѓа на лицата кои биле должни да го извршат легатот, а тоа се интестатските или тестаменталните наследници и тоа сразмерно на наследените делови доколку се работи за повеќе лица.

Гасењето на правото на легат, покрај во наведените случаи од чл.108 од ЗН, може да настапи и во случај на отуѓување, трошење или пропаѓање на предметот на легатот за време на животот на тестваторот или случајно пропаѓање по неговата смрт⁵⁶.

Во сите случаи, најважна е припадноста на предметот на легат кон *res in specie* односно *res in genere*, бидејќи заради таквата разлика, различна е правната последица. Во случај кога предметот е индивидуално определен, легатот ќе отпадне доколку уште за време на животот на тестваторот тој бил отуѓен, потрошен или престанел да постои, што не е случај кога предметот на легатот е генерички определен⁵⁷.

Истата последица на гасење на легатот ќе биде предизвикана и во ситуација кога предметот случајно пропаднал после смртта на тестваторот, но не и кога пропаѓањето на стварта е скривено од некое лице. Тогаш, лицето по чија вина пропаднал предметот на легатот е должно да ја надомести сторената штета според правилата за надомест на штета од облигационото право, од што ќе се определи и соодветна надомест за легатарот.

Посебна околност заради која може да дојде до гасење на правото на легат е застарувањето, предвидено во чл.112 од ЗН. Последицата застареност, според законодавецот настапува по истекот на една година од денот кога легатарот разбрал за своето право и бил овластен да бара извршување на легатот, но најдоцна во рок од десет години по правосилноста на решението за наследување, односно по дваесет години од смртта на оставителот⁵⁸.

Ваквата поставеност на застарувањето треба да биде разгледана од неколку аспекти. Првата претпоставка наведена во законската одредба

⁵⁵ *ibid*

⁵⁶ ЗН чл.109

⁵⁷ *genera non pereunt*

⁵⁸ ЗН чл.112

е протекувањето на рокот од една година од моментот на дознавање на правото на легат, што може, но и не мора да се поклопи со моментот на смртта на тастаторот.

Имено, легатарот може да знае за постоењето на легат во негова корист и пред смртта на тастаторот, но овој рок не може да започне да тече пред моментот на смртта на тастаторот, со оглед на тоа што и легатот како сингуларна сукцесија има дејство *post mortem*. Заради тоа, најрано, овој рок може да започне да тече од моментот на смртта на тастаторот. Сепак, за постоењето на правото на легат, легатарот може да дознае и во моментот на отварањето на тастатментот во текот на расправањето на оставината или дури и после донесувањето на оставинското решение.

Како што веќе споменавме, правото на легат е облигационо по својата природа, заради што, моментот на стекнувањето на легатот е всушност момент во кој легатарот стекнува право да побара да се изврши определениот легат. Сепак, моментот на стекнувањето на право да се бара извршување на легатот, може да биде условено или орочено⁵⁹, зради што тој нема да се поклопи со моментот на смртта на оставителот.

Без оглед на оклноста дали моментот на дознавање за правото на легат ќе се совпадне со моментот од кога тој стекнува право да бара извршување на легатот, рокот од една година ќе започне да тече кога кумулативно ќе бидат исполнети двете наведени претпоставки.

Во врска со течењето на овој рок, треба да се спомене и евентуалната можност за оспорување на легатот од страна на наследниците или оспорувањето на полноважноста на тастатментот во целина, заради што исто така може да биде одложен почетокот на течењето на рокот.

Исполнувањето на двете наведени претпоставки во суштина го овластува легатарот во наведениот рок од една година да бара извршување на легатот од должникот определен во тестаментот. Извршувањето на легатот во оваа смисла ќе има за последица стекнување на право на сопственост врз предметот на легатот⁶⁰. Истекот пак на предвидениот рок во кој легатарот не побарал извршување значи застарување на неговото право, со што правото на сопственост на предметот на легатот би му припаднало на лицето определено како извршителот на легатот.

Во секој случај, протекот на роковите од десет години по

⁵⁹ како што веќе видовме, модалитетите при именување на наследник може да бидат искористени и при определување на легатар.

⁶⁰ Судското решение кое го определува правото на легат(во рамки на донесеното наследно решение), нема обврзувачки карактер спрема лицето задолжено за извршување на легатот, односно има деклараторен карактер, што значи дека доколку нема да се изврши, легатарот е овластен со посебна тужба да бара пресуда за извршување на легатот. Види Кирил Чавдар. *op.cit.*218

правосилноста на решението за наследување, односно дваесет години од смртта на оставителот има за последица гасење на правото на легат.

Заклучок

Генезата на тестаментот како инструмент со кој на оставителот му се обезбедува изразување на автономната волја за распределба на оставината со дејство *mortis causa*, ја покажува првичната идеја која датира од римското право, единствено именувањето на наследник(ци) да се смета за тестамент. Меѓутоа, ваквиот став, доживува своја трансформација во насока на проширување на содржината на тестаментот со третманот на полноважност и на други одредби кои го сочинувале тестаментот со кои не биле именувани наследници. Сепак, мислењето дека круцијален елемент, без кој не може да стане збор за тестамент *heredisinstitutio*, никогаш не бил напуштен во римскиот наследно-правен систем.

Во таа смисла и нашето позитивно право содржи низа одредби кои упатуваат на заклучокот дека тестаментот може да содржи и други одредби освен именувањето на универзален наследник, иако токму одредбата која се однесува на именувањето на наследник и теоретски и во практиката го има епитетот на најзначајна во тестаментот.

Именувањето на наследник(ци) може да биде сторено на различни начини. Имено, тестаторот може да го стори тоа изрично определувајќи ги наследните квоти или преку конкретизирање на предметите доколку намерата на тестаторот сепак била лицето да стекне својство на наследник. Притоа, тестаторот може да определува и супститути кои би дошле во предвид заради некои околности заради кои наследникот не би можел да наследи⁶¹, па дури и да го услови, орачи или оптовари со налог стекнувањето на својството наследник⁶².

Меѓу тестаменталните одредби може да се најдат и онакви кои определуваат сингуларна сукцесија(легат)⁶³ или одредби за располагања за дозволени цели и основање на задружба⁶⁵.

Понатаму, со изрична и прецизна одредба во тестамент, тестаорот може да изврши исклучување на нужните наследници⁶⁶, но и да изрече

⁶¹ За определувањето на универзални и сингуларни наследници, модалитетите при нивното определување, како и за простата супституција детално ќе стане збор подоцна

⁶² ЗВП чл.177ст.1 т.4и чл.179 ст.1 а во врска со чл.100 од ЗН

⁶³ ЗН чл.98

⁶⁴ И легатот може да биде условен, орачен или да биде определен *modus*. Види ЗВП чл.180

⁶⁵ ЗН чл.99

⁶⁶ ЗН чл.47. Притоа, законодавецот ја потенцира корисноста од наведувањето на

проштевање од недостојноста за наследување⁶⁷.

Меѓу одредбите на тестаментот, покрај материјално-правните, место можат да добијат и оние од формално-правен карактер како што се определувањето на извршител на тестаментот, отповикувањето на поранешен тестамент или определување на привремена мерка за обезбедување на оставината⁶⁸

Членот 97 во ставот 3 од ЗН и изрично прецизира дека во нашето наследно право не се прифаќа концептот на фидеикомисарната супституција, која постоела во римското право, а особено била карактеристична за феудалните општества⁶⁹. Односно, тестаторот не може да определува наследник на својот наследник, со што пред се би се нарушил принципот на автономија на волјата на оставителот како темел на тестаменталното наследување.

причините за недостојност, но со новите измени, се предлага нивно задолжително наведување. Види Комисија за семејно и наследно право, *op.cit.* 89

⁶⁷ ЗН чл.124

⁶⁸ ЗН чл.113, ЗН чл.117 и ЗВП чл.153и 154

⁶⁹ Причината зарди која вакавата супституција се фаворизирала за време на феудализмот е идејата семејниот имот да се пренесува од генерација на генерација, без можност по пат на наследување да се раситнуваат големите феудални поседи.

Esin Kranli Bajram, PhD
Assistant professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
University “Ss.S Cyril and Methodius”
e.kranlibajram@pf.ukim.edu.mk

SINGULAR SUCCESSION IN ROMAN AND CONTEMPRARY MACEDONIAN LAW

Abstract: *The interest in the various aspects of inheritance undoubtedly stems from the continuing actuality of the issue of better regulation of hereditary legal relations, both in theory and in practice. This paper deals with a rarely elaborated question concerning the possibility of determining a singular successor in the will. In Roman law in this sense, it is about the legate and fideicomis (legatum, fideicommissum), while in themacedonian law, of the legate as the possible content of the will. Hence, the research will show the genesis, but also the determination of the terms and the types of these institutes, correspondingly starting from the solutions in Roman law. In doing so, the authors focus on the modalities in which singular succession can occur, as well as their potential deficiencies that could be overcome by, de lege ferenda.*

Key words: *singular succession, legatum, fideicommissum*

УГОВОР О ДОСМРТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ (УЗДРЖАВАЊУ) У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ ХРВАТСКЕ – РЕГУЛАТИВА КОЈУ ТРЕБА СЛЕДИТИ, ИЛИ...?***

UDK:347.4:347.645(497.11)
Original Research Paper

Апстракт: Доношењем Закона о обвезним односима у Републици Хрватској по први пут је регулисан уговор о досмртном издржавању (уздржавању), тип уговора којим се за живота примаоца издржавања имовина преноси на даваоца издржавања. Мишљења о овом уговору су подељена у хрватској јавности, а због бројних злоупотреба у пракси све су гласнији захтеви за његовом забраном. Овај уговор егзистира и у правном животу Републике Србије изван законске регулативе деценијама уназад, као тзв. неименовани, неправни, квази-уговор о доживотном издржавању. Анализирајући сличности и разлике између именованог и неименованог уговора о доживотном издржавању, и указујући на решења којима је прибегао хрватски законодавац регулишући досмртно издржавање, аутор дискутује о потреби нормирања овог уговора у будућој кодификацији грађанског права у Србији и указује на разлоге који би кодификатора могли одредити у том правцу.

Кључне речи: уговор о досмртном издржавању, уговор о доживотном издржавању, правне последице, злоупотреба.

УВОД

У домаћој теорији, у зависности од тренутка у коме долази до преноса имовинских права са примаоца издржавања на даваоца

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046), који финансира министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

издржавања, разликују се уговор о доживотном издржавању код кога се пренос имовинских права одлаже до смрти примаоца издржавања, и уговор о доживотном издржавању код кога се пренос остварује за његовог живота.¹ И док је први облик уговора о доживотном издржавању деценијама уназад регулисан наследноправним прописима, други облик уговора о доживотном издржавању изван је законске регулативе и „живи“ кроз судску праксу, са свим недостацима које из тога произилазе, пре свега по интересе примаоца издржавања. Будући да није регулисан, за њега се у доктрини и јудикатури користе различити изрази: неименовани, неправи, квази-уговор о доживотном издржавању.²

Премда слични по својим карактеристикама, ова два уговора производе битно другачија правна дејства, јер се последице по примаоца и даваоца издржавања, које проистичу услед различитих тренутака преноса имовинских права, значајно разликују. Разлика у тренутку преноса значајна је и са теоријскоправног и са нормативног а и са практичног аспекта. Зато се и поставља питање има ли оправдања за нормирањем типа уговора о доживотном издржавању код кога се трансфер права својине врши за живота примаоца издржавања, или бар за прецизнијим регулисањем неких значајних питања код закључења оваквог уговора, како би се превасходно заштитила правна позиција примаоца издржавања.³

Грађански законик Републике Србије, као својеврстан споменик

¹ Видети нпр. К. Месаровић, Правни облици уговора о доживотном издржавању, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 4/60, стр. 10–12; Н. Стојановић, Однос уговора о доживотном издржавању и осталих наследно-правних уговора, Уговор о доживотном издржавању – зборник радова, Ниш, 1997, стр. 106. Неки аутори сматрају да се чињеници тренутка преноса права са примаоца на даваоца даје превелики значај, али ову поделу не оспоравају. Видети: С. Сворцан, Раскид уговора о доживотном издржавању, Београд, 1988, стр. 28.

² У овом раду најчешће ћемо за овај уговор користити термин неправи уговор о доживотном издржавању, док ћемо за облик уговора о доживотном издржавању који је регулисан, када за то у тексту постоји потреба, користити и одредницу „именовани“, понекади „прави“, како бисмо, у недостатку боље терминологије разликовали ова два уговора.

³ Нажалост, оба ова уговора, иако би првенствено требало да имају за циљ да се обезбеди издржавање примаоцу издржавања, веома су контроверзна. У пракси они веома често служе за изигравање интереса нужних, али и осталих наследника примаоца издржавања, јер се неретко закључују са циљем да имовину стекне један потомак или супружник, а да се другим потомцима или осталим наследницима не остави ништа. Више: D. Klasiček, S. Šimleša Vučemilović, Certain Issues Concerning Contracts on Support for Life and Contracts on Support after Death, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series, Issue 3, International Scientific Conference “EU and Member States – legal and economic issues”, 2019, стр. 749 и 762–766..

правне културе једнога друштва и слика грађанских односа једног времена, чије доношење сви правници, а и шира јавност са нестрпљењем ишчекују, акт је у коме би место требали наћи сви уговори, који по својој учесталости и значају у правном животу то заслужују. С тим увези, поставља се питање да ли овом кодификацијом треба бити уређен и неправи уговор о доживотном издржавању, и, ако је одговор потврдан, на који начин.

До одговора на ово питање настојаћемо да дођемо анализом карактеристика неправог уговора о доживотном издржавању и његових специфичности кроз компарацију са одликама именованог уговора, као и анализом правних последица које овај уговор производи. Како је у хрватском праву пре неколико година овај облик уговора о доживотном издржавању посебно регулисан у кодификацији уговорног права и именован као уговор о досмртном уздржавању, у раду ћемо настојати да подробније проучимо решења којима је хрватски законодавац прибегао, и уочимо могућност њихове трансплантације у право Републике Србије. Осим тога, сагледаћемо и како се овај уговор “показао” у пракси, односно да ли је он испунио очекивања због којих је регулисан или је послужио као полигон за различите манипулације. На бази учињеног истраживања, изнећемо свој суд о томе да ли би и на који начин овај уговор требало нормативно уобличити у будућем грађанском кодексу.

1. ОСНОВНЕ НАПОМЕНЕ О ТЗВ. НЕПРАВОМ УГОВОРУ О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

Уговор о доживотном издржавању по први пут је регулисан у нашем праву у савезном Закону о наслеђивању 1955. године.⁴ Уговарање доживотног издржавања било је широко распрострањено и пре тога, а пракса је познавала бројне модалитете овог правног посла, који су називани различитим именима.⁵ Међутим ЗОН из 1955. регулисао је само један облик уговора о доживотном издржавању, и то онај који се најређе закључивао – уговор којим се пренос права са примаоца на даваоца издржавања одлаже до примаочеве смрти.⁶ Интенција законодавца била је да на тај начин разграничи допуштени уговор о доживотном

⁴ „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 20/55. Даље: ЗОН из 1955. године

⁵ Неки од тих назива били су: „уговор о наслеђивању“, „коменцијашке нагодбе“, „уговор о предаји“, „уговор о заједници живота, рада и имања“. Н. Суботић-Константиновић, Уговор о доживотном издржавању, Енциклопедија имовинског права и удруженог рада, Том III, стр. 520.

⁶ Више о различитим облицима уговора о доживотном издржавању: М. Крећ, Ђ. Рајић, Коментар Закона о наслеђивању, Загреб, 1964, стр. 365.

издржавању од недопуштеног уговора о наслеђивању, а не да се остали облици овог правног посла елиминишу из правног живота.⁷ Уговору о доживотном издржавању код кога се пренос имовине врши за живота примаоца издржавања, најчешће одмах након његовог закључења, као чисто облигационом уговору, није ни било места у пропису који је уређивао наследноправне односе.

Ипак, у правном животу овај уговор се закључивао и након доношења Закона о наслеђивању, те се поставило питање његове пуноважности, с обзиром на то да није био регулисан. На Проширеној општој седници Савезног врховног суда усвојено је Начелно мишљење да је овај вид уговора о доживотном издржавању допуштен у нашем праву.⁸ Стојећи у дилеми да ли примат дати начелу аутономије воље, или уговор огласити противним правном поретку и, самим тим, ништавим, и тако заштитити сигурност субјеката у правном промету и спречити потенцијалне злоупотребе права, Савезни врховни суд, притиснут животном реалношћу, определио се за прву опцију. Као неименованом, на овај уговор примењивала су се правна правила грађанског права садржана у предратним прописима,⁹ и општа начела уговорног права, а након доношења Закона о облигационим односима¹⁰ – правила садржана у општем делу овог закона. За пуноважност овог уговора, према схватању Суда, није се тражило да буде закључен у нарочито свечаној форми прописаној за именовани уговор,¹¹ већ је форму уговора одређивао

⁷ Више о томе: Б. Марковић, Закон о наслеђивању – са објашњењима и напоменама, Београд, 1955, стр. 142.

⁸ Видети: Начелно мишљење Проширене опште седнице Савезног врховног суда, бр. 8/57, од 11.01.1957. године. Интегрални текст видети код: М. Крећ, Ђ. Рајић, *op. cit.* стр. 377; О. Антић, З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 513–514.

⁹ На основу чл. 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације.

¹⁰ Након доношења Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, “Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93 и “Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 – Уставна повеља; даље: ЗОО), основ за закључење овог типа уговора налази се у чл. 10. Закона, према коме су стране у облигационим односима слободне да своје односе уреде по својој вољи, крећући се у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.

¹¹ Још је ЗОН из 1955. предвидео свечану форму за закључење уговора о доживотном издржавању, која има конститутиван значај (форма *ad solemnitatem*). Уговор је морао бити сачињен у писаном облику и потписан, без обзира да ли прималац уговором располаже непокретном ствари у корист даваоца издржавања, или се његова обавеза састоји у преносу својине на покретним стварима. Осим тога, неопходно је да уговор буде оверен (потврђен) од стране судије, који је нарочито дужан да пре тога уговорним странама прочита садржину уговора и упозори их на правне последице уговора (чл. 122. ст. 4. и 5. ЗОН из 1955. године). Сличну одредбу имао је и важећи Закон о наслеђивању

предмет обавезе примаоца издржавања. Тако, писана форма уговора и овера потписа уговорних страна у суду потребна је била само ако је прималац располагао непокретним стварима.¹² Практичне последице овог става огледале су се и у могућности конверзије уговора о поклону, закљученог у писаној форми, у теретни, неправи уговор о доживотном издржавању, када су уговарачи уговорили доживотно издржавање поклонодавца,¹³ па чак и када је сагласност о томе усмено постигнута након закључења уговора.¹⁴

Доношење Закона о облигационим односима била је прилика да се овај вид уговора о доживотном издржавању, због значаја правних последица које производи, нормира у пропису који за њега и јесте *sedes materiae*. Премда је Скица за Законик о облигацијама и уговорима,¹⁵ која је била и више од основе за израду ЗОО, по угледу на Швајцарски законик о облигацијама,¹⁶ дефинисала уговор о доживотном издржавању као правни посао којим се прималац издржавања обавезује да на даваоца пренесе својину одређених ствари или каква друга права (без опредељивања тренутка њиховог преноса), ово решење није ушло у коначну редакцију законског текста. Наиме, уговори који су у нашем праву

Републике Србије (Сл. гласник РС“ бр. 46/95, 101/03 и 6/2015; даље: ЗОН), с тим да је било прецизирано да је судија дужан да примаоца упозори да имовина обухваћена овим послом не улази у његову заоставштину, и да се из ње не могу намирити нужни наследници. Изменама ЗОН-а с почетка 2015. године, овај уговор се више не закључује пред судијом, већ пред јавним бележником, у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Нотар мора да упозори уговорне стране на исте правне последице на које их је до новелирања закона упозоравао судија. О свим предузетим радњама нотар ставља напомену у солемнизационој клаузули (чл. 195. ЗОН).

¹² Па и тада, у судској пракси су заузимани ставови да за овај уговор није неопходна ни писана форма, ако су обе уговорне стране уговор у потпуности извршиле. Видети: Одлука Врховног суда Хрватске, Гж. 294/71, од 24.11.1971. године.

¹³ Видети: Одлука Врховног суда Србије, Рев. 2195/93. Тиме је јудикатура практично допустила заобилажење норми којима је регулисана строга форма уговора о доживотном издржавању, због чињенице да је пренос права извршен за живота преносиоца, што је за последицу имало угрожавање интереса нужних наследника поклонодавца/примаоца издржавања.

¹⁴ У једном таквом случају Врховни суд Србије нашао је да природа овако закљученог уговора није доброчина, и да се овакав уговор може сматрати неименованим уговором о доживотном издржавању, будући да су услови у погледу форме задовољени (Рев. 1424/02; наведено према: М. Убавић, Уговори о доживотном издржавању, Београд, 2004, стр. 174).

¹⁵ М. Константиновић, Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1996. Видети: чл. 943. ст. 1. Скице.

¹⁶ Швајцарски законик о облигацијама од 30. марта 1911. године. Видети: чл. 521. ст. 1. Законика.

традиционално били регулисани наследноправним прописима, нису инкорпорирани у ЗОО, већ су остали у републичким законима о наслеђивању. Тако је неправи уговор о доживотном издржавању у праву Србије остао изван законске регулативе и до данас, али он и даље егзистира у пракси.¹⁷

2. УГОВОР О ДОСМРТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ ХРВАТСКЕ

2.1. Норматива

За неправи уговор о доживотном издржавању међу хрватским теоретичарима и правницима-практичарима деценијама уназад у употреби је термин *уговор о досмртном уздржавању (издржавању)*. Иако је хрватска теорија указивала на потребу регулисања овог контроверзног правног посла, због учесталости његовог закључивања и тежине правних последица које производи, приликом доношења *Zakona o nasljeđivanju* 2003. године¹⁸ до суштинских промена није дошло, те је уз мале измене нормиран само облик уговора о доживотном издржавању који је и до тада био регулисан наследноправним прописима.¹⁹ Ипак, непуне три године касније, доношењем *Zakona o obveznim odnosima*,²⁰ поред уговора о доживотном издржавању, чиме су у том делу дерогиране норме ЗНРХ (чл. 116–121), своје нормативно уобличење добио је по први пут и неправи уговор о доживотном издржавању, који је именован уговором о досмртном уздржавању (издржавању).²¹ Дилема, која је до тада постојала – да ли уговор о доживотном издржавању регулисати у кодификацији облигационог права, отклоњена је заузимањем става да као посебан правни посао треба регулисати уговор о досмртном издржавању, те да је

¹⁷ Видети у том смислу: Закључак Грађанског одељења Врховног суда Србије од 16.02.1994. године, као и бројне одлуке наше највише судске инстанце: пресуде Врховног суда Србије, Рев. 166/98, од 01.07.1998. године, Рев. 3401/01 од 21.09.2001. године, У. 3764/2003, од 11.06.2004. године, Рев. 2175/2009, од 15.10.2009. године, и др.

¹⁸ „Narodne novine“, бр. 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15 и 14/19; даље: ЗНРХ.

¹⁹ Више о томе: В. Ivančić-Kačer, *Ugovori o darovanju, uzdržavanju, i ortaštvu, gdje im je mjesto?*, Тридесет година Закона о облигационим односима – *de lege lata* и *de lege ferenda*, зборник радова, Крагујевац, стр. 357.

²⁰ „Narodne novine“, бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15 и 29/18. Закон је ступио на снагу 01. јануара 2006. године; даље: ЗООРХ.

²¹ Иако је у Хрватској у употреби термин „уздржавање“, будући да пишемо на српском језику у редовима који следе употребљаваћемо термин „издржавање“.

опортуно оба уговора уредити у једном акту.²²

Хрватски законодавац се, приликом нормирања уговора о досмртном издржавању, определио за другачији приступ у односу на онај који је био учињен у Скици за Законик о облигацијама и уговорима, сагледавајући уговоре о доживотном и досмртном издржавању као два различита правна посла. Ипак, имајући у виду чињеницу да су по својим карактеристикама, донекле и дејствима, ова два правна посла блиска, ЗООРХ посветио је уговору о досмртном издржавању свега неколико чланова (чл. 586–589), одређујући појам уговора, придржај права стварног терета и утицај смрти даваоца издржавања на уговор, а истовремено упућујући на примену одредаба Закона о уговору о доживотном издржавању по свим питањима која нису посебно регулисана.²³ Ове норме примењују се на уговор о досмртном издржавању „на одговарајући начин“,²⁴ што судијама омогућава врло еластично тумачење, и извесну дозу произвољности у примени правила на конкретне животне ситуације.

Појам и правна природа. Полазећи од појмовног одређења које је изградила теорија и судска пракса, ЗООРХ дефинише уговор о досмртном издржавању као правни посао којим се једна страна (давалац издржавања) обавезује да ће другу страну или треће лице (примаоца издржавања) издржавати до његове смрти, а друга страна се обавезује да ће за живота на даваоца пренети сву или део своје имовине.²⁵ Будући да уговор нема транслативно дејство, за стицање својине неопходан је *modus acquirendi*.²⁶ Уговор је, дакле, само титулус, а својина се стиче предајом покретних ствари, односно укњижбом права својине у земљишну књигу, када је реч о непокретностима.²⁷ За упис права власништва неопходна је изјава у писаној форми којом се прималац издржавања саглашава са укњижбом (*clausula intabulandi*). Она је, по правилу, саставни део садржине самог уговора, мада нема сметње да сагласност буде дата и на посебној исправи.

По својим карактеристикама, уговор о досмртном издржавању веома је сличан доживотном издржавању. Реч је о синалагмнатичном, теретном, строго формалном правном послу, који је трајног карактера и који се закључује с обзиром на лична својства уговорних страна.

²² Више о томе: В. Ivančić-Каџер, *op. cit.* стр. 357 и даље.

²³ Уговор о доживотном издржавању регулисан је чл. 579–585. ЗООРХ.

²⁴ Видети: чл. 589. ЗООРХ.

²⁵ Видети: чл. 586. ст. 1. ЗООРХ.

²⁶ Видети: чл. 586. ст. 2. ЗООРХ.

²⁷ *Видети: чл. 116 и 120 Закона о власништву и другим стварним правима („Narodne novine“, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12).*

Баш као и уговор о доживотном, и уговор о досмртном издржавању има елементе алеаторности, али с том разликом да је код овог уговора димензија алеаторности израженија на страни примаоца издржавања. Основна разлика у погледу правне природе ова два уговора огледа се у чињеници да је уговор о досмртном издржавању чист облигациони уговор, док се уговор о доживотном издржавању традиционално сврстава у облигационе уговоре од посебног значаја за установу наслеђивања, услед чега проистичу и различита дејства која ови уговори производе.

Предмет уговора. Предмет уговора о досмртном издржавању идентичан је предмету уговора о доживотном издржавању, с том разликом да је тренутак преноса имовине на даваоца издржавања различит. Давалац издржавања обавезује се да примаоца издржава до његове смрти, при чему закон није извршио прецизирање шта се под издржавањем сматра, нити је изричито предвидео обавезу даваоца досмртног издржавања да сахрани примаоца. Ближе дефинисање обавеза дужника издржавања препуштено је, дакле, диспозицији уговорних страна.

Прималац издржавања, на основу уговора, за живота преноси на даваоца сву или део своје имовине. Хрватски легислатор не захтева изричито да ствари и права којима се уговором располаже буду у уговору индивидуализоване,²⁸ нити се као услов поставља располагање постојећом имовином. Иако има мишљења да се уговором о доживотном издржавању може располагати само имовином која у време закључења уговора припада примаоцу,²⁹ у судској пракси је заузет став да предмет уговора може бити и будућа имовина.³⁰ Сматрамо да нема ваљаних разлога да се овакав став не примени и на уговор о досмртном издржавању, уз уважавање специфичности које овај уговор карактеришу.³¹

Заштита примаоца издржавања. Прималац издржавања овлашћен је да, као јемство за испуњење уговорне обавезе, конституише стварни

²⁸ Овакво решење има оправдања, нарочито када је реч о покретним стварима, док оно практично није применљиво код непокретности, јер се без њихове индивидуализације не може извршити пренос својине у јавним књигама.

²⁹ Р. Klarić, М. Vedriš, *Građansko право, opći dio, stvarno право, obvezno i nasljedno право*, Zagreb, 2009, стр. 511.

³⁰ Видети: Одлука Врховног суда Хрватске, Рев. 2082/99, од 21.08.2002. године и Одлука Жупанијског суда у Ријеци, Гж.786/01, од 18.09.2002. године. Наведено према: *Ugovor o doživotnom i dosmrtnom uzdržavanju u sudskoj praksi*, Prilozi бр. 3/12, Hrvatske javnobeležničke коморе, стр. 18 и 21.

³¹ Тако, нпр. у случају да је уговором отуђење права одложено условом или роком, давалац издржавања може након закључења уговора извршити забележбу свог права у земљишној књизи, када је предмет уговора непокретност, односно уписати своје право у јавни уписник када је предмет уговора покретна ствар за коју се води какав јавни уписник (видети: чл. 581 ЗООРХ).

терет издржавања на непокретности којом је располагао уговором.³² Правна позиција примаоца издржавања тиме је заштићена, јер реални терет издржавања, као стварно право, следи непокретност у случају да давалац издржавања њоме располаже, и терети новог власника, тачније њеног свакодобног власника.³³ Мишљења смо да интереси примаоца издржавања могу бити заштићени, уз сагласност даваоца, и уписом права из уговора у земљишну књигу у виду забележбе. Тиме се сва трећа лица обавештавају да је лице постало власник непокретности на основу уговора о досмртном издржавању, и да је својину стекло под раскидним условом – уколико дочекува примаоца. Ако се уговарачи сагласе, нема сметње да се на стану или кући која је предмет уговора конституише и право плодоуживања или право становања у корист примаоца издржавања. Уговарањем неке од ових личних службености знатно би се отежало отуђење непокретности даваоцу издржавања, те су овакве уговорне одредбе реткост и углавном се уговарају када су сауговарачи блиска лица.

Форма. До доношења ЗООРХ, за пуноважност уговора о досмртном издржавању, као неименованог уговора, захтевало се да потписи уговарача на уговору закљученом у писаној форми буду оверени у суду, а од ступања на снагу Закона о јавном билежњаштву,³⁴ оверу потписа уговарача могли су вршити и јавни бележници, сходно чл. 59 овог закона, и то само када је предмет уговора била непокретна ствар. Како ЗООРХ није посебно регулисао облик у коме уговор о досмртном издржавању мора бити закључен, као спорно јавило се питање да ли је за пуноважност овог уговора и даље довољна само овера потписа, или уговор треба закључити у форми предвиђеној за закључење уговора о доживотном издржавању. Врховни суд Хрватске, на седници Грађанског одељења одржаној 5. јуна 2006. године заузео је став да се на уговор о досмртном издржавању сходно примењује одредба чл. 580 ЗООРХ,³⁵ чиме су се желели заштитити интереси примаоца издржавања и смањити потенцијалне злоупотребе од стране његовог сауговарача.

Уговор о досмртном издржавању, стога, мора бити састављен у писаној форми, независно да ли су предмет уговора покретне ствари или непокретности, и оверен од стране судије, солемнизован од јавног бележника, или састављен у облику јавнобележничког акта. Приликом

³² Видети: чл. 587 ЗООРХ.

³³ У том смислу и: Р. Klarić, М. Vedriš, *op. cit.* стр. 513; D. Klasiček, S. Šimleša Vučemić, *op. cit.* стр. 761.

³⁴ „Narodne novine“, бр. 78/93, 29/94, 162/98, 16/07, 75/09 и 120/16.

³⁵ Наведено према: Lj. Drakulić, Raskid ugovora o dosmrtnom uzdržavanju. Чланак доступан на интернет адреси: <http://www.iusinfo.hr/dailycontent/Topical.aspx?id=13232>. Посета сајту: 28.09.2019. године.

овере уговора овлашћено лице дужно је да уговор прочита уговорним странама и упозори их на правне последице закључења уговора.³⁶ Пропуст неког од елемента овако строге форме санкционисано је ништавошћу уговора.

Последице претходне смрти даваоца издржавања. Хрватски законодавац, чини нам се оправдано, сматрао је значајним да на другачији начин уреди ситуацију када давалац издржавања премине пре примаоца код уговора о досмртном, у односу на уговор о доживотном издржавању. За разлику од доживотног издржавања, где у случају претходне смрти даваоца издржавања, права и обавезе из уговора прелазе на његовог супружника и потомке који су позвани на наслеђе, ако на то пристану, код досмртног издржавања обавезу издржавања могу наставити сви наследници даваоца издржавања.³⁷ Овакво решење, којим се предвиђа значајно шири круг субјеката, припадника и даљих наследних редова, на које права и обавезе из уговора могу прећи након смрти даваоца издржавања, има своје логичко оправдање у чињеници да су добра стечена уговором постала саставни део заоставштине даваоца, што код уговора о доживотном издржавању није случај. Тиме се штите интереси наследника даваоца издржавања, који су заинтересовани да се обавезе из уговора у потпуности изврше, како би се спречио раскид уговора због њиховог неиспуњења и повраћај имовине.³⁸

Уколико даваочеви наследници не пристану на продужење уговора,

³⁶ Хрватски легислатор не прецизира на које правне последице уговарачи (пре свега прималац издржавања) морају бити упозорени. Када је реч о уговору о доживотном издржавању, чини нам се да овлашћено лице мора упозорити уговараче да имовина која је обухваћена уговором не улази у заоставштину примаоца издржавања и да се из ње не могу намирити његови нужни наследници (што изричито предвиђа чл. 195. ЗОНРС), док код уговора о досмртном издржавању такво упозорење нема много смисла, јер је имовина примаоца већ за живота отуђена у корист даваоца издржавања, те се такво упозорење чини непотребним.

³⁷ Формулација из чл. 589. ст. 1. ЗООРХ да у случају смрти даваоца „права и обавезе из уговора прелазе на његове наследнике“, оставља места дискусији да ли је законодавац мислио на наследнике *in abstracto*, или само на наследнике који *in concreto* наслеђују даваоца издржавања, и да ли је имао у виду да права и обавезе даваоца могу прећи на све законске, завештајне и нужне наследнике. Сматрамо да ову норму треба тумачити тако да права и обавезе прелазе на све наследнике, независно од основа по коме наслеђују, али који су у конкретном случају позвани на наслеђе. Круг лица која су обавезна давати издржавање могао би евентуално бити сужен након извршене деобе наследства, уколико се санаследници сагласе да обавеза издржавања терети само оног наследника коме су деобом и припале ствари које је оставилац стекао на основу овог уговора.

³⁸ Иако се сагласност примаоца за продужење уговора не захтева, наведеним решењима потпуније се штити и њихова правна позиција, с обзиром на то да се могу обратити ширем кругу лица за настављање извршавања уговорних обавеза, него што је то случај код уговора о доживотном издржавању.

уговор се раскида, а они не само да губе право на накнаду за раније дато издржавање, већ су дужни вратити све оно што је темељем уговора стекао давалац издржавања, а ако нису у стању то учинити, дужни су примаоцу издржавања надокнадити вредност стеченог. Имовинска права пренета уговором о досмртном издржавању наследници даваоца издржавања дужни су вратити чак и када докажу да нису у стању преузети уговорне обавезе, с том разликом да у овом случају имају право захтевати накнаду за издржавање које је прималац издржавања добио до смрти даваоца.³⁹

2.2. Практични аспект

У Републици Хрватској уговор о досмртном издржавању изазвао је велике проблеме у пракси. Због учесталости његовог закључивања у одсуству законске регулативе, проблеми су били уочљиви и пре доношења ЗООРХ. Бројни случајеви злоупотреба старих особа који су преносили своју имовину, а због бахатости давалаца издржавања постајали социјални случајеви, о којима је бригу преузимала држава, узбуркали су хрватску јавност и (оправдано) добили велики публицитет. Даваоци издржавања, након стицања имовине велике вредности, губили су мотив да квалитетно извршавају уговорне обавезе и постепено прибегавали њиховом заобилажењу на различите начине, од смештаја старих лица у старачке домове и плаћања смештаја, до њиховог потпуног занемаривања. Било је и случајева када се давање издржавања претварало у својеврсну предузетничку делатност, када је једно лице, као давалац издржавања, закључивало више уговора о досмртном издржавању и истовремено издржавало већи број лица.⁴⁰

Контроверзе које су уговор о досмртном издржавању пратиле, на значају су још више добиле након регулисања овог уговора. Очекивања да ће, по доношењу ЗООРХ, злоупотребе бити сузбијене, нису се

³⁹ Видети: чл. 588. ст. 2, 3. и 4. ЗООРХ. Накнаде одређује суд по слободној оцени, узимајући у обзир имовинске прилике примаоца и лица овлашћених да наставе издржавање, као и права која прималац евентуално остварује на основу стварног терета (чл. 588. ст. 5).

⁴⁰ Хрватску јавност посебно је шокирао случај Мије Пенића, медицинског техничара, који је у Крашићу 2003. године, као угоститељски објекат, регистровао старачки дом „Плава кућа“, у коме је пружао услуге смештаја и издржавања старим лицима, са којима је закључио двадесетак уговора о досмртном издржавању. Користећи „рупе“ у прописима, старачки дом је годинама функционисао, чак и без плаћања пореза држави, јер се испоставило да није у надлежности ниједног државног органа, те није ни могао бити затворен. Због нехуманих услова у којима су стара лица живела, овај објекат, који је функционисао неколико година и пре формалне регистрације, називан је „домом за умирање“.

остварила. Томе није допринела ни строга форма за закључење уговора, чији је првенствени циљ заштита интереса примаоца издржавања, и која доприноси превенирању манипулација над старим лицима од стране њиховог саговорача. Ни законом дефинисано право на раскид уговора о досмртном издржавању не пружа ефикасну заштиту примаоцима издржавања, јер је реч о старим и болесним, често и правно неуким лицима, а остварење права на раскид скопчано је и са проблемом скупих и дуготрајних парница, чије окончање многи примаоци издржавања не дочекају.

Како су у Хрватској учестали случајеви где се код овог уговора драстично крше права примаоца издржавања, угрожава њихово достојанство и егзистенција, а држава нема ефикасне механизме да то спречи, покренуто је више иницијатива да се норме које овај уговор регулишу бришу из ЗООРХ.⁴¹ У теорији су исказивани и умеренији ставови, према којима најмање што би требало учинити како би се стара лица заштитила од безобзирних појединаца, јесте укључити установе социјалне заштите у процес закључења уговора (између осталог и кроз претходну проверу даваоца издржавања) и нарочито у погледу надзора над извршавањем уговора, као и ограничење броја уговора које један појединац може закључити.⁴²

Иако ове иницијативе нису до сада дале резултате на нормативном плану, њихова добра страна јесте што су указале на неспорне недостатке овог правног посла и тиме допринеле информисаности и подизању свести код лица која желе закључити уговор о досмртном издржавању, да при ступању у овакав уговорни однос добро размисле са ким уговор закључују и какве их све последице могу погодити. С друге стране, бројни медијски написи скренули су пажњу са добрих страна овог правног посла и, убеђени смо, бројних уговора о досмртном издржавању који се уредно извршавају и код којих нема никаквих злоупотреба. Утисак, је стога, да наведене иницијативе нису имале успеха, јер би се брисањем норми које уређују овај уговор само вратило у пређашње стање, када је уговор закључиван по општим правилима уговорног права, чиме би правна позиција прималаца издржавања потенцијално била далеко више угрожена.

⁴¹ Једну такву иницијативу покренуо је Sindikat umirovljenika Hrvatske. Више о томе на интернет адреси: <http://www.suh.hr/index.php/18-naslovna/167-ukinite-dosmrtno-uzdrzavanje>. Посета сајту: 20.09.2019. године.

⁴² Р. Vučemiловић, *Zloporaba prava starijih osoba i mogućnost samozaštite*, Трећа стaza, бр. 1/2009, стр. 4–5.

3. НЕПРАВИ УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ У СРПСКОМ ПРАВУ DE LEGE FERENDA

Рад на кодификацији грађанског права свакако је прилика да се у једном акту регулишу сви уговори који по свом значају, учесталости у правном промету, али и по правним последицама које производе, то заслужују. Садржина којих уговора ће бити регулисана, одређује кодификатор, руководећи се одговарајућим критеријумима. Иако подела уговора на именоване и неименоване данас нема ту тежину као што је имала у римском праву, ипак је ова подела веома значајна. Наиме, за настанак именованог уговора довољна је само сагласност уговарача око битних елеманата уговора, а на њихов правни однос примењују се норме диспозитивног карактера, уколико уговорне стране нису свој однос детаљно уредиле.⁴³ Регулисањем садржине и дејстава уговора, услова за његову пуноважност и слично, обезбеђује се и већи степен заштите уговорних страна. Садржина неименованих уговора, пак, законом није нормирана, јер се ради о правним пословима који се у правном промету ређе јављају, или је реч о мешовитим уговорима. Стога, код ових послова уговорне стране морају детаљно регулисати свој уговорни однос, а ако то не учине, примењиваће се општа правила уговорног права,⁴⁴ или, у одређеној мери, норме које регулишу једноставне уговоре из чијих се елемената мешовити уговор састоји.⁴⁵ Ако се такви уговори у пракси јављају чешће, тако да кроз одређено време постану типични, рађа се потреба да буду законом регулисани.⁴⁶

Када је о неправом уговору о доживотном издржавању реч, у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, нити у пропратним документима, нема ни помена о овом правном послу. Комисија за израду Грађанског законика очигледно је опредељења да регулатива уговора о доживотном издржавању остане, уз извесне измене, у постојећим оквирима, па су и норме које овај уговор уређују остале у делу којим се регулишу наследноправни односи,⁴⁷ где им вероватно није место.⁴⁸

⁴³ С. Перовић, Кодификације уговорног права у савременим условима, Правни живот, бр. 11/2008, стр. 7 и даље.

⁴⁴ Детаљније о томе: С. Перовић, Облигационо право, Београд, 1981, стр. 213–216.

⁴⁵ С. Перовић, Кодификације уговорног права у савременим условима, стр. 8.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Видети: чл. 2794–2805 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

⁴⁸ У својим кодификацијама облигационог права, изграђеним на темељима Закона о облигационим односима из 1978. године, бивше југословенске републике регулисале су и уговор о доживотном издржавању, дерогирајући одредбе закона о наслеђивању које су овај уговор уређивале. Видети: чл. 557-563 Obligacijskog zakonika Slovenije („Uradni list RS“, бр. 83/01, 28/06, 40/07, 64/16 и 20/18), чл. 1075-1086 Zakona o obligacionim

Да ли је оправдан став законописца да овај правни посао у правном животу егзистира и даље кроз судску праксу, утемељен на начелима и нормама општег дела облигационог права, уместо да буде нормативно уобличен? Да ли тренутак преноса имовинских права са примаоца на даваоца издржавања има толики друштвени значај да оправдава посебно регулисање уговора код кога се својина преноси за живота повериоца издржавања?

Сагледавајући практичну димензију овог уговора, правне последице које у правном животу производи, али и уочавајући његове бројне специфичности, чини нам се да би одговор на друго постављено питање могао бити потврдан.⁴⁹ Непостојање законске регулативе којом би се уредила нека веома значајна питања у вези са овим правним послом, сасвим смо сигурни у то, угрожава правну сигурност уговарача, а нарочито штети интересима прималаца издржавања. Уговор о доживотном издржавању треба бити инструмент којим се штите најслабији, и кроз који се у одређеној мери и огледа брига државе о својим грађанима, нарочито припадницима угрожених друштвених група, где старе и немоћне особе свакако спадају. Зато су и норме које овај уговор регулишу тако конструисане да се њима првенствено сагледава и штити правна позиција прималаца издржавања.

Код неправог уговора о доживотном издржавању ситуација је управо супротна, јер одсуство нормативе могућност манипулација само мултипликује. Практика извршавања овог уговора у Хрватској, о којој је било речи, веома је илустративна и указује да је овај уговор подложен бројним злоупотребима, чак и када је законом регулисан.

Кодификатор би се при регулисању уговора о доживотном издржавању начелно могао одредити за један од два концепта. Опредељење за први концепт подразумевао би разраду идеје проф. Константиновића из Скице за Законик о облигацијама и уговорима, где се на јединствен начин регулише уговор о доживотном издржавању, без обзира на тренутак преноса имовинских права на даваоца издржавања. Међутим, како се правне последице значајно разликују у зависности

odnosima Crne Gore („Sl. list Crne Gore“, бр. 47/08, 4711 – др. закон и 22/17), чл. 1029-1035 Закона за облигационите односи Македоније („Службен весник на РМ“, бр. 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09 и 161/09), као и наведене одредбе ЗООРХ.

⁴⁹ О фреквентности закључивања неправог уговора о доживотном издржавању у Србији тешко је изнети дефинитиван суд, јер је, због одсуства строге форме, практично немогуће утврдити број овако закључених уговора. Ипак, према броју спорова чији је повод овај уговор, као и према броју случајева који су свој епилог добили пред највишом судском инстанцом, можемо закључити да је овај уговор и данас чест у пракси и да се закључује и пред јавним бележницима.

од тога када давалац стиче својину на предмету уговора, у појединим сегментима требало би детаљније регулисати питања која се с тим у вези јављају.

Према другом концепту, као посебан правни посао регулисао би се уговор код кога се право својине преноси за живота примаоца издржавања, нарочито узимајући у обзир дистинкције између овог и уговора код кога је пренос својине одложен до смрти примаоца издржавања, као што је то учињено у хрватском праву. Именовањем овог уговора и његовим детаљнијим нормирањем истакла би се његова специфичност и прецизно уредиле правне последице које из његовог закључења проистичу. Норме којима би се овај правни посао правно уобличио имале би функцију да првенствено штите примаоца издржавања, чија је правна позиција код овог уговора изразито неповољна. Усвајање овог концепта подразумевао би сходну примену на овај уговор норми којима је регулисан (прави) уговор о доживотном издржавању.⁵⁰ То се у судској пракси и до сада чинило, али сходна примена правила подразумева одређену еластичност, због постојећих разлика између ових правних послова.⁵¹

Шта би, осим појмовног одређења овог уговора, требало посебно нормирати код уговора којим се за живота преноси право својине на даваоца издржавања?

Питање форме закључења овог уговора сматрамо веома значајним. Као и уговор о доживотном издржавању, и овај уговор закључивао би се у форми јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, независно од тога да ли се њиме на даваоца преноси својина на покретним или непокретним стварима. Заштитна функција форме овде би дошла до пуног изражаја, а улога нотара у поступку солемнизације наглашена како би се прималац издржавања, као особа која је због својих година и/или болести, нарочито подложна манипулацијама, заштитила од злоупотреба, притисака, лаковерности. Наиме, примаоци издржавања често бивају условљени од стране даваоца, који пристају да дају издржавање само уколико им својина на непокретностима (које су најчешће предмет овог уговора) буде одмах пренета, те под тим притиском, немајући другог избора, одлучују да уговор закључе. Када се пренос својине врши одмах по закључењу уговора, прималац издржавања лишава својих имовинских

⁵⁰ Још је Савезни врховни суд у Начелном мишљењу заузео став да се на неименовани уговор сходно примењују чл. 125 ст. 2 и 3, чл. 126 и чл. 127 ЗОН-а из 1955. године, које регулишу раскид уговора о доживотном издржавању у случају поремећености односа међу уговарачима, услед промењених околности и у случају претходне смрти даваоца издржавања.

⁵¹ Тако и: Д. Ђурђевић, Закон о облигационим односима и уговори у наследном праву, Правни зборник, бр. 2/2009, стр. 59.

права иако давалац практично није ни почео са давањем издржавања. Да ли ће за чинидбу коју је извршио добити дуговану противчинидбу, сасвим је неизвесно. Како се ради о уговору са трајним извршењем престација, давалац издржавања временом може изгубити мотивацију да ревностно извршава дуговане престације и тиме угрози егзистенцију примаоца, а може постати инсолвентан, или из неког другог разлога бити спречен да даје издржавање. Такође, може се одлучити да стечено добро отуђи и након тога престане са извршавањем својих обавеза, доводећи у ситуацију примаоца да и у случају раскида не може да поврати ствар коју је пренео на даваоца издржавања.

Због свих ових потенцијалних опасности, нотар, осим што би имао обавезу да уговор прочита уговорним странама приликом солемнизације, морао би да их упозори, а нарочито примаоца издржавања, на правне последице које наступају закључењем овог уговора. Ово упозорење разликовало би се у односу на прави уговор о доживотном издржавању, јер овде не треба наглашавати да имовина којом се располаже не улази у заоставштину примаоца издржавања и да се из ње не могу намирити нужни наследници, јер се трансфер својине врши за живота. Мишљења смо, међутим, да би прималац требало да буде подучен да има право да тражи раскид уговора уколико се давалац издржавања теже огреши о обавезу издржавања преузету уговором, или потпуно престане са давањем издржавања. Ово сматрамо значајним из разлога што су примаоци издржавања, као лица чија је егзистенција угрожена и која зависе од даваоца издржавања, најчешће правни лаици, и што често нису свесни да у случају недавања издржавања имају право на раскид уговора и повраћај имовине отуђене уговором. Поступак за раскид уговора морао би да буде хитан, што би експлицитно требало да буде прописано, јер се прималац издржавања, коме је услед недавања издржавања угрожена егзистенција, само на тај начин може заштитити. Дуги (и скупи) поступци, с једне стране би одвраћали примаоце да се уопште упусте у парницу за раскид уговора, а с друге стране, с обзиром да се ради о старим лицима, питање је да ли би они доживели окончање поступка ако би он трајао више година.⁵²

Још једно упозорење могло би бити опортуну, а тиче се обезбеђења потраживања примаоца издржавања. Како након закључења уговора давалац издржавања може отуђити стечену непокретност, у случају

⁵² Слично: D. Klasiček, S. Šimleša Vučemilović, *op. cit.* стр. 769–771. Ауторке указују да је Синдикат умировљеника Хрватске предложио да би дужину поступка пред првостепеним судом требало ограничити на 6 месеци, што сматрају адекватним временским лимитом. Сагласни смо са овим ставов и чини се да би и у српском праву требало требало лимитирати дужину првостепеног поступка на 6 месеци од покретања поступка.

раскида уговора због неизвршења обавеза право на повраћај ствари, па чак и право на накнаду штете у случају инсолвентности даваоца и те како може бити упитно.⁵³ Стога би, као што је то учинио хрватски законодавац, требало прописати могућност да прималац издржавања конституише реални терет издржавања на непокретности коју преноси уговором. У случају отуђења непокретности од стране даваоца, прималац би имао право да захтева издржавање од свакодобног власника непокретности. Управо би нотар, приликом солемнизације уговора којим се располаже непокретном ствари, требало да упозна примаоца издржавања да има право да у уговор унесе клаузулу да се у његову корист на предметној непокретности заснује стварни терет издржавања.

Ово је једна могућност која се тиче реалног терета издржавања. Постоји и друга, која нам се чини као боља опција јер ефикасније штити интересе примаоца издржавања од несавесног поступања даваоца. Наиме, још је Скица проф. Константиновића предвиђала да се приликом преноса својине на непокретности на даваоца издржавања у јавној књизи уписује да је непокретност оптерећена правом примаоца на доживотно издржавање.⁵⁴ Забележбу права вршила би Служба катастра непокретности по службеној дужности *ex lege* приликом уписа права својине даваоца издржавања, те никаква активност примаоца издржавања не би била потребна.⁵⁵

Када је у питању раскид уговора, на неправу уговор о доживотном издржавању могућа је аналогна примена правила о раскиду (правог) уговора о доживотном издржавању због поремећених односа, промењених околности и неизвршавања, односно неуредног извршавања уговорних обавеза. У случају раскида уговора, када након смрти даваоца издржавања његови наследници не наставе издржавање,⁵⁶ мишљења смо да би требало следити решења из хрватског права, према којима прималац издржавања има право на повраћај отуђене ствари, независно од тога да ли је до раскида дошло услед немогућности или нехтења наследника

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Видети: чл. 945. ст. 1. Скице.

⁵⁵ Занимљиво решење предвиђа швајцарски Законик облигацијама, према коме поверилац издржавања који предаје сауговарачу непокретност, задржава на њој законску хипотеку, у циљу обезбеђења својих потраживања. Видети: чл. 523. Законика о облигацијама Швајцарске.

⁵⁶ Као што је раније у раду било речи, у случају претходне смрти даваоца издржавања, обавеза издржавања код овог уговора требало би да пређе на све његове наследнике који у конкретном случају наслеђују, јер код овог уговора не би било оправдано да се могућност преузимања обавеза ограничи само на супружника и потомке, као што је то код правог уговора о доживотном издржавању. Оно што нам се чини важним јесте у овом случају да треба прописати сагласност примаоца издржавања. Реч је о уговору *intuitu personae*, код кога су дакле битна својства уговарача, а како примаоцу никако не

даваоца издржавања да наставе са извршењем обавезе.⁵⁷ Једино, када наследници нису устају да врате ствар коју је давалац издржавања на основу уговора стекао, имали би обавезу да надокнаде вредност стеченог.

У хрватском правном животу као посебан проблем јавило се вишеструко закључење уговора о досмртном издржавању од стране једног даваоца издржавања, који је више примаоца издржавања смештао или у свој приватни старачки дом, или у неки други геронтолошки центар, у којима су живели у нехуманим условима. Тиме су појединци развили својеврстан бизнис, веома споран и са законског, а свакако и са моралног аспекта. Не постоји никаква контрола у погледу броја уговора који физичка или правна лица могу да закључе као даваоци, а ни контрола услова у којима та лица у трећој животној доби живе. Како би се превенирали овакви случајеви и у српском праву, сматрамо да би требало ограничити број уговора о досмртном издржавању, а о даваоцима издржавања код овог уговора водила би се посебна евиденција, што савремени развој јавнобележничке функције у Србији омогућава. Осим тога, одредбе које регулишу ништавост правога уговора о доживотном издржавању у случају када су без сагласности органа старатељства уговор у својству даваоца закључили физичка односно правна лица која се у оквиру свог занимања, односно делатности баве и издржавањем примаоца(медицинско особље, старачки домови итд.),⁵⁸ сходно би се примениле и на овај уговор. Без претходне сагласности Центра за социјални рад на закључење овог уговора у наведеном случају, уговор би био ништав.

Мишљења смо и да би, по угледу на решење из Скице, требало предвидети посебан случај ништавости неправог уговора о доживотном издржавању. Овај уговор био би апсолутно ништав ако би вредност чинидби на које прималац издржавања има право, била мања или једнака вредности плодова и других користи које давалац може имати од ствари пренесених уговором, осим ако се не установи постојање *animus donandi* код примаоца приликом закључивања уговора, у ком случају би било речи о поклону.⁵⁹

може бити свеједно ко ће га издржавати, то би за наставак уговора након смрти даваоца требало предвидети његову сагласност.

⁵⁷ Видети: чл. 588. ст. 2. и 4. ЗООРХ. Мишљења смо и да би, због природе самог уговора, требало следити решење по коме, у случају смрти даваоца издржавања, његова права и обавезе прелазе на све његове наследника који су позвани на наслеђе, а не самона супружника и потомке.

⁵⁸ Видети: чл. 196. ЗОН.

⁵⁹ Видети: чл. 948. ст. 1. и 3. Скице.

ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Тзв. неправи уговор о доживотном издржавању предуго је ван законске регулативе у српском праву. Рад на изради Грађанског законика Републике Србије свакако је прилика да се још једном размотре разлози *pro et contra* за регулисање овог уговора, нарочито због значаја и тежине правних последица које у пракси производи.

Иако свесни свих мана овог уговора, стојимо на становишту да је свако решење од постојећег боље. Допуштеност овог уговора у пракси, а одсуство његове регулативе, нарочито одсуство норми којима се кроз форму и могућност обезбеђења права из уговора штите интереси примаоца издржавања, ствара потенцијално велику могућност за злоупотребе. Особе треће животне доби веома су осетљива друштвена група, подобна за манипулације, које нарочито долазе до изражаја приликом извршавања уговора, кроз разна понижавања, преваре, повреде достојанства прималаца издржавања... Иако се злоупотребе никада *a priori* не могу спречити, ваљаном законском регулативом може се ублажити ризик да до њих дође, и могу се предвидети санкције за долозно поступање давалаца издржавања.

Мишљења смо да би овај уговор требало именовати и посебно регулисати. Тиме би се уважиле његове специфичности и нагласиле дистинкције између њега и деценијама регулисаног уговора о доживотном издржавању. У том смислу, регулисала би се само она питања по којима се неправи разликује од (именованог) уговора о доживотном издржавању, као што су предмет уговора, начин обезбеђења потраживања примаоца издржавања, последице раскида уговора након смрти даваоца издржавања, ограничење броја уговора по једном даваоцу издржавања, те прописивање посебног случаја ништавости овог уговора када је вредност чинидби на које прималац издржавања има право мања или једнака вредности плодова и других користи које давалац може имати од ствари стечених уговором. Приликом нормативног обликовања овог уговора требало би обратити посебну пажњу на практичне проблеме са којима се Хрватска годинама сусреће у вези са овим уговором, а који су потенцијално могући и у српском праву, и превентивно спречити или у већој мери ограничити њихово појављивање и код нас. Стога би акценат приликом нормативног обликовања овог уговора нарочито требало ставити на заштиту правне позиције примаоца издржавања, као значајно угроженије уговорне стране у овом уговорном односу. У погледу осталих питања, сходно би се, наравно уз неминовну дозу еластичности, примењивала правила којима је уређен уговор о доживотном издржавању.

Novak Krstić, PhD

Assistant Professor, Faculty of Law University in Niš, Republic of Serbia
novakkrstic@yahoo.com

THE AGREEMENT ON THE MAINTENANCE UNTIL THE MOMENT OF DEATH IN CROATIAN LAW – REGULATION THAT SHOULD BE FOLLOWED, OR...?

Abstract: *By adopting The Obligation Code, the agreement on the maintenance until the moment of death was regulated for the first time in Croatian law. This is the type of contract in which the care recipient transfers his property to the donor during his life. In Croatia the standpoints about this contract are divided, and due to the many abuses in practice the demands for its ban are more and more louder. This agreement exists in legal life of Republic of Serbia outside of legislation for decades, as the so-called unnamed, improper, quasi-lifetime maintenance agreement. By analyzing the similarities and differences between named and unnamed lifetime maintenance agreement, and solutions which resorted Croatian legislator regulating the agreement on the maintenance until the moment of death, the author discusses if there is a need for regulation of this contract in the future Serbian Civil Code. Author suggests that this contract should be regulated in future Codification, in order to protect legal position of the care recipient.*

Key words: *agreement on the maintenance until the moment of death, lifetime maintenance agreement, legal consequences, abusement.*

Д-р Михаил Малчев*

ЗЛОУПОТРЕБАТА С ПРОЦЕСУАЛНИ ПРАВА И НЕОБХОДИМОСТТА ОТ РЕАКЦИЯ НА БЪЛГАРСКОТО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО ЗА ОСИГУРЯВАНЕ НА ЕФЕКТИВНО ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ

UDK:347.132.142:347.91/95(497.2)
Original Research Paper

Анстракт: Целта на творбата е да представи нарушението на правния принцип за забрана за злоупотреба с право, което създава проблеми в правоприлагането в Република България по граждански и административни дела. Злоупотреба с право принципно предполага зловредното му упражняване, различно от целта, за която е създадено. Противодействието на всички форми на злоупотреба с право е голямо предизвикателство пред правната теория, практика и нормотворчеството (законодателството). Проявлението на злоупотребата с право в гражданския и административен процес може да има различни форми. Често срещани в съдебната практика са случаи, когато с исковата молба или с жалбата се преследват недобросъвестни цели, когато са написани на оскърбителен, заплашителен, провокативен език, надхвърлящ легитимната форма на изразяване пред съд, също когато исковата молба или жалбата са въобще лишени от реалната защитна цел за подателя им, а с тях се преследва затрудняване или блокиране на правораздавателна дейност на съда (т. н. системни иници или жалбоподатели). За нормалното осъществяване на правораздавателната дейност в страната се налага усъвършенстване на правна уредба, насочено към създаване на ефективни законови форми за противопоставяне на злоупотребата с право.

Ключови думи: злоупотреба с право, форми на проявление, процесуални права, законодателна уредба, противодействие, предложения *de lege ferenda*.

* Хоноруван асистент, Софийски университет „Св. Климент Охридски”
Судия, Административен Суд София

Безспорни са актуалното значение и важността на забраната за злоупотреба с право. Смисълът, съдържанието и формите на проявление на злоупотребата с право са в процес на непрекъсната трансформация, предизвикана от динамичните обществено-икономически отношения. В тази насока се наблюдава тенденция към усложняване на практически измерения на злоупотребата с право. Ето защо ефективното противодействие срещу различните форми на злоупотреба с право е истинско предизвикателство пред законодателството и правоохранителните органи.

Нарушението на правния принцип за забрана за злоупотреба с право създава проблеми при правоприлагането в Република България по граждански и административни дела. Злоупотреба с право принципно предполага зловредното му упражняване, различно от целта, за която е създадено. Проявлението на злоупотребата с право в гражданския и административен процес може да има различни форми. Често срещани в съдебната практика са случаи, когато с исковата молба или с жалбата се преследват недобросъвестни цели, когато са написани на оскърбителен, заплашителен, провокативен език, надхвърлящ легитимната форма на изразяване пред съд. Също когато исковата молба или жалбата са въобще лишени от реалната защитна цел за подателя им, като с тях се преследва затрудняване или блокиране на правораздавателна дейност на съда (т. н. системни ищци или жалбоподатели).

Същност на злоупотребата с право

Нормативната основа на забраната за злоупотреба с права се съдържа в чл.57, ал.2 от действащата от 1991 г. Конституция на Република България.¹ Тази разпоредба закрепва принципа за недопустимост на упражняване на права, когато това накърнява права или законни интереси на други.² Във връзка с това в чл.58, ал.1, изр. второ от Конституцията се въздига като конституционно задължение на гражданите да зачитат правата и законните интереси на другите.

В общото гражданско право злоупотребата с право не е позната като термин, но смисълът на явлението може да бъде изведен от чл.8, ал.2

¹ За първи път Конституция на Народна република България от 1947 г., в своя чл. 10, ал. 4 закрепва принципа за недопустимост на злоупотребата с права. Той се обосновава с колективистичното разбиране за приоритета на обществения интерес над частния, като се забранява упражняването на правото на собственост във вреда на колективния интерес.

² Принципът на забраната за злоупотреба с права е прокламиран и в чл. 17 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи.

от Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Според тази разпоредба лицата се ползват от правата си, за да задоволяват своите интереси и не могат да упражняват тези права в противоречие с интересите на обществото. Злоупотребата с право е термин, изрично използван като заглавие на чл.289 от Търговския закон (ТЗ). Съгласно текста на тази разпоредба, упражняването на право въз основа на търговска сделка е недопустимо ако се извършва само с намерение да се увреди другата страна.³ В процесуалния ни закон отражение на идеята за забрана за злоупотреба с права, е принципът за добросъвестното упражняване на процесуалните права и отговорността за вреди при нарушаването му, въведен с разпоредбата на чл.3 от Гражданскопроцесуалния кодекс (ГПК), която цели да „морализира процеса”.⁴ Обсъжданите законови текстове съдържат норми с високо ниво на абстрактност, въвеждайки принципна забрана за гражданскоправните субекти да злоупотребяват с правата, на които са носители. Фигурата на злоупотребата с права в гражданското – както материално, така и процесуалното право, се извежда *per argumentum a contrario* от принципа за добросъвестното упражняване на права. Посочените текстове от ЗЗД, ТЗ и ГПК могат да се определят като общи, те доразвиват на законово ниво конституционната забрана за злоупотреба с права, респ. публичното задължение на гражданите да зачитат правата и законните интереси на другите.⁵

В цивилистичната ни доктрина се среща разбирането, че при злоупотребата с право законът не поставя изискване за вина или намерение за увреждане у лицето, което упражнява правото, а е достатъчно само обективното несъответствие между упражняването на правото и неговата социална функция. Последното разбиране оформя т. н. „обективна теория”.⁶ Друга група автори аргументирано споделят т. н.

³ Повече за търговскоправните аспекти на злоупотребата с право вж. при Герджиков, О. Търговски сделки. 4. изд. С., 2015, с. 23 и сл.; Иванов, Ал. По въпроса за злоупотребата с право по търговски сделки. сп. Търговско право, 2006, № 6, с. 11 и сл.; Хорозов, Г. За злоупотребата с право, произтичаща от търговска сделка. сп. Търговско и облигационно право, 2015, № 2, с. 19 и сл.

⁴ Вж. Русчев, Ив. Злоупотребата с право. – В: Сборник с доклади в чест на 95-годишнината на проф. д-р Емил Георгиев. С., 2018, с. 41. Там авторът посочва, че сходно правило съдържа и в чл. 1141 от Френския граждански кодекс, след изменението му от октомври 2016 г. Нормата гласи, че заплахата с иск не се счита за принуда, освен ако по този начин процесуалните правила се отклоняват от нормалното им предназначение или когато правото се упражнява с цел да се получи явно и прекомерно предимство.

⁵ Вж. аргументи в подкрепа на този извод в Русчев, Ив. Злоупотребата с право. – В: Сборник с доклади в чест на 95-годишнината на проф. д-р Емил Георгиев. С., 2018, с. 40 и сл.

⁶ Тази теория е застъпена например от Георгиев, Ст. Злоупотреба с правата в юриспруденцията на ВКС. сп. Правна мисъл, год. VII, 1941, с. 542; Цаков, Т. Отговорност

„субективната теория“ за естеството на злоупотребата с право, изтъквайки като необходим елемент вината или намерението за увреждане.⁷ От сравнението между концепциите на двете теории да се заключи, че спорен момент при изясняване правната същност на това явление е обстоятелството дали, за да се определи упражняването на определено право като злоупотреба, е необходимо намерение за увреждане⁸ и противоправно поведение, респективно настъпване на вреди или не. Основателно се изтъква, че същността характеристика на злоупотребата с право е противоправно, „анормално“ му упражняване, с което се засягат правата и интересите на други лица или на обществото като цяло. Фактът, че този резултат е настъпил, налага преценка на поведението, което е сложило началото на причинния процес, доколкото то може да се окаже като противоправно.⁹ Поведението на автора на злоупотребата с права задължително е противоправно и именно това е водещо при квалификацията на упражняването на правото като злоупотреба. Заслужава подкрепа схващането, че при злоупотребата с права следва да се акцентира именно върху недоборосъвестността на едно поведение,

при злоупотреба с правата. сп. Юридическа мисъл, 1946, № 9-10, с. 733 и сл.; Бъров, Д. Учебник по гражданско право с увод в правото. С., 1948, с. 294-295; Василев, Л. Гражданско право на Народна република България. Обща част, 3. прераб. изд. С., 1956, с. 139 и Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. С., 1972, с. 193.

⁷ Повече за същността на обективната и субективната теории и авторите, които ги поддържат вж. при Иванов, А., По въпроса за злоупотребата с право по търговски сделки. сп.Търговско право, 2006, № 6, с. 49 и сл., също Георгиев, Е. Злоупотреба с правото българското гражданско право (актуалност на проблема). – В: Юбилеен сборник в чест на проф. Живко Сталев. С., 2005, с. 68 и сл. Последният автор излага редица обосновани аргументи в подкрепа на субективната теория.

⁸ За гражданското право намерението има значение само ако действието е извършено или ако правото е упражнено. В случай, че не са осъществени съответните правни или фактически действия, намерението, дори и да е ясно насочено към увреждане на насрещ-ната страна, няма да има правно значение.

⁹ Така Русчев, Ив. Цит. съч., с. 49 и сл. Авторът обосновава заключва, че субективната противоправност, погрешното поведение, е нещо различно от противоправния резултат. В случаите на злоупотреба с право, се касае до противоправно поведение на титуляра на определено право, който чрез формално позволени действия (упражняване на субективно право, което не нарушава пряко определена правна норма) причинява противоправно състояние на накърненост на чужди права. До накърняване може да се стигне само ако се докаже, че противоправното състояние е причинено от упражняване субективното право с намерение за увреждане, или че в конкретния случай субективното право е било упражнено без оправдан интерес от него. Само в тези случаи можем да говорим за злоупотреба с право. Обратното, при упражняване на субективно право, когато обективно се е стигнало до увреждане на чужди права, но самото упражняване на право не се е отклонило предписанието за добросъвестност, то ще липсва злоупотреба с право, респективно тя няма да е причина за настъпилото накърняване на чужди права интереси.

като противоправният резултат от упражняване на правото е последица именно от поведение, отклонило се от предписанията, определящи начина и границите на упражняване на субективните права и като такова е укоримо. Злоупотребата с право е противоправно поведение¹⁰ по валидно възникнало, съществуващо правоотношение. Възникнало от правомерен юридически факт, това право, в резултат на съзнателно упражняване, е подчинено на цели, мотиви и интереси, които са в разрез с тези, заради които самото право е признато от закона. При упражняването му е напълно възможно да се стигне до засягане на чужди права и законни интереси, а оттам - и до вреди. От противоправното поведение на конкретен правен субект, би могъл да възникне или възниква неправомерен резултат.

Злоупотребата с право може накратко да се определи като правно или фактическо действие или бездействие, чрез което носителят на субективното право го притежава или упражнява по начин, надхвърлящ социалната му функция и предназначението да задоволи признати от закона интереси на титуляра и засяга или застрашава други защитени права на трети лица. Въпросът за злоупотребата е органично свързан с въпросите, касаещи признаването и защитата на субективните права. Последните следва да се упражняват в граници и по начин, който отчита и се съобразява с обществения интерес и правната на другите субекти.¹¹ Злоупотребата с право може да се представи и като хипотеза, нарушаваща изискването за добросъвестност. Доколкото добросъвестността се свързва с обективни прояви на поведението на правния субект, покриващи стандартите за честност, почтеност, обществен морал и добрите обичаи, то при превратно, ненадлежно упражняване на правата, действията на лицето са недобросъвестни. Изискването за добросъвестност се отнася както за упражняването на правата, така и за изпълнението на задълженията. Въпросът налице ли е или не злоупотреба с право е относим обаче само към упражняването на правото. Може да се изтъкне, че злоупотребата с право има по-тесен и по-специфичен обхват. Не всяко недобросъвестно действие представлява злоупотреба с право, но всяка злоупотреба с право може да бъде квалифицирана и като недобросъвестно

¹⁰ Вж. Русчев, Ив. Цит. съч., с. 51. Авторът изтъква, че противоправността на поведението на злоупотребяващия с права ще се изрази в упражняване на права, което „правоупражняване“ не е съответно на социалните функции на признатото право, което е насочено за удовлетворяване на интереси и цели, различни от тези, заради които законът е гарантирал съществуването на правото. И затова, подобно упражняване на право е аномално и укоримо от правния ред, т.к. е извън границите, предвидени за упражняване на правото.

¹¹ За границите, в които субективните права следва да се упражняват вж. повече при Георгиев, Ст. Злоупотреба с правата. Б., 1935, с. 29 и сл.

поведение, в обективния аспект на понятието.

Разликата във формулировките на разпоредбите на чл.8, ал.2 ЗЗД, чл.289 ТЗ и чл.3 ГПК поставя логичния въпрос дали естеството на злоупотребата с право е различно, когато касае превратното упражняване на материални, съответно на процесуални права. Съвременната теория не дава ясен и категоричен отговор на този въпрос, като при всички положения на тази плоскост ще съществуват специфики, породени от различния характер и функции на двете групи права.

Ролята на принципа за добросъвестно упражняване на процесуалните права

Съгласно чл.3 ГПК, която разпоредба намира приложение и в административния съдебен процес по силата на препращащата норма на чл.144 от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), участващите в съдебните производства лица и техните представители под страх от отговорност за вреди са длъжни да упражняват предоставените им процесуални права добросъвестно и съобразно добрите нрави. Текстът установява универсалното задължение за процесуално поведение със съответната добросъвестност за страните и професионализъм за техните процесуални представители, каквито са адвокатите, юрисконсултите и други лица с юридическо образование. Добросъвестността се свързва с обективни прояви на поведението, покриващи стандартите за честност, почтеност, обществен морал и добрите обичаи и практики. При превратно, ненадлежно упражняване на процесуалните права в процеса, действията на съответния участник могат да се квалифицират като недобросъвестни. Превратното упражняване на съответните права не винаги предполага наличието на вина и представлява виновно поведение¹², а по-скоро става въпрос за укоримост на конкретно поведение, което нарушава установеното в чл.3 ГПК изискване за добросъвестност. Чрез забраната за злоупотреба с право законодателят очертава границите, предела, в който могат да се упражняват процесуалните права. Това е правило за поведение, което в значителна степен изисква морализация на отношенията и в този смисъл може да служи като мерило за оценка на действията, извършени от участниците в гражданския или административния процес.

¹² По въпроса за вината и виновното поведение вж. повече при Георгиев, Е. Цит. съч., с. 68 и сл. Тя се проявява в упражняване на право при съзнание, че се търси защита, несъответна на социалните функции на признатото право. Неговото упражняване е насочено към удовлетворяване на интереси и цели, различни от тези, заради които законът е признал съществуването на правото или действията са извършени, без от тях в конкретния случай носителят на правото да има оправдан интерес.

Към законодателната техника, използвана за създаването на чл.3 ГПК и съдържанието на текста на тази разпоредба следва да се отправят критични бележки. От буквалното тълкуване на разпоредбата може да се направи извод, че единствената санкция за злоупотреба с процесуални права, която допуска законодателството ни е отговорността за вреди. Ефективността на санкцията за лицето, осъществило злоупотреба с процесуални права, ще предполага винаги индивидуален подход. В зависимост от фактическите обстоятелства на конкретния случай противодействието на злоупотребата е възможно да бъде отказ за предоставяне на превратно търсената защита, недопустимост на действието, което представлява злоупотреба с процесуално право, съответно задължение за обезщетение на причинените вреди и др. Не е възможно лимитативно да бъдат посочени всички възможни форми за злоупотреба с процесуални права, както и не е възможно да бъде установена една универсална последица или санкция за злоупотребата с право. Въпреки че може в конкретни хипотези да доведе до нанасяне на вреди другиму по смисъла на чл.45 ЗЗД, злоупотребата с процесуални права не следва да се отъждествява с непозволеното увреждане.¹³ Настъпването на увреждане не би следвало да е абсолютна предпоставка за наличието на злоупотреба с процесуални права, доколкото са възможни и случаи, при които чуждите права само се застрашават или при които упражняването на процесуалните права засяга обществения интерес без да се причиняват вреди на частни субекти. Съдът не следва да остава безучастен към опитите за използване на съдебния процес за нетипични цели, както и към стремежа на едната страна да използва особеностите на съдебното производство за достигането на непозволените резултати. Общата формулировка на текста на чл.3 ГПК и систематичното му място в общите разпоредби на Глава първа, Част първа на процесуалния закон, са убедителни аргументи в подкрепа на тезата, че целта на законодателя

¹³ Това е така, защото непозволеното увреждане винаги включва противоправно поведение, вина, вреда и причинна връзка между тях. То не изисква непременно съществуване на правна връзка или право, с упражняването на което се предизвиква увреждането. Обратно е при злоупотребата с право - по дефиниция не са необходими кумулативно изискуемите елементи на непозволеното увреждане, а освен това е налице признато от закона субективно право, носителят на което формално го упражнява според вида и съдържанието му. Напълно възможно е едни и същи фактически обстоятелства да осъществяват състав на непозволено увреждане и заедно с това да представляват злоупотреба с право. В тази хипотеза деликтът ще „погълне” злоупотребата. В други случаи, когато определени противоправни действия на превратно упражняване на субективни права не осъществяват в цялост фактическия състав на непозволеното увреждане, може да се противопоставя например чрез отказ на съда да даде защита на така упражняваното право.

е била единствено да установи универсална мярка за добросъвестно поведение на участниците в съдебните производства, без да я свързва с конкретна санкция и да обявява единствено предизвикалите вреди процесуални действия за злоупотреба с права. С оглед на изложените съображения предлагам *de lege ferenda* от съдържанието на изречение първо на чл.3 ГПК да отпаднат думите: „под страх от отговорност за вреди“.

На дискусия следва да се постави и въпросът дали наличието на друга цел, различна от намерението за увреждане, предизвикала превратното упражняване на дадено процесуално право, изключва приложението на чл.3 ГПК. Често реално преследваната цел от участника в процеса е неговото шиканиране, посегателство срещу независимостта на магистратите и авторитета на правосъдието, извличане на някаква неоправдана полза от съответното съдопроизводствено действие или провеждането на симулативен съдебен процес. Принципът за незлоупотреба с право при упражняването на процесуалните права следва да изпълнява типичната за правото регулативна функция. Негова генерална, основна роля е да установи стандарт на поведение, какъвто се очаква от участниците в процеса. Ето защо всяка цел, която е насочено към удовлетворяване на интереси, различни от тези, заради които законът е признал съществуването на процесуалното право, следва да е релевантна, а не само намерението за увреждане. В тази насока процесуалните действия, са извършени, без от тях в конкретния случай носителят на правото да има оправдан интерес, осъществяват състава на злоупотреба с това право. На практика всички участници, защитаващи частен интерес в процеса, могат да злоупотребят с правата си, като съответната злоупотреба може да се реализира на всеки етап от производството.

Приложението на чл.3 ГПК е свързано с определени практическите трудността, касаещи доказването на намерението за увреждане, респективно други неправомерни субективни подбуди, мотивирали носителят на правото да го упражни превратно. Тези трудности биха могли значително да намалят регулативния ефект на нормата. Съобразявайки житейската и правна логика, следва да се обоснове разбирането, че текстът на чл.3 ГПК не следва да се тълкува буквално. В този смисъл при преценката за наличието на специална цел (намерение за увреждане на насрещната страна или съществуване на друг мотив, противен на обществените интереси) следва да се прилагат обективни критерии. Случаите на злоупотреба с процесуални права следва да бъдат преценявани най-напред според действията и последиците от тях и заедно с това според съпътстващото поведение на правния субект.

Противоправното намерение например може да бъде изведено и при сравнение между относителната тежест на последиците от упражняването на едно право - дали е по-голяма ползата за носителя на това право, или по-голям относителен дял има целта да се засегнат чуждите интереси.

Форми на проявление на злоупотребата с процесуални права и тяхната санкция

С посочената „морализираща“ функция на чл.3 ГПК не следва да се изчерпва значението на забраната на злоупотребата с процесуални права. Принципът за незлоупотреба с процесуални права модифицира ефекта си в други норми, които са плод на конкретно негово проявление. Като пример могат да бъдат дадени разпоредбите на чл.139, ал.2, във връзка с ал.1 на същия член от АПК. Те предвиждат, че при повторно искане от страна по делото да бъде отложено, след като това вече се е случило веднъж по нейна молба, то може да бъде отложено по изключение само на друго основание и ако с оглед на всички обстоятелства съдът прецени, че не е налице злоупотреба с право. Друг пример е обективната отговорност по чл.403, ал.1 ГПК за вреди, причинени на длъжника от наложено обезпечение.¹⁴ Тази отговорност следва да се разглежда като санкция за злоупотреба с право, под формата на недобросъвестно упражняване на процесуалните права. Друг сполучлив пример е чл. 411, ал. 1, т. 2 ГПК, която разпоредба въвежда в заповедното производство като едно от основанията за постановяване на отказ за издаване на заповед, противоречието на искането с добрите нрави.

Често срещана на практика злоупотреба с процесуални права е предявяването на на искиви молби или жалби, които съдържат хулителни и клеветнически твърдения, обиди, цинични изрази, насочени срещу магистрати, съдебни експерти или други участници в съдебното производство. Най-често подобно недоросъвестно поведение цели посегателство срещу независимостта на магистратите и авторитета на правосъдието. Наблюдават се също така системни случаи на предявяване на многобройни искиви молби или жалби, които са въобще лишени от реалната защитна цел за подателя им, като с тях се преследва затрудняване

¹⁴ Вж. повече за тази отговорност в Пунев, Бл. / Гачев В., Хорозов, Г., Митева, Д., Танев, Д., Кръшкова, Е., Балева, Е., Топалов, К., Влахов, Кр., Златарева, М., Обретенова, М., Бобатинов, М., Кюркчиев, Ст. Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар. С., 2014, с. 1046-1047. При влязло в сила решение, с което съществуването на дадено вземане е отречено със сила на пресъдено нещо и при наличие на категорични доказателства, че вискателят е знаел, че изпълняемо право в негова полза не се е породило, налагането на възбрана се явява материално незаконосъобразно и съставлява злоупотреба с права.

или блокиране на правораздавателна дейност на съда (т. н. системни ищци или жалбоподатели). Също широко разпространена е злоупотребата с процесуални права, която води до шиканиране на съдебните процеси и те не приключват с години, което на практика обезсмисля ефективността на съдебната защита. Друга често срещаната ситуация на злоупотреба е когато до един или няколко различни съдилища се подават няколко на брой идентични иски молби или други процесуални искания, имащи за цел образуването на определено дело. Преследваната цел в този случай е лицето, инициирало съответното производство, да може да избере този съдия, от когото смята, че за него би било най-изгодно да се произнесе по иска или молбата, и по този начин на практика се заобикаля принципът за случайно разпределение на делата.¹⁵ Същото може да се каже и по отношение на друга порочна практика, състояща се в подаването на няколко последователни молби за обезпечение на един и същ бъдещ иск без производството по първата да е приключило. Като злоупотреба с право може да се определят и случаите, когато се извършва процесуално действие с ясното съзнание, че то е недопустимо или неоснователно.. В този смисъл ще има злоупотреба например когато бъде подаден до съда неоснователен иск, като ищецът е бил недобросъвестен в това си действие.¹⁶ Това означава, че искът е предявен с убеждението, че несъществува материалното право, чиято защита се търси, като съдът ще изследва дали при упражняване на правото ищецът е имал интерес от търсената защита и какво е целял в конкретния случай.

¹⁵ Това е хипотеза, при която превратното упражняване на процесуални права цели да заобиколи основни принципи на правораздаването. Така например, в рамките на образувано заповедно производство по гр. д. №14664/2015 г. на Софийския районен съд, в резултат на извършена служебна проверка в деловодната система на съда, се е констатирало, че заявителят вече е образувал няколко дела със същото искане, което се съдържа и по конкретното дело. По-конкретно В резултат на процесуалното поведение на страната, в съда са били образувани 13 идентични дела, по които се е претендирала една и съща сума, на едно и също основание. По всички образувани дела не е внесена дължимата държавна такса в пълен размер. Съдът е приел, че заявителят предявява множество идентични заявления, като всичките са нередовни. Вярно е, че законът не съдържа изискване за максимален допустим брой подадени заявления срещу едно и също лице. С депозирането на няколко идентични молби обаче, заявителят оставя впечатлението, че целта му е една от тях да попадне при конкретен съдия (т. н. *forum shopping*), чрез което се заобикаля принципът за случайното разпределение на делата – чл.9, ал.1 от Закона за съдебната власт.

¹⁶ След да се има предвид че добросъвестността в случая се предполага. Добросъвестността е налице, когато процесуалното право се упражнява с убеждението че съществува, както и с убеждението че съществува и материалното право, чиято защита се търси. За нея е без значение дали това убеждение е погрешно и съответно дали тази грешка е извинителна или не. В тази връзка и последиците от подаването

Както вече беше споменато, не е възможно изчерпателно да бъдат посочени всички възможни форми за злоупотреба с процесуални права, както и не е възможно да бъде установена една универсална последица или санкция за злоупотребата с право. В тази насока способите за противодействие на превратното упражнение на права ще зависят от конкретното проявление и същност на злоупотребата. Като обща последица се приема отказът на съда да даде защита на така упражняваното право.¹⁷ Въпросът е как този „отказ“ се проявява при отделните форми на злоупотреба с права. В доктрината и юриспруденцията се изтъква, че съдът трябва да откаже защита на дадено право, ако способът за злоупотреба е чрез предявяването му с иск, а ако злоупотребата с право е причинила и вреди, ще е налице и основание за ангажиране на деликтната отговорност на превратно упражняващия правата.¹⁸ При всички положения съдът е длъжен да вземе мерки да организира адекватното и своевременното разглеждане на делото, като дисциплинира участниците в процеса със средствата на ГПК, преустановява действия, съставляващи злоупотреба с право. В този смисъл, едно от процесуалните действия, които биха могли да имат дисциплиниращ ефект спрямо страните, е налагането на глоба.¹⁹

Доколкото превратното упражнение на процесуалните права е укоримо с оглед на обществения интерес, то адекватна негова санкция следва да е отказът съдът да разгледа искова молба или жалба, чието

на един просто неоснователен иск са различни от тези при злоупотребата с правото на иск. В първия случай ищецът следва да заплати направените от ответника разноски в производството, докато във втория носи отговорност за всички вреди, които е причинил с поведението си.

¹⁷ Добър пример за това е решение № 59 от 24.07.2013 г. по гр. д. № 392/2012 г., IV г. о., на ВКС. Съдът е бил сезиран с ревандикационен иск за предаване на владение на недвижим имот, собствеността върху който е прехвърлена преди 9 г. от лице, което страда от трайни психични проблеми. Този иск е отхвърлен, като договорът за прехвърляне на имота е унищожен, въпреки че са изтекли законовите срокове за унищожаване. Съдът е приел, че в хипотезата на чл.31, ал.1 ЗЗД праводателят е бил в невъзможност да волеобразува поради душевна болест, макар лицето формално да е било дееспособно. Ето защо ползващата се от сделката страна, знаейки за състоянието на насрещната, изчаквайки изтичането на срока по чл.32, ал.2 ЗЗД и предприемайки действия, с които да приведе в изпълнение сключения унищожаване договор, е осъществила злоупотреба с право. Поради констатираната злоупотреба, обоснован е отказът да се признаят последиците на съдебно упражненото право (в случая - да се уважи ревандикационния иск).

¹⁸ Вж. например Василев, Л. Цит. съч., с. 145, както и решение № 257 от 14.07.2011 г. по гр. д. № 1149/2009 г., IV г. о. на ВКС.

¹⁹ Вж. в този смисъл определение № 222 от 21.03.2014 г. по ч. гр. д. №1076/2014 г., III г. о. на ВКС, както и определение № 540 от 04.08.2015 г. по ч. гр. д. л/у 1337/2015 г., IV г. о. на ВКС. Разпоредбата на чл.89, т.3 ГПК предвижда, че съдът може да наложи глоба за обида на съда, страна, представител, свидетел или вещо лице.

предявяване представлява злоупотреба с право. При установена липса на изрично правило за поведение, съдът следва да приложи общия разум на закона. Когато закон изобщо липсва (налице е празнота), като се прилагат основните начала на правото, обичая и морала, както постановява чл.5 ГПК. Това, че законодателят например не е въвел ограничение на броя искови молби, жалби и други искания, които могат да се подават пред съда, не означава, че това може да се прави до безкрай от едно лице и за един случай. Общият разум на закона изключва осигуряване на възможност на страната да подава неограничен във времето брой нередовни искови молби или жалби, а целта му е споровете да намират своето бързо и справедливо решение. Поради спецификата на обсъжданите въпроси смятам, че е необходимо е да бъде осигурена нормативна основа, въз основа на която съдът да може да противодейства на злоупотребата с процесуални права. В тази насока, когато исквата молба или жалбата е лишена от реална цел, а с нея се преследват шиканиране на съдебното производство, посегателство срещу независимостта на магистратите и авторитета на правосъдието, извличане на някаква неоправдана полза от предявяването ѝ или провеждането на симулативен съдебен процес, съдът следва да ги обяви за недопустими и да ги остави без разглеждане. Като пример за подобно законодателно разрешение може да се ползва чл.35, ал.3, б."а" от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи, съгласно която разпоредба съдът обявява за недопустима всяка индивидуална жалба, която е явно необоснована или представлява злоупотреба с право на жалба. Намирам за полезно в ГПК, съответно в АПК, да бъде включена сходна норма, която да дава възможност на съда да пресича в зародиш превратното упражняване на посочените процесуални права.

Злоупотребата с процесуални права съгласно съдебната практика

Законодателната техника, използвана за създаването на чл.3 ГПК, предполага нормата да се изпълва с действително съдържание от практиката. Необходимо е всеки случай да бъде обсъждан конкретно, при съобразяване на всички фактически обстоятелства в тяхната връзка и единство. Практиката по приложението на забраната за злоупотреба с процесуални права не е богата, но все пак може да служи като основа за определени изводи.

Като цяло, превратното упражняване на права съгласно чл.3 ГПК, се обсъжда най-често във връзка с претенции за обезщетяване на настъпили вреди от него. Например в решение № 257 от 14.07.2011 г. по гр. д. № 1149/2009 г, IV г. о., на ВКС, се приема, че при злоупотребата с право,

освен до отказа от защита на права, които се упражняват при условията на злоупотреба, законодателят е предвидил правото на обезщетение за вреди, причинени от това превратно упражняване на права, стига такива да бъдат доказани. В решение № 189 от 20.06.2014 г. по гр. д. № 5193/2013 г., IV г. о. на ВКС, се изтъква, че злоупотребата с право съгласно чл.3 ГПК е противоправна. Тя е налице, когато правото се упражнява недобросъвестно - за да бъдат увредени права и законни интереси на други (чл.57, ал.2 от Конституцията), но също и в противоречие с интересите на обществото (чл.8, ал.2 ЗЗД). Доказването на деянието (предявяването на иска) и неговата противоправност (недобросъвестността) е в тежест на пострадалия, докато вината на дееца се предполага до доказване на противното. Вредата и причинната връзка с противоправното деяние също са в тежест да бъдат доказани от пострадалия, но при липса на достатъчно доказателства за размера на причинената вреда, съдът определя нейния размер по своя преценка или като вземе заключението на вещице лице съгласно чл. 162 ГПК. Отговорността за вреди от злоупотреба с правото на иск по правното си естество е деликтна, поради което по общите правила дължимото обезщетение обхваща всички преки и непосредствени имуществени (претърпени загуби и пропуснати ползи) и неимуществени вреди. Съществува разлика между отговорността по чл.3 и по чл.78 ГПК. Отговорността за разноски също е деликтна, но тя е уредена като ограничена обективна отговорност за вредите от предявяването на неоснователен или недопустим иск и включва само внесените такси и разноски по производството, както и възнаграждението за един адвокат. Отговорността за разноски е ограничена, защото не включва всякакви други разходи и пропуснати ползи от страната по делото (напр. пътните разноски за явяването на страните пред съда) и е обективна, защото ищецът отговаря без вина, стига ответникът да е дал повод за завеждане на делото.

В мотивите на решение № 59 от 24.07.2013 г. по гр.д. № 392/2012 г., IV г. о. на ВКС, се поддържа, че превратното упражняване на права е укоримо с оглед на обществения интерес и правните последици от подобна злоупотреба с права са отказ от защитата им, като в зависимост от естеството на действията, чрез които злоупотребата с право се извършва, увреденият може да иска съответно обезщетение или преустановяване на засягащата го злоупотреба. Принципът на добросъвестността се счита за водещ при дефинирането на злоупотребата с право като действие, за което носителят на правото няма оправдан интерес. Приема се, че само по себе си упражняването на едно твърдяно или предполагаемо право не представлява злоупотреба с право. Но ако лицето упражни процесуалното си право например за принудително събиране на вземане, за което

знае че не съществува или не му принадлежи, предприетите действия представляват злоупотреба с право.²⁰ Като злоупотреба с право се определя също искането на страна в съдебното производство за предоставяне на документ в оригинал от насрещната страна, при ясното съзнание на първата, че това не може да се случи, тъй като въпросният официален документ се намира като доказателство в наказателно производство, иницирано от нея, и при това с явната цел това да доведе до изключване на въпросния документ от доказателствения материал по делото.²¹ Представлява злоупотреба с право и представянето на болничен лист с невярно съдържание от пълномощник на страната, т.к. това затруднява съвременното движение на делото. Ето защо съдът не отлага делото, когато не е налице уважителна причина и за самата страна. Единствено уважителна причина за неизпълнението на указанията на съда, респ. за отлагане на делото, изключва злоупотребата с процесуални права.²²

Недобросъвестното упражняване на процесуални права не винаги означава неоснователност на заявената претенция. В този смисъл могат да бъдат разгледани няколко различни хипотези. Възможно е да се предяви основателна претенция и това процесуално поведение да е упражнено превратно. Такъв случай е бил предмет на разглеждане в рамките на производство пред първата инстанция, при което ищецът е предявил частичен иск за 1/10 част от дължимо трудово възнаграждение. В хода на производството е установено, че страната е разделила своето вземане на няколко по-малки части и е предявила няколко различни иска пред различни съдилища. Съдът е приел, че е налице хипотезата на чл.89, т.3 ГПК – „обида на съда“, тъй като с процесуалното си поведение, страната е ангажирала неоснователно ресурса на съда и съдебните служители, при все да е имала възможност да реализира правата си в рамките на едно производство.²³ Възможно е също така самото превратно упражняване на

²⁰ В този смисъл са решение № 757 от 19.06.2009 г. на САС по гр. д. № 88/2009 г.; решение № 2 от 13.02.2012 г. на БАС по в. гр. д. № 321/2011 г. и решение № 161 от 08.07.2016 г. на ВТАС по в. гр. д. № 199/2016 г.

²¹ Така решение № 335 от 06.07.2010 г. по гр.д. № 4764/2008 г., Гр.К., II гр. о. на ВКС. Очевидно е, че предназначението на правото, уредено в чл.183 ГПК да се изисква от другата страна да предостави оригинал на определен, приложен по делото под формата на препис, документ е да бъдат избегнати манипулации с доказателствата по делото. Чрез такова искане обаче не може насрещната страна да бъде лишена от правото си да представя доказателства и по същество да бъде „дисквалифицирана“ по силата на обстоятелствата.

²² В тази насока е например определение № 4 от 06.01.2011 г. по ч. гр. д. №532/2014 г., I г. о. на ВКС.

²³ Така съдът е процедира по гр. д. № 2458/2013 г. на Софийския районен съд В производството по отмяна на глобата, развиващо се по реда на чл.92 ГПК, този съд

процесуални права, да доведе до неоснователност на искането. Сходно на разгледаното по-горе производство се е развило и в рамките на подадено заявление за издаване на заповед за изпълнение по реда на чл.410 ГПК, с което заявителят е претендирал сума в размер на 1/30 част от вземане, за което длъжникът вече е осъден с влязло в сила съдебно решение. В рамките на приключило вече съдебно производство, ответникът е бил осъден да заплати на ищеца сума, която е разделена на 30 равни части и е цедирана на части на 30 юридически лица. Всяко от тези юридически лица е подало заявление, с което претендира своята 1/30 част от сумата (първоначалната главница), както и сторените разноски, които надвишават 32 пъти сумата по новата главница. С оглед фиктивното образуване на множество дела, както и от гледна точка на очевидния стремеж на страната да се обогати с разноските по делата, съдът приема, че е налице недобросъвестно процесуално поведение, което следва да се санкционира.²⁴

Съдът разглежда забраната за злоупотреба с право в широк контекст, като приема че тя е относима не само към конкретното упражняване на съответното процесуално права, но и към поведението на лицето, осъществено преди образуване на съдебното производство. В тази насока практиката на административните съдилища например заключава, че искането да се издаде нищожен облагодетелстващ индивидуален административен акт, също представлява злоупотреба с право, поради което адресатът трябва изцяло да поеме тежестта от него.²⁵ За да се направи конкретен извод дали поведението на страната представлява превратно упражняване на право, от съда се изследват конкретните фактически обстоятелства по спора. Преценяват се в хронологичен ред и последователност всички действия, които са свързани с процесуалното поведение, включително причината за неговото осъществяване.

е приел, че макар и предявяването на частични искиове да не е забранено от закона, в конкретния случай този процесуален похват се използва за натоварване на ответника с разноски (определение от 07.03.2014 г. по гр. д. № 2458/2013 г. на СРС). Още повече, че недобросъвестната страна, в качеството си на работник, се е ползвала от привилегиите на безплатното гражданско производство (чл. 83, ал. 1, т. 1 ГПК).

²⁴ Така съдът е процедира по гр. д. № 62747/2014 г. по описа на СРС, също гр. д. № 63507/2014 г. по описа на СРС.

²⁵ В тази насока са решение № 1143/03.02.2014 г. по адм. дело № 3577/2013 г. на ВАС и решение № 14882 от 12.11.2013 г. по адм. д. № 5032/2013 г. на ВАС.

Заклучение

Синтезирианият анализ на правната уредба, в светлината на съдебната практика и достиженията на доктрината, е основание за извод, че проблемите, които превратното упражняване на процесуални права поставят, са съществени и актуални. За нормалното осъществяване на правораздавателната дейност в страната се налага усъвършенстване на правна уредба, насочено към създаване на ефективни законови форми за противопоставяне на злоупотребата с право. Както вече бе споменато, от чл.3 ГПК се извежда норма с високо ниво на абстрактност, установяваща забрана за злоупотреба с процесуални права от участниците в съдебните производства. За ефективното постигане на нейната генерална, основна роля - да установи стандарт на поведение, какъвто се очаква от страните в съдебните производства, уредени в ГПК и АПК, обаче не са предвидени достатъчни законодателни механизми. Например за да има своя превантивен ефект забраната за злоупотреба с процесуални права следва да е свързана не само с отговорност за вреди. Изричен нормативен израз следва да получат правомощия на съда да откаже да се произнесе (да остави без разглеждане като недопустима) по искова молба, жалба или доказателствено искане, които целят злоупотреба с право. По този начин няма да бъде въобще допуснато конкретната злоупотреба с право да постигне своята укорима цел. Друга предпоставка за повишаване на практическата ефективност е отделянето на повече внимание от доктрината върху въпросите, касаещи злоупотребата с процесуални права. За съжаление до сега на института на злоупотребата с процесуални права теорията отделя скромно място, което най-вероятно се дължи на сложния и деликатен характер на въпросите, които следва да намерят своята теоретична обосновка.

*Mihail Malchev, PhD
Honored Assistant, Faculty of Law University Saint Clement Ohridski
Judge in Administrative Court in Sofia
mihail.malcev@abv.bg*

**THE ABUSE OF PROCESS RIGHTS AND THE REQUIREMENTS
OF REACTION OF THE BULGARIAN LEGISLATION TO
PROVIDE EFFECTIVE PROTECTION**

***Abstract:** The purpose of the work is to present the violation of the legal principle of prohibition of abuse of rights, which creates problems in law enforcement in the Republic of Bulgaria in civil and administrative matters. Abusive law generally presupposes its misconduct, other than the purpose for which it was created. Countering all forms of abuse of rights is a great challenge to legal theory, practice and legislation. The manifestation of abuse of rights in the civil and administrative process can take various forms. Common cases in case law are cases where unsolicited purposes are pursued in the application or in the complaint when they are written in offensive, threatening, provocative language beyond the legitimate form of expression before a court where the claim is in fact deprived of the real a defensive purpose for the sender, and they are pursuing a hindrance or blocking court action. For the proper implementation of the judicial activity in the country, it is necessary to improve the legal framework aimed at creating effective legal forms for opposing the abuse of rights.*

***Key words:** abuse of rights, forms of manifestation, process rights, legislative framework, reaction, proposals de lege ferenda.*

THE NEW 2019 HAGUE CONVENTION ON RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS – BRIDGING THE GAP BETWEEN THE WEST AND THE EAST

UDK:341.985:341.24(492)“2019”
Original research paper

***Abstract:** The diplomatic session of the Hague Conference on Private International Law (Hague Conference) regarding the “Judgments Project” was held from 18 June – 02 July 2019 in the Hague where the long awaited Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments (new 2019 Hague Convention) was adopted. This Convention comes as a result of 27 years of work that has been done in the course of this project of the Hague Conference and it can be said that is one of the most awaited developments in Private International Law. The success of the convention cannot be predicted at this point because large number of factors impact the outcome of the convention. However benefits from having an international agreement dealing with cross border recognition and enforcement of foreign judgments is self-evident. More than ever there is a need of a single instrument that will contain unified conditions for recognition and enforcement and ease the cross border circulation of judgments. Only a brief look at the New York Convention on recognition and enforcement of foreign arbitral awards (New York Convention) provides for glimpse of the benefits from having such instrument.*

This article will provide for overview of the main aspects of the Convention. It will give an outline of the structure, mechanism and the rules provided in the Convention. This convention in contrast of its predecessors provides for more “soft” approach in bridging the differences between the legal systems of the west and the east. However, new 2019 Hague Convention is very important, because the transnational cooperation influenced by the globalization and the interconnection of the economic systems, asks for faster responsiveness of the legal systems and predictability of the legal outcome manifested by the

* Assistant Professor Faculty of Law “Iustinianus Primus”, University Ss Cyril and Methodius – Skopje, ikoru@yahoo.com

judicial decisions.

Key words: *Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments; Recognition and Enforcement; civil and commercial matters; indirect jurisdiction; right of defense; public policy, irreconcilable judgments.*

1. Recognition and enforcement of foreign judgments according to the new 2019 Hague Convention

Recognition and enforcement of foreign judgments represents one of three basic components of private international law¹ and therefore it is a very important part of the Hague Conference.² However if we compare the international conventions adopted by the Hague Conference we can see the dominance of those which cover the conflict of laws aspects³ and those regarding cross border cooperation⁴ over the other aspects of private international law (jurisdiction and *exequatur*).⁵ Such position is not a coincidence, because countries are more found in adopting rules which refer to the substantive law issues and are more resistant in adopting rules regarding procedural law issues. Moreover, in the case of recognition and enforcement this aspect goes further, because the *exequatur* represents last “defense” that legal systems possess regarding the incorporation of foreign judicial decisions in their domestic legal order.

On the other hand, transnational cooperation influenced by the globalization and the interconnection of the economic systems, asks for faster

¹ Together with conflict of law and international jurisdiction. See Fawcett J and Carruthers J., Cheshire, North & Fawcett, *Private International Law*, Oxford University Press 14th ed. (2008) pg.7

² On the structure of the Hague Conference see Droz L.A.G., *A Comment On The Role Of the Hague Conference On Private International Law, Law and Contemporary Problems*, (1994), Dyer A, *The Hague Convention: Its Successes and Failures - Parts I and II*; *Australian Family Lawyer*, June 1994, Vol. 9, and September (1994), Dyer A. *To Celebrate a Score of Years!*; *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 33, Issue 1, (2000), Lipstein K., *One Hundred Years of Hague Conferences on Private International Law, International and Comparative Law Quarterly*, (1993), J.J.H.A. van Loon, ‘The Hague conference on private international law: an introduction’, in P.J. van Krieken, and D. McKay, eds, *The Hague: Legal Capital of the World (The Hague, TMC Asser Press, 2005)*, Hans van Loon and Andrea Schulz, ‘The European Community and the Hague Conference on Private International Law’, in Bernd Martenczuk and Servaas van Thiel (eds), *Justice, Liberty, Security: New Challenges for EU External Relations (Brussels University Press, 2008)*.

³ 17 Conventions.

⁴ 10 Conventions.

⁵ 10 Conventions.

responsiveness of the legal systems and predictability of the legal outcome manifested by the judicial decisions. In other words there is a bias between sovereignty of the countries manifested in the rules for recognition and enforcement of judgments and the need for prompt cross border cooperation. Such antagonistic position had influenced the increased popularity of arbitration as an adjudicative system of “distribution of justice”. The success that the New York Convention, created a “rivalry” between these two segments of the distribution of justice. The response of the judicial distribution of justice is the new 2019 Hague Convention of recognition and enforcement of foreign judgments. The answer to the question whether this international convention will be a success is complex and ambiguous, having in mind all of the economic and political developments in the world and the pace of the dynamics in today’s economic environment. Moreover if this convention tends to be a success it must learn from the mistakes of the 1971 Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.⁶In other words, the future of the new 2019 Hague Convention depends on the practicality of the adopted solutions and whether such rules are of interests to the countries.

1.1 Scope of application of the new 2019 Hague Convention

The scope of application of the new 2019 Hague Convention goes from general to specific, firstly determining the larger legal field of civil and commercial matters and then going to specific areas which are excluded from the scope of application. Article 1 of the new 2019 Hague Convention states that it applies to civil and commercial matters and then excludes the more specific areas such as tax, custom and administrative decisions from the scope of application. Article 2 goes into further specifics, containing list of the other areas which are excluded from the scope of application.⁷Moreover, Article 2

⁶ On the reasons why this Convention failed see, van Loon, H., Towards a Global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters, *Зборник радова Правног Факултета у Нишу*, бр. 82/2019.

⁷ The matters excluded from the new 2019 Hague Convention are: (a) the status and legal capacity of natural persons; (b) maintenance obligations; (c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships; (d) wills and succession; (e) insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters; (f) the carriage of passengers and goods; (g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage; (h) liability for nuclear damage; (i) the validity, nullity, or dissolution of legal persons or associations of natural or legal persons, and the validity of decisions of their organs; (j) the validity of entries in public registers; (k) defamation; [(l) privacy], except where the proceedings were brought for breach of contract between the parties;] [(m) intellectual

of the new 2019 Hague Convention excludes the arbitral and other alternative dispute resolution decisions from the scope of application. Very important aspect of the new 2019 Hague Convention is that the convention is applicable towards civil and commercial judicial decisions in which one of the parties is a state, government, governmental institution or a person acting in the name of the state, but excluding the aspects regarding the immunity and the privileges of the states and international organizations.

1.2 Recognition and enforcement of foreign judgments according to the new 2019 Hague Convention

The new 2019 Hague Convention is intended to provide an effective system for recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters and provide for circulation of judgments in circumstances that are largely considered to be uncontroversial.⁸ The mechanism established with the new 2019 Hague Convention provides that a judgment given by a court of a contracting state, shall be recognized and enforced in other Contracting state in accordance with the provisions provided in Chapter II of the new 2019 Hague Convention.⁹ Also this convention provides for the general principles according to which the for recognition and enforcement will be conducted, that there will be no revision *au fond*¹⁰ and the condition that the judgment has effect and is enforceable in the country of origin.¹¹

The system created by this convention is a simple one: if the judgment regarding civil and commercial matters is rendered in a country which satisfies the indirect jurisdictional grounds provided in Article 5 and if the grounds for refusal of recognition in Article 7 are not met, then the judgment can be recognized and enforced in a requested country. However, foreign judgments can be recognized and enforced under national law or other international convention, but with consideration to the exclusive base given in Article 6 (which refer to exclusive base of jurisdiction for rights *in rem* over immoveable property).

The first criteria for circulation of judgments are provided in Article 5,

property [and analogous matters];] [(n) activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties;] [(o) law enforcement activities, including the activities of law enforcement personnel in the exercise of official duties;] [(p) anti-trust (competition) matters].

⁸ Garciamartin F, Saumier G., Preliminary document No 10 of May 2018 Judgments Convention: Revised Preliminary Explanatory Report, December, 2018, par. 16

⁹ Article 4 of the new 2019 Hague Convention.

¹⁰ Article 4(2) of the new 2019 Hague Convention.

¹¹ Article 4(3) of the new 2019 Hague Convention.

which sets out the bases for recognition and enforcement of a judgment in the form of indirect jurisdictional grounds against which the judgment from the state of origin is to be assessed by the State where recognition and enforcement is sought.¹² These grounds can be divided in three traditional jurisdictional categories: jurisdiction based on connection with the defendant, jurisdiction based on consent and jurisdiction based on connections between the claim and the state of origin.¹³ More specifically, this list contains jurisdictional bases such as: persons habitual residence is in the state of origin,¹⁴ natural persons had their principal place of business in the state of origin,¹⁵ person against whom recognition is sought is the person that brought the claim,¹⁶ defendant maintained a branch, agency or other establishment without separate legal personality in the state of origin and the claim arose out of the activities of these entities,¹⁷ defendant expressly¹⁸ or tacitly¹⁹ consented to the jurisdiction of the court of origin, the judgment was given on contractual obligations and it was given in the State in which performance of that obligation took place according to the law that the parties choose or it was determined according to the conflict of law rules in that state (in absence of an agreed place of performance),²⁰ the judgment is regarding a tenancy of immovable property and it was given by a state where the property is situated,²¹ the judgment is regarding contractual obligation secured by a right *in rem* in immovable property located in the state of origin,²² the act or omission directly causing harm occurred in the state of origin and a judgment on a non-contractual obligation was rendered in the state of origin,²³ bases concerning trusts,²⁴ counterclaims²⁵ and choice of court agreements.²⁶ Most of these grounds can be found in the national legal systems, but they are formulated more precisely or narrowly in the new 2019 Hague Convention.²⁷ Moreover, there is no hierarchy between these grounds

¹² Garciamartin F, Saumier G., (n 7), pg.5, par 17.

¹³ Garciamartin F, Saumier G., (n 7), pg. 34, par. 146

¹⁴ Article 5(1)(a) of the new 2019 Hague Convention.

¹⁵ Article 5(1)(b) of the new 2019 Hague Convention.

¹⁶ Article 5(1)(c) of the new 2019 Hague Convention.

¹⁷ Article 5(1)(d) of the new 2019 Hague Convention.

¹⁸ Article 5(1)(e) of the new 2019 Hague Convention.

¹⁹ Article 5(1)(f) of the new 2019 Hague Convention.

²⁰ Article 5(1)(g) of the new 2019 Hague Convention.

²¹ Article 5(1)(h) of the new 2019 Hague Convention.

²² Article 5(1)(i) of the new 2019 Hague Convention.

²³ Article 5(1)(j) of the new 2019 Hague Convention.

²⁴ Article 5(1)(k)(i) and (ii) of the new 2019 Hague Convention.

²⁵ Article 5(1)(l) of the new 2019 Hague Convention.

²⁶ Article 5(1)(m) of the new 2019 Hague Convention.

²⁷ Garciamartin F, Saumier G., (n 7) pg. 34, par. 146

and satisfaction of a single ground can fulfill this condition.²⁸

These grounds are limited by the exclusive jurisdictional rule given in Article 6 (rights *in rem* over immovable property). In the cases where the judgments fulfill the requirements provided in Article 4, 5 and 6 the only grounds for refusal to recognize and enforce the decision are provided in Article 7. This list refers to grounds as: right of defense,²⁹ the judgment was obtained by fraud,³⁰ public policy,³¹ violation of choice of court agreement,³² inconsistency with a judgment given in the requested state³³ and inconsistency with a judgment given in another state.^{34,35}

Another rule provided in this article is given in Article 7(2) of the new 2019 Hague Convention, which establishes priority of the decisions which need to be recognized and enforced. In private international law legal theory³⁶ in situation where there are conflicting proceedings the *lis pendens* rule applies. However, in the new 2019 Hague Convention there are no rules for direct jurisdiction and thus does not include a rule on *lis pendens*.³⁷ The system developed in the new 2019 Hague Convention regarding parallel proceedings relies on Article 7(1)(e) and Article 7(1)(f) which deal with situations of inconsistency of the judgments given in the requested or given in another state and Article 7(2) which refers to situations when proceedings are still pending in the requested state and when recognition and enforcement of a judgment given in another state is sought.³⁸ However, refusal under this paragraph does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.³⁹ With such position it can be said that the intention of the new 2019 Hague Convention is to set out minimum standard for mutual recognition or enforcement of judgments.⁴⁰

²⁸ *ibid.*

²⁹ Article 7 (1)(a) of the new 2019 Hague Convention.

³⁰ Article 7 (1)(b) of the new 2019 Hague Convention.

³¹ Article 7 (1)(c) of the new 2019 Hague Convention.

³² Article 7 (1)(d) of the new 2019 Hague Convention.

³³ Article 7 (1)(e) of the new 2019 Hague Convention.

³⁴ Article 7 (1)(f) of the new 2019 Hague Convention.

³⁵ Another optional ground was given in Article 7 (1)(g) in the draft of the Convention - the examination of the law applied by the court of origin in intellectual property matters is provided. See more Garciamartin F, Saumier G., (n 7), pg. 67-69, par. 303-312

³⁶ MarongiuBuonaiuti, F., *Lis Alibi Pendens and Related Actions in Civil and Commercial Matters within the European Judicial Area*, Yearbook of Private International Law, vol.11(2009) 513

³⁷ Garciamartin F, Saumier G., (n 7), pg. 68, par. 309

³⁸ *ibid*

³⁹ Article 7(2) of the new 2019 Hague Convention.

⁴⁰ Garciamartin F, Saumier G., (n 7), pg. 82, par. 367

1.3 Other provisions in the proposal of the Hague Convention on recognition and enforcement of foreign judgments

The new 2019 Hague Convention contains other provisions that are in context of the system for recognition and enforcement. These aspects refer to questions such as: recognition and enforcement of preliminary questions,⁴¹ recognition and enforcement of a severable part of a judgment,⁴² recognition and enforcement of damages including punitive damages⁴³ and judicial settlements.⁴⁴ Moreover the new 2019 Hague Convention contains rules that address procedural matters that facilitate access to the mechanism of new 2019 Hague Conventions such as: documents that need to be produced,⁴⁵ procedure⁴⁶ and cost of proceedings.⁴⁷

3. Conclusion

The new 2019 Hague Convention will represent an important step forward in the circulation of judgments between countries. The cautious approach taken by this latest instrument deployed by the Hague Conference, can have short and long term impact on the countries. On short term it will attract them to sign this international instrument because of the ‘minimum standard’ approach taken by the new 2019 Hague Convention. More importantly, this Convention can produce long lasting consequences with the possible approximation of the national legal systems with the principles provided in the convention. The fact that the person seeking recognition can opt whether to use the procedure laid down in the convention, or the national legal rules for recognition and enforcement (or both) provides for more “*exequatur friendly*” legal environment and existence of minimum standards in the countries. This can bring together different legal cultures and have transnational (transcontinental) consequences. Such approach is more than welcomed.

The system presented in the new 2019 Hague Convention is a simple one with several steps which need to be taken. First the scope of the application of the convention is ‘sketched’ in details and predicted to cover the most crucial aspects of civil and commercial matters which can be viewed as uncontroversial.

⁴¹ Article 8 of the new 2019 Hague Convention.

⁴² Article 9 of the new 2019 Hague Convention.

⁴³ Article 10 of the new 2019 Hague Convention.

⁴⁴ Article 12 of the new 2019 Hague Convention.

⁴⁵ Article 13 of the new 2019 Hague Convention.

⁴⁶ Article 14 of the new 2019 Hague Convention.

⁴⁷ Article 15 of the new 2019 Hague Convention.

Moreover the fact that the main obstacle of the “Judgment Project” was solved and the rules for direct jurisdiction were left out of the convention does not represent a step back from the main idea of judicial co-operation, with view the enhancing predictability and justice in cross border legal relations in civil and commercial matters. The indirect jurisdictional rules in the new 2019 Hague Convention do not compete with the national jurisdictional criteria, but in a long run the criteria in the Convention can have an impact on the national direct jurisdictional criteria and with that they can fulfill the main goal of the convention. Very important aspect of the new 2019 Hague Convention is the exclusive base for jurisdiction, however this ground should not represent much of a problem since it is present in most of the national legal systems. The grounds for recognition are also flexible, they can be applied in several modalities with the national conditions for recognition and enforcement. The conditions for recognition in the new 2019 Hague Convention are given in more specifics than the national legal rules. This is also an advantage because of the more specific drafting of the condition for recognition and enforcement in the new 2019 Hague Convention, they can complement the national legal rules on *exequatur*.

Regarding the implication of the Hague Convention it can be said that the implementation would not cause serious obstacles on the national legal system especially because of the liberal approach taken by the new 2019 Hague Convention regarding the application of national legal rules, other international agreements and EU regulations. Moreover, EU is now a member of the Hague Conference and with that it has acknowledged the importance of this global private international law organization. Most of the solutions provided in the new 2019 Hague Convention are known in the national legal systems and correspond with the national legal standards. It is very important for these countries to invest in facilitation of this new instrument because as the trade goes further in the west, but more importantly in the east, this instrument can have long lasting consequences for the legal certainty, procedural predictability and in the end for the economy of the region.

ПРИМЕНАТА НА ЧЛЕН 12 ОД КОНВЕНЦИЈАТА ЗА ПРАВАТА НА ДЕТЕТО ВО СУДСКИТЕ ПОСТАПКИ ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

UDK:342.727-053.2:347.627.2.08]:341.24
Original Research Paper

Апстракт: Конвенцијата за правата на детето изврши влијание во унапредување на процесната положба на детето во судски и административни постапки кои се однесуваат на неговите интереси. Ова сознание претставува предизвик да се проучува оделот на сослушување на детето во постапките за развод на брак кој одговара на принципот на почитување на најдобриот интерес на детето. Во овој труд авторот го анализира моделот кој се применува во нашата земја согласно Законот за семејство и укажува на слабостите на постојните законски решенија. Следствено на тоа прави компаративна анализа на институтот најдобриот интерес на детето *de lege lata*. Ова истражување се прави со цел да се предложат најдобри решенија кои би се имплементирале во македонското законодавство *de lege ferenda*. Врз основа на анализата на недостатоците во нашето законодавство, имајќи ги во предвид најдобрите модели кои ги применуваат Европските земји, авторот предлага измени во законската регулатива во која не е доследно имплементиран членот 12 од Конвенцијата на ООН за правата на детето, а со кои ќе се надминат слабостите и ќе се обезбеди поголема правна сигурност на детето.

Клучни зборови: мислење на детето, развод на брак, родителска одговорност, најдобар интерес на децата.

Вовед

Правото на детето на мислење е првиот и основен чекор на концептот на учество на дететовопостапката на коесенa доврзуваат партиципативн

* Доцент на Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ Штип

ите правана детето. Нанеговата правна положба и претходат два клучни фактори кои претставуваат извор на правната регулатива за деца и тоа: принципот на најдобар интерес на детето и правото на партиципација на детето.¹

Кога станува збор за партиципативни права на детето, основно општо правило претставува правото на детето на мислење, кое е уредено во Конвенцијата за правата на детето² на две нивоа, општо и конкретно, односно процедурално ниво. Со оваа Конвенција за прв пат се уредени фундаменталните права на детето.³ Во процедурална смисла, конкретизирано е правото на детето, односно сенагласува дека му се дава можност да биде сослушано во сите судски и административни постапки кои се однесуваат на неговиот интерес, било непосредно или преку застапник или соодветен орган на начин кој е во согласност со процедуралните правила на националното законодавство.⁴

Не е едноставно да се утврди најдобриот интерес на едно дете во постапките во кои правата и интересите на детето треба да бидат поврзани со правата и интересите на другите учесници во истата. Најдобрите интереси на детето во граѓанско-судска постапка мора да се разгледат во комбинација со други права на детето, како на пример правото да се слушне неговиот глас, правото да биде заштитено од насилство, правото да не биде одвоено од неговите родители итн.

Кога зборуваме за парнични постапки во кои се решаваат семејно-правни односи, треба да се има во предвид, пред се дека општите правила на парничната постапка како стандардни правила на постапување кои се наменети за решавање на класични имотно-

правни спорови, не одговарат на специфичната природа на семејно-правните односи.⁵ Поинаку кажано, во постапката за вршење на родителските права, постојат одредени отстапувања во однос на општата парнична постапка, што се гледа во ограничената примена на начелото

¹ Влашковиќ, В, Начело најбоњег интереса детета у породичном праву, докторска дисертација, Крагујевац, 2014, стр.243.

² European Convention on the Exercise of Childrens' Rights, Council of Europe, ETS No. 160, била отворена за потпишување на 25. јануари 1996., а стапи во сила на 7. 01. 2000 година. (Република Македонија го депонира инструментот за ратификација на 15 јануари 2003 година, а Конвенцијата стапи во сила на 1 вимај 2003 година).

³ Член 12 став 1 од Конвенцијата за правата на детето (КПД пред се ги обврзува државите-членки да му обезбедат на детето право да формира свое мислење, своето мислење да го изрази слободно за сите прашања кои се однесуваат на детето, на мислење на детето да му се посветува должно внимание во согласност со возраста и зрелоста). Види повеќе: <http://www.childrensembassy.org.mk/WBStorage/Files/konvencija%20celosna.pdf>

⁴ Член 12 став 2 од Конвенцијата за правата на детето.

⁵ Станковиќ, Г, Граѓанско процесно право, Прва свеска, IX изменено и допуњено издање, Мегатренд Универзитет, Београд, стр.582, 2013 година.

за диспозиција, доминација на истражното начело, исклучување на јавностаинтноста на постапката.⁶ Во овој видна постапка завршење на родителските права на особен начин се применува принцип на правичност, односно судот е должен да се раководи од најдобриот интерес на детето.

1. Процесноправната положба на детето и неговото застапување во граѓанските судски постапки

Детето може да се јави во различна процесна улога (улога на странка, учесник и сведок) во граѓанско-судска постапка. И покрај бројните правни, социјални, културни и економски препреки, тргнувајќи од неговиот пристап спрема судот, најбитна од сите е одсуството на деловната способност. Сепак, детето мора да биде вклучено во постапката пред да биде донесена било каква одлука која влијае на неговиот сегашен или иден статус. Во секоја судска постапка треба да се прибави мислење на детето, освен ако стручен орган процени дека тоа не е најдобар интерес на детето (се мисли на Центарот за социјална работа).

Ковенцијата за правата на детето изврши влијание во унапредување на процесната положба на детето во судски и административни постапки кои се однесуваат на неговите интереси. Восуштина, правото на детето претставува признавање и зачувување на неговиот правен субјективитет и овозможување на активната улога на детето како субјект, а некако пасивен објект во разни општествени односи.⁷ Изразување на мислењето е последица на сопствените гледишта. Конвенцијата за правата на детето ова право го релативизира и го согледува низ призмата на детската ареалност, односно возраст и степен на зрелост, бидејќи е сосема јасно дека

⁶ Отстапување на начелото на диспозиција семанифестира во ограничување на правата на странката во поглед на поведување на парничната постапка. Додека општата парнична постапка ја поведува исклучиво странката, постапката за вршење на родителско право, како адхезиона постапка, може да ја поведе и судот по службена должност односно *ex officio*. Отстапувањето на начелото на диспозиција доведува до отстапување на расправното начело (што значи во доминара истражното начело) кое е доминантно во парничната постапка, судот може да утврди факти и кога не се спорни помеѓу странките и може да истражува факти кои ни една од странките не ги извела, од причина што е должен да се раководи од принципот на најдобар интерес на детето. Се работи за постапка која е итна, со глед на тоа дека се однесува на деца и родители кои вршат родителско право. Ова начело се конкретизира со отстапување од правилата на обврската за доставување на тужбата на одговор, бројот на рочишта за расправа е лимитиран како и законските рокови во кои судот е должен да закаже и одржи рочиште или да одлучи по жалба. Станковиќ, Г., *op.cit.*, стр.583.

⁷ Hrabar, D, *Evropska konvencija o ostvarivanju dječjih prava-poseban zastupnik djeteta, Djete u pravosudnom postupku, Primjena Evropske konvencije o ostvarivanju dječjih prava*, стр.105, Zagreb, 2012.,.

индивидуализацијата е единствениот правилен пристап до детето.⁸

По завршување на судската постапка во која детето непосредно го изразува своето мислење, судот е должен да се води од начелото на најдобар интерес на детето и во таа смисла да обезбеди повратна информација за детето за тоа како е одлучено, како и да го информира како неговото мислење влијаело врз одлуката.⁹ Повратната информација која ја обезбедува судот значи гаранција дека ставовите на детето не се изведени во постапката само како формалност, туку дека се сфаќаат сериозно.¹⁰

Битно е да се напомене дека Комитетот за правата на детето не упатува на примена на посебен метод двоодносно на пренесување на информациите до детето. Бидејќи не е реално да се очекува судијата тоа лично да го стори, поради природата на домашната судска постапка, ова барање би можело индиректно да се исполни и преку лицето кое се јавува како застапник на детето, или ако судијата директно го сослуша детето на начин кој може да го задолжи претставникот на органот за старателство или третото лице да ги пренесе релевантните информации на детето.

Вонашето законодавство, не е уредено што претставува најдобар интерес на детето, ниту е предвиден метод за негова оценка, се остава на судот да го дефинира. Сложеноста на овој принцип бара моќ за селективно расудување, но и логички способности на оние лице кои утврдуваат што во конкретен случај претставува најдобар интерес на детето.

Се работи за правен стандард кој е најблиску поврзан со правото на правичното судење. Самата одредба на член 12¹¹ е поделена во два става: во првиот став се говори за правото на детето „слободно да ги изрази своите ставови“ за сите прашања кои се однесуваат на детето, а во други отстастанува забор за процесна терминологија која говори за “правото на детето да биде сослушано”. Имено, примената на член 12 е доста широка, бидејќи не се однесува само на процедуралните права на децата, туку на тоа дека процедуралните права се вклучени во одредбата од став 2.¹²

За разлика од принципот на најдобар интерес на детето, “правото на детето на мислење” е поврзано со одредени ограничување кои се изразени

⁸ Оваа конвенција им дава можност на земјите да ја определат возраста на детето од која ќе се зема предвид неговото мислење, но тоа од друга страна отвара дилеми во однос на развојот и зрелоста на детето.

⁹ Точка 45 од Општиот коментар бр.12 (2009) Правото на детето да се сослуша. Види повеќе: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

¹⁰ Комитетот на ОН за правата на детето наведува дека информацијата може да биде основ детето да поднесе правни лекови против одлуката.

¹¹ Член 12 став 1 од КПД.

¹² Hrabar, D, op.cit, стр.119.

согласно со правните факти и правните стандарди. Во оваа смисла, Конвенцијата на ОН за правата на детето уредува дека титуларот на правата на детето е способноста да формира своето мислење, односно укажува дека на мислењето на детето мора да се посвети должно внимание во согласност со зрелоста и возраста.

Исклучително е важно да се истакне дека правото на детето да го изрази своето мислење или да биде сослушано во постапката е негово право, но не и негова обврска. Надлежните органи имаат обврска да утврдат дали детето е способно да даде своето мислење. Во контекст на оваа процена поради остварување на најдобриот интерес на детето треба да се води сметка дека:

- се тргнува од претпоставката детето е способно да формира сопствено мислење. Товарот на докажување на способноста не е на детето туку на оној кој смета дека детето е неспособно, и тој тоа треба да го докаже;
- процена се врши во секој конкретен случај, имајќи во вид конкретно дете, конкретно прашање и околност;
- се цени способноста на детето, без оглед на формите на изразување на мислењето: преку игра, јазик на телото, изрази на лицето, цртање, сликање, бидејќи прифаќањето на овие форми на изразување дава можност многумо мале дете да покаже разбирање, избор и наклонетост;
- мислењето на детето во судска постапка се цени без оглед во која форма е изразено.

Детето треба да се третира како полноправно човечко суштество, односно на детето треба да му се верува, да се сфатат неговите потреби, чувства, верувања и индивидуалност воопшто.

Државите кои ја имаат ратификувано оваа Конвенција мора да обезбедат детето да ги добие сите информации и совети што му се потребни за да се донесе одлука за најдобар интерес. Детето кое ќе одлучи да го изрази своето мислење треба да биде предупредено дека во секое време може да се откаже од натамошното присуство.

2. Влијанието на возраста и зрелоста во постапките во кои се одлучува за правата на детето

Кога зборувам за возраста и зрелоста на детето треба да се има во предвид дека тие можат да се оценат само поединечно, со оглед на добиените информации, искуството на детето, неговата околина, социјалните и културните очекувања. Зрелоста, сепак, се однесува на способноста на детето да ги сфати и прифати последиците од било какво мислење.

Способноста за расудување и сфаќање на последиците како стандард е се повеќе присутен во меѓународните документи и националните законодавства, бидејќи развојната психологија докажала дека созревањето е процес, најчесто линеарен, сепак индивидуален, анереткоеинепредвидлив, носепак континуиран. Значењето пак на мислењето на детето постепено осезголемува со зрелоста на детето, сотоаштовозрастанадететонеманезависна и одлучувачка улога.

Комитетот за правата на детето се противива на определувањенавозрасна граница која ќе биде основа за да може детето да го оствари своето право на мислење, во сите случаи во кои се одлучува за неговите права и интереси. Возрасната граница не покажува ниво на детско сфаќање, о дпричина штомногумалбројнадецапокажуваатвисоконивоназрелост. Од друга страна, средината во која детето се сослушува не треба да биде непријатна, непријателска, нечувствителна или несоодветна за неговата возраст. Процедурите мора да бидат достапни и адаптирани на детето. Во таа смисла, неопходно е да се обезбеди соодветно обучен кадар, појавана судница и облекана лица кои учествуваат во постапката, одделни простории за чекање за деца ислично.

Откако надлежен орган ќе одлучи дека детето треба да биде сослушано, потребно е да се одлучи како ќе биде сослушано: директно или индиректно, преку претставник или соодветно тело. Комитетот на ОН препорачува, секогаш кога е можно, на детето да му се даде можност да биде директно сослушано во било која постапка. Застапник на детето може да биде родител, адвокат или друго лице (меѓу другите и лице од центарот за социјална работа). Сепак, мора да се нагласи дека во многу случаи (граѓански, казни или административни постапки), постои ризик од настанување на конфликт помеѓу интересите на детето и неговиот претставник, кој е најчесто неговиот родител или родителите. Ако сослушувањето на детето се врши преку претставник, од суштинско значење е ставовите на детето да се пренесуваат правилно до органот кој ја носи одлуката, а од страна на застапникот.¹³ Претставникот мора да биде свесен дека ги претставува интересите на детето, а не на други лица, односно да се однесува како лице кое ги претставува ставовите на детето. Можноста за застапување мора да биде “на начин” што е во согласност со процедурални правила на националното право “.

Во контекст на ова прашање, нашето законско решение е доста штуро. Иста е и состојбата кога се одлучува кај кој од родителите детето треба да остане на чување и воспитување во случај на развод на брак. Имено, во член 80 од Законот за семејството законодавецот не предвидел

¹³ Ibid

обврска да се сослуша и малолетникот и да се земе предвид и неговото мислење кога бракот се разведува и кога треба да се донесе одлука кај кого од родителите детето ќе остане. Ова е еден од најсериозните недостатоци на македонското семејно законодавство, кое не е целосно усогласено со членот 12 од Конвенцијата на ОН за правата на детето.

3. Мислењето на детето во судските постапки во Европските земји

За разлика од Република Македонија, во европските законодавства се придава многу големо значење на правото на детето да го каже своето мислење пред сите судски и други органи кога се носат одлуки значајни за правата и интересите и иднината на детето.

Во Франција постои законска обврска судијата да го сослуша малолетникот кој е способен да формира сопствено мислење во сите постапки во кои се решава за правата и интересите на детето. Доколку детето бара да биде сослушано, а судијата не го прифати ова барање, тој мора да ги образложи причините за оваа своја одлука. Судијата може да реши да не го сослуша малолетникот доколку поради неговата возраст, здравје или интелектуални способности сослушувањето не е можно, или може да предизвика негативни ефекти за детето.

Во Италија постои законска обврска, малолетникот, кој достигнал одредена возраст и степен на зрелост, да има право да го каже својот став во сите постапки во кои се решава за неговиот живот и неговиот правилен развој.¹⁴ Во Шпанија постои законска обврска, детето кое има достигнато одредена возраст и степен на зрелост да има право да биде информирано и да го каже своето мислење за сите прашања што се однесуваат на неговите права и интереси. Доколку родителите не го информираат детето, и не го земаат предвид неговиот став кога одлучуваат за прашања кои се значајни за него, се смета дека несовесно го вршат родителското право. Во Граѓанскиот законик се предвидува дека детето кое има наполнето 12 години мора да се сослуша кога се носи одлука кај кој родител ќе живее, доколку родителите не живеат заедно, или доколку се разведени.

Според Холандскиот Закон за парнична постапка, судот нема да донесе одлука пред да се сослуша малолетникот кој има навршено 12 години за прашања кои се однесуваат на неговите права и интереси.¹⁵ Освен тоа, судијата има дискреционо право да го слушне и мислењето на

¹⁴ Види повеќе: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Italy-Parental-Responsibilities.pdf>

¹⁵ Член 809 став 1 од Холандскиот Закон за парнична постапка: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Netherlands-Parental-Responsibilities.pdf>

малолетник кој нема навршено 12 години.¹⁶

Во Австрија исто така постои законска обврска детето да се сослуша кога се решава запрашања кај кој родител ќе остане да живее, а кои тие живеат во двоено како и за одржување на лични контакти со родителот со кој детето не живее. Покрај тоа, детето кое достигнало одредена возраст и зрелост се сослушува и кога се решава за запрашања поврзани со неговото образование. По правило судијата го сослушува малолетникот кој има наполнето десет години, но помалите деца може да се сослушаат и од обучени психолози или педагози, со цел да можат послободно да го кажат своето мислење.¹⁷

Во Чешка постои законска обврска детето треба да биде сослушано во сите постапки кога се решава за неговите права и интереси. Детето се сослушува од страна на судијата кога се решава кај кој родител ќе живее, ако тие не живеат заедно и кога се решава за одржувањето на личните контакти на детето со родителот со кој не живее. За сослушувањето на детето решава судијата, но генерално правило е дека детето постаро од 12 години треба да биде сослушано од страна на судијата пред тој да донесе одлуки за погоре наведените прашања.

Според Граѓанскиот Закон на Грција, судијата има обврска да го сослуша малолетникот кога решава за негово доверување на чување и воспитание и кога решава за одржувањето на лични контакти на детето со родителот со кој детето не живее.¹⁸ Освен тоа, судијата има обврска да го сослуша малолетникот и за сите други прашања кога решава за неговите права и интереси (како на пример кога решава за прашања поврзани со образованието на детето, кога за тоа постои конфликт помеѓу родителите).¹⁹ Судијата го зема предвид мислењето на детето, тргнувајќи од неговата возраст и степен на зрелост, што е фактичко прашање за кое решава судијата во секој конкретен случај, така што во грчкото законодавство нема определена возраст над која детето мора задолжително да се сослуша.

Во Норвешка постои обврска кога судот решава за родителските права и обврски, доделување на детето на чување или одржување на личните контакти, да се сослуша ако има наполнето седум години. Покрај ова, во норвешкиот Закон за деца од 1981 година, се предвидува дека ако детето има навршено 12 години „треба да му се даде големо значење на

¹⁶ Види повеќе: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Netherlands-Parental-Responsibilities.pdf>

¹⁷ Види повеќе: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Austria-Parental-Responsibilities.pdf>

¹⁸ Види повеќе: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Greece-Parental-Responsibilities.pdf>

¹⁹ Види повеќе: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Greece-Parental-Responsibilities.pdf>

ставот на детето кога се одлучува за неговите права и интереси.“ Според норвешкото законодавство судијата го сослушува малолетникот без присуство на родителите или нивните законски застапници, а може да определи сослушувањето да го спроведе стручно лице, доколку за тоа има оправдана причина.

За разлика од европските законодавства во Законот за семејството на Република Македонија не е доследно имплементиран членот 12 од Конвенцијата, што претставува една од основните слабости на македонското семејно законодавство. Според тоа, законските решенија во односноавапрашањенесеконзистентни. Заодредени прашања во Законот за семејството е уредено правото на детето да се сослуша кога ќе достигне одредена возраст и кога надлежните органи решаваат за неговите права и интереси, а во други ситуации не се предвидува вакво решение.

Без да навлегуваме во елаборацијата на пристапите, можеме само да укажеме дека се евидентни разликите по ова прашање и во земјите во регионот. Имено, направена е законодавна реформа и во семејните законодавства е предвидена обврска да се зема во предвид мислењето на детето. Така на пример, во Законот за семејство во Србија и Хрватска ова прашање е уредено на начин што се предвидува возраст на детето за да може да го изрази своето мислење. Согласно Законот за семејство во Србија, детето кое наполнило 10 години може слободно и непосредно да го изрази своето мислење во секоја судска и административна постапка во која се одлучува за неговите права. Согласно Законот за семејство во Хрватска дете кое наполнило 14 години има право на свое мислење во судски и административни постапки во кои се одлучува за негови права. Според наше мислење, и покрај тоа што во законодавствата на Србија и Хрватска е уредено ова прашање, сепак со постојните законски решенија се ограничува правото на изразување на мислење на детето на возраст од 10 или 14 години, кое не е во согласност со Конвенцијата на ОН за правата на детето. Односно, правото на изразување на мислење не е лимитирано со возраст, туку со способноста на детето да формира мислење, кое зависи од неговите индивидуални развојни способности. Од друга страна пак, во Црна Гора, со измените на Законот за семејство во 2016 година, беше изменет и членот со кој на детето му се дава право да го каже своето мислење ако е постаро од 10 години. Сега во постојниот законски текст тоа ограничување не важи, правото му се признава на секое дете кое е во состојба да формира мислење.²⁰ Со овие измени, постојниот законски текст е усогласен со современиот концепт на развојните способности на детето и ставот на

²⁰ Петрушиќ, Н., НовинепородичномсудскомпроцесномправуЦрнеГоре, Тематскизборни

Комитетот за правата на детето да не постои старосна граница во погледна способноста на детето да формира свое мислење, туку способноста да се утврдува во секој конкретен случај, имајќи ги предвид возраста и зрелоста на детето. Ваквото законско решение е потребно да се вгради и во Законот за семејството на Македонија, со што нашето законодавство ќе се усогласи со еден од основните столбови на Конвенцијата на ОН за правата на детето-а тоа е правото на детето да го каже своето мислење во сите постапки кога се решава за неговите права и интереси.

4. Наместо заклучок:

Конвенцијата за правата на детето изврши влијание во унапредување на процесната положба на детето во судските и административните постапки кои се однесуваат на неговите интереси. Со оваа Конвенција за прв пат се уредени фундаменталните права на детето. Членот 12 од Конвенцијата на ОН претставува еден од основните столбови на Конвенцијата. Со него се овозможува детето да биде вистински субјект на правото, а не само пасивен објект на заштита што треба да ја обезбедат родителите или надлежните државни органи.

Комитетот за правата на детето вложи значителни напори за да ги демистифицира најдобрите интереси на детето. Во овој поглед, од особено значење е содржината на споменатиот концепт да се утврди преку пристап заснован на правата на децата. Во овие околности, особено се истакнува важноста на правото на мислење на детето како основно учество на детето, кое одигра клучна улога во развојот на правната позиција на детето.

Во Законот за семејството на Република Македонија не е доследно имплементиран членот 12 од Конвенцијата, што претставува една од основните слабости на македонското семејно законодавство. Самовоодредени членовина Законот за семејството се предвидува обврска да се сослуша детето кога ќе достигне одредена возраст и кога надлежните органи решаваат за неговите права и интереси. Имајќи во предвид дека нашата држава ја има ратификувано оваа Конвенција, постои обврска од страна на надлежните органи да ја применуваат истата.

По завршување на судската постапка во која детето непосредно треба да го изрази своето мислење, судот е должен да се води од начелото на најдобар интерес на детето и во таа смисла да обезбеди повратна информација за детето затоа како е одлучено, како и да го информира како неговото

крадова Правног Факултета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у Европском правном простору, Правни факултет Универзитета у Нишу, стр.53.

мислење влијаело врз одлуката. Сложеноста на овој принцип бара моќ за селективно расудување, но и логички способности на оние лица коишто врдуваат што во конкретен случај претставува најдобар интерес на детето.

Milica Sutova, PhD
Assistant Professor of Faculty of Law
University "Goce Delcev" in Stip
milicashutova@gmail.com

**APPLICATION OF ARTICLE 12 OF THE CONVENTION ON
THE RIGHTS OF THE CHILD IN JUDICIAL PROCEEDINGS IN
NORTH REPUBLIC OF MACEDONIA**

Abstract: The Convention on the Rights of the Child has influenced the advancement of the child's procedural status in judicial and administrative proceedings concerning his interests. This knowledge is a challenge to study the model of hearing a child in divorce proceedings that correspond to the principle of respecting the best interests of the child. In this paper, the author analyzes the model that is applied in our country in accordance with the Family Law, showing the weaknesses of the existing legal solutions. Consequently, the comparative analysis of the institute - best interest of the child - de lege lata was made. This research is done in order to propose the best solutions that would be implemented in the Macedonian legislation - de lege ferenda. Based on the analysis of the shortcomings in our legislation, and taking into account the best models applied by the European countries, the author proposes amendments to the legislation, in which Article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child still has not been consistently implemented, with purpose to overcome weaknesses and provide greater legal security for child.

Key words: child's opinion, divorce, parental responsibility, children's best interest

CHILD SUPPORT

UDK:347.615-053.2(497.7)
Review paper

Abstract: *Supporting family law is regulated by the Family Law, which is very important and essential for the family and for family relationships. This relationship is based on a solidarity principle that requires family members to support each other before seeking social assistance from the state. On the other hand, the institute maintenance of personal and property-legal nature consists of providing material conditions.*

For raising children, such as providing food for children, clothing, footwear, accommodation and procurement of textbooks and other aids for education and vocational training, for treatment and nurturing, in the case of illness and means for recreation and entertainment, such as and everything else that is needed for a child's life, filled with engagements and pleasures. In this direction, several interviews were conducted for the determination of the support as well as the payment of the alimentation.

Key words: *Family Law, Convention of children's right, Social Work Centers and Law on Social Protection.*

Издрување на децата

Родителите се должни да ги чуваат и одгледуваат своите деца и да се грижат за нивното здравје. Во тој случај, тие се должни да обезбедат услови за непречена нега и развој на децата. Во случај кога ќе биде нарушено здравјето на детето, родителите се должни да обезбедат здравствена помош, како и да ги преземат сите мерки за лекување на детето. Во таа насока, голема улога игра и државта, која презема одредени активности

* Teaching Assistant, Faculty of Law, State University in Tetovo, irma.bajrami@unite.edu.mk

преку здравствените установи и преку обезбедување на бенефиции кои ги ужива мајката. Според Конвенцијата за правата на детето, на детето му се признава правото на живот и уживање на највисоките стандарди за здравје. Притоа, државата е должна овие стандарди и бенефиции да ги обезбеди со прописите од здравствената, медицинската, трудовата, казнената и други области на правото. Карактеристика на оваа право е тоа што детето не може да ги остари овие правасамо, без помош од страна на неговите родители.

Една од основните обврски на родителите е да го определат местото на живеење на детето. Семејниот дом е значаен за семејството, за чувањето, одгледувањето како и за развојот на личноста на детето. Кога детето живее со двајцата родители, можностите за задоволување на неговите потреби се поголеми, со тоа што родителите поуспешно се грижат за неговиот живот и здравје и со тоа се обезбедува постабилен психички развој на неговата личност. Во членот 47, став 1 од Законот за семејство се предвидува дека малолетните деца имаат право да живеат со своите родители. Тие можат да живеат одвоено од своите деца само кога тоа е од непосреден интерес или кога тоа е од заеднички интерес за децата и родителите. Во случај кога детето му е доверено на чување и воспитување само на едниот родител, тогаш родителот со кого не живеет детето има право и должност да одржува лични односи и непосредни контакти со своето дете. Овој закон предвидува дека и детето има право да одржува лични односи и непосредни контакти со родителот со кого не живее. Оваа одредба се однесува на случаите кога бракот е разведен, или во случај кога на едниот родител му е одземено родителското право или, пак, кога едниот родител е лишен или спречен да го врши своето родителско право. Законодавецот во овие случаи предвидува дека родителите треба спогодбено да го уредат прашањето за начинот на одржувањето на личните односи со детето. Во спротивно, доколку не е постигната ваквата спогодба или од кои било причини не може да му се оствари ова право на малолетното дете, тогаш Центарот за социјална работа ќе донесе решение со кое ќе го определи начинот на одржување на непосредни контакти на детето со родителот.¹ Освен родителите, малолетните лица имаат право да одржуваат непосредни контакти со родителите и со другите блиски роднини на родителот кој е умрен, на кого му е одземено родителското право или од други причини е спречен да го врши родителското право (членот 47, ст.5 на ЗС).

Родителите ја имаат една од најважните улоги која претставува должност за нив, а тоа е воспитување на своите деца и формирање на

¹ Види член 47 на ЗС

личноста на детето. Правилното воспитување на детето позитивно влијае врз развојот на детето, доколку тоа го насочува кон вистинските општествени вредности. Воспитувањето од страна на родителите игра една клучна улога во процесот на изградувањето на личноста на детето и стекнувањето на неговите навики. Доколку родителите го занемарат правилното воспитување на детето или го насочат кон одредени негативни и девијантни појави, тие ја носат одговорноста за штетата која ќе ја предизвика детето.

Родителите се должни да ги издржуваат своите малолетни деца, со тоа тие имаат една голема должност, а тоа е да создадат материјални услови за живот на малолетните деца, преку обезбедување стан, исхрана, облека и сите други неопходни потреби. Во законот за семејство, законодавецот конкретно не ја определува содржината и начинот на издржувањето на децата, оставајќи им на родителите, секој според своите можности, да се грижи за обезбедувањето на средствата за издржување. Додека родителите се во брак и живеат заедно, тие се должни заеднички да ги издржуваат своите деца. Но, обврската за издршка на децата паѓа на товар на двајцата родители и по разводот на бракот.²

„Издржувањето е право и должност на родителите, на децата и на другите роднини утврдени со овој закон, како и на лицата кои живеат во брачна или вонбрачна заедница“.³ Ова законско уредување се наоѓа во Уставот на РМ, според кој „родителите имаат право и должност да се грижат за издржување и воспитување на децата, а децата е должни да се грижат за остарените и изнемоштени родители,⁴

Врз основа на законските одредби, на суштината и содржината на законското издржување, во правната теорија се издадени следниве основни карактеристики, и тоа:

- Обврската за издржување произлегува од законот;
- Обврската за издржување е тесно поврзана со личноста (е лично право и обврска);
- Обврската за издржување се дава само за идно време;
- Обврската за издржување не застарува (не може да застари правото на издржување, определено со закон);
- Обврската за издржување не може да се надоместува;
- Обврската за издржување која веќе е платена, не се враќа;
- Судската одлука со која се доделува издржувањето може да се измени;
- Побарувањето што произлегува од законската обврска за

² Спировиќ – Трпеновска & Мицковиќ & Ристов(2013), стр. 192-193

³ Види член 11 на ЗС

⁴ Види член 40 ст.3 од Уставот на РМ

издржување има приоритет кон извршување на другите барања.⁵

Според становиштето на судската пракса, издршката претставува обезбедување на соодветни нужни материјални средства на лицата кои имаат право на издршка, за намирање на сите трошоци потребни за нивната исхрана, облекување, живеење, лекување, а доколку се работи за деца, и за нивното воспитание и образование. Оттука произлегува дека обврската за давање издршка е од имотен карактер.

Воопшто, во правната литература постојат четири видови на издржување:

- Обврска за издржување на членовите на семејството;
- Меѓусебно издржување на брачните другари;
- Издржување меѓу родителите и децата;
- Издржување меѓу другите роднини.

Едно лице има право на издршка само ако не може да се издржува од сопствениот имот или од работа соодветна на неговата возраст, неговата здравствена состојба и условите за живеење, воопшто, земајќи ги предвид, меѓу другото, и сите образовни потреби што може да ги има; Малолетните лица, дури и ако имаат своја сопственост, имаат право на одржување од страна на нивните родители, доколку доходот од сопствениот имот или работа не е доволен за да ги издржи. Лицето не е обврзано да обезбедува издршка ако, особено во поглед на неговите други обврски, не може да го стори тоа без да го загрози сопственото издржување. Ова правило не важи за издршка на малолетно лице од страна на родител, освен ако малолетникот има право да го издржува некое друго лице или може да биде поддржан од сопствениот имот. Поранешниот брачен другар кој не може да се издржува себеси од својот сопствен приход или имот, има право да побара издршка од другиот брачен другар, ако:

1. во времето кога се прогласил разводот, возраста или здравствената состојба на брачниот другар што го поднесува барањето била таква што од него не можело да се бара да продолжи да го врши соодветно занимање за да се издржува себеси;
2. брачниот другар што го поднесува барањето се грижи за малолетник и на тој начин е спречен да врши соодветно занимање;
3. брачниот другар што го поднесува барањето не може да најде соодветно редовно вработување или има потреба од стручна обука; во којбило од овие случаи правото трае не повеќе од три години од моментот на разводот; или

⁵ Подворица (Podvornica), 2005, стр. 222.

4. во секој друг случај кога доделувањето на издршката во времето кога се прогласува разводот е неопходно.

Издршката може да биде одбиена или ограничена поради важни причини, особено ако бракот траел кратко време или ако брачниот другар кој има право на издржување е виновен за разводот или доброволно се довел во сиромаштија.

Во овој дел на издржувањето, посебен акцент ќе се стави на издржувањето на малолетните деца.

Како уставна основае само издржувањето меѓу родителите и децата, сепак поради традицијата и поради неразвиеноста на економските сили на општеството, кое не може врз себе во целост да ја преземе обврската за издржување на секое лице кое за тоа има потреба, во ЗС се воспоставува обврската за издржување и на брачните другари, и на другите блиски крвни роднини (во права линја без ограничување, а во странична линија меѓу браќа и сестри) и роднини по сватовство, доколку се исполнети пропишаните законски претпоставки.⁶ Основниот услов за да дојде до остварување на правото на издршка на членовите на семејството и на другите роднини тие да не се обезбедени материјално со основните средства за живот. Имајќи го предвид ова, издршка им се дава на малолетни деца, на лица кои се на школување до 26-годишна возраст, на лица кои се неспособни за работа, на лица кои, без своја вина, не се во работен однос, како и на лица со физички и психички недостатоци.

Родителите имаат огромна одговорност во згрижувањето и подигањето на детето, а целта е тоа да биде правилно развиено, и физички и морално.

Од сето ова произлегува дека издржувањето, како законска обврска, има за цел да обезбеди минимум средства за одредени лица, предвидени со закон, со цел тие да можат да имаат нормални услови за живот.

Во семејното право институтот издржување од лична и имотно-правна природа, поради тоа што се состои и од обезбедување на материјални услови за одгледување на децата, како: обезбедување на средства за храна на децата, облека, обувки, сместување, набавка на учебници и други помагала за школување и стручно оспособување, за лечење и негување, во случај на болест, па и на средства за реакција, разонода и забава, како и на сè друго што е потребно за еден детски живот, исполнет со ангажмани и задоволства.

Членот 27, ст.1 и 2 од Конвенцијата за правата на детето, определува дека, Родителите се одговорни да обезбедат, во рамките на нивните способности и финансиски капацитети, услови за живеење кои се

⁶ Чавдар(1998),стр.282

неопходи за развојот на детето.“ Обезбедувањето на соодветни животни услови за детето значи задоволување на неговите егзистенцијани потреби, што претставува материјална основа и претпоставка за осварување на правата на детето.

Според Законот за семејство⁷ пропишано е дека родителите имаат право и должност да ги издржуваат своите малолетни деца, да се грижат за нивниот живот и нивното здравје, да ги подготвуваат за самостоен живот и работа, да се грижат за нивното воспитание, школување и стручно оспособување.

Според членот 27, ст.4 од Конвенцијата за правата на детето: *„Државите-членки ги преземаат сите соодветни мерки за да обезбедат детето да добие издржување од родителите или од другите лица кои се финансиски одговорни занего, како во рамките на државата-членка, така и во странство“.*

Издржувањето е право и обврска кое не може да се менува со волјата на странките. Основните карактеристики, кои може да се наречат и начела на издржувањето, се состојат во следното: обврската за издржување е созакон воспоставена обврска, таа е строго лична обврска како на странатана оној кој треба да дава издршка, така и на страната на примателот на издршката. Таа не може да се наследи. Носителот на ова право не може однапред да се откаже, а доколку постапитака, тоа нема правно дејство. Правото на издржување, кое е определено со закон, не застарува додека трае родителското право во тој период застареноста не тече. Нема обврска исплатеното издржување да се врати, во случај издржуваното лице да се здобие со средства. Во постапката пред судот, издржувањето се досудува за во иднина, а висината на досуденото издржување може да се менува. Издржувањето не може да биде опфатено со присилно извршување. Тоа има предност при наплата во постапка за присилно извршување и не може да се компензира со долгови на лицето кое е издржувано. Во споровите во кои се одлучува за малолетните деца, судот е должен и без поставено барање да одлучи за издржувањето на децата, односно не е врзан за барањата на странките.

Многу е лесно кога родителите се во брак и, во тој случај, издршката ја вршат двајцата родители солидно. Но, проблемот е голем кога судот треба да донесе посебна одлука за издржување на детето. Доколку, пак, детето живее кај едниот родител, за давање издршка, во одредени парични износи, се тргнува од одредбите од членовите 194, 195 и др.од ЗС⁸. Во случај родителите да не можат да се спогодат, одлучува Центарот

⁷ Види ги членовите 44 и 46 на ЗС.

⁸ Членот 194 на ЗС предвидува: “При утврдување на потребата за издржување на лицето,

за социјална работа.

Секако дека работата и грижата на родителот кај кого е детето му одзема доста време, му ги смалува можностите за остварување приходи, додека, пак, ова кај родителот со когоне живее детето не му претставува пречка. Врз основа на ова, како придонес за издржувањето на детето, ќе се земат и грижата и работата на родителот околу тоа дете, а другиот родител ќе треба да придонесуваповеќе, преку давање поголеми материјални средства за идржувањето на детето и при еднакви материјални можности на двајцата родители, дури и во случаи кога детето го чуваат родителите на родителот кому му е доверено детето.⁹

Во споровите за развод на брак илиза поништување на бракот, судот одлучува со пресуда за издржувањето на децата и за висината на издршката што треба да ја обезбедуваат родителите. Во спротивно, обврската за издржување продолжува и понатму, сè до полнолетството или до редовно школување на детето.¹⁰Обврската за издржување на полнолетно дете е до 26 години, ако тоа е на редовно школување, и таа престанува во случај кога детето ќе го прекине школувањето, без оглед на тоа дали може да се вработи или не. Од друга страна, ако детето го смени видот на училиштето или факултетот и продолжи редовно да се школува, или по завршување на вишата школа се запише на факултет, таа обврска не престанува, доколку родителите се во можност да му даваат издржување.

Сосема друга е состојбата „ако полнолетното лице е неспособно за работа поради болест, физички или психички недостаток, а нема доволно средства за живот и не може да ги добие од својот имот, родителите се должни да го издржуваат додека трае неспособноста“,

судот ќе ја земе предвид неговата имотна состојба, способноста за работа, можноста за вработување, здравствената положба, како и другите околности од кои зависи оцената за неговите потреби. Кога издршката се определува за дете судот ќе ја земе предвид и возраста на детето, како и потребите за неговото школување.

При утврдување на можностите на лицето кое е должно да дава издржување, судот ќе ги земе предвид сите негови приходи и вистинските можности за стекнување на заработка и неговите сопствени потреби и законски обврски по основ на издржувањето спрема други лица.”

Членот 195 на ЗС определува: “Во спорот на родителите околу издржувањето на детето, судот како придонес за издржување на детето на родителот на кого детето му е доверено на чување и воспитание, ќе ги цени работата и грижата на тој родител кој ги внесува во воспитанието и подигањето на детето”

⁹ Чавдар & Сиљаноска - Констадиновска (2013), стр. 444

¹⁰ Под поимот „редовно завршување на школувањето“, се подразбира продолжување на школувањето без прекин без оглед на повторувањето на одделни години. Нема разлика дали детето е редовен или вонреден студент.

став 3 од истиот член, подразбира дека овде имаме продолжување на родителското право, и оваа продолжување е такво кое постои според нашиот Закон за семејство.

Обврската за издржување на детето престанува: а) со полнолетство на детето; б) со склучување на брак; в) со склучување на потполно посвојување; г) со склучување на непотполно посвојување, ако посвоителите се во состојба да го издржуваат детето; д) со смрт на родителите; е) со смрт на детето.

Постојните законски решенија на македонското семејно законодавство, во поглед на обезбедување на издршката на децата по разводот на брак, се среќаваат со определени проблеми во праксата, а на штета на децата, кои во голем број случаи не ја добиваат егзистенцијалната издршка од родителот со кој не живеат заедно. Со неисполнувањето на издршката на децата се загрозува нивното правилно одгледување, воспитување и образование, а товарот на надминување на секојдневните проблеми паѓа само врз родителот со кого живеет детето.

Определување на издршката

Определувањето на издршката претставува значаен чин во случаите кога имаме развод на брак, односно разделба на брачните другари. Во тој случај, судот треба да определи кој од брачните другари е одговорен за плаќање на издршка за своето дете. Членот 194, став 1 определува *„При утврдувањето на потребата за издржување на лицето, судот ќе ја земе предвид неговата имотна состојба, способноста за работа, можноста за вработување, здравствената положба, како и другите околности од кои зависи оцената за неговите потреби“*.

Овој член ги определува потребите на едно лице кои се движат во рамките на одредени издатоциво парични износи, што треба да ги задоволат минималните потреби од храна, облека, обувки, домување, лечење и задовлување на другите животни потреби. Судот, откако ќе го утврди тоа, може да утврди дали лицето од кое се бара издржување може да издвои толкав износ на парични средства на име на издржување на лицето кое тоа го бара. Од друга страна, сеакодека судот ќе има предвид дали лицето кое бара издржување има одредени приходи или можност да ги стекне такви потребисо работа, како што се неговата имотна состојба, способноста за работа, можноста за вработување, здравствената положба и слично.

Во став 2 од истот член се вели дека: *„ Кога издршката се определува за дете, судот ќе ја земе предвид и возраста на детето, како*

и потребите за неговото школување“. Овие околности претставуваат посебни околности, од кои, покрај оние изатоци за храна, облека, обувки, домување и за задоволување на други животни потреби, за забава, рекреација, зависи и висината на потребните средства занегово издржување.

Откако судот ќе ги утврди овие околности, не треба да се задоволи само со утврдување на регистрираните приходи на тоа лице, туку Законот за семејство му става на должност да ги испита и вистинските можности за стекнување на заработка, кои, пак, зависат од тоа од каква струка е тоа лице, во каква средина живее, дали може со повремена работа да остварува и други приходи и сл.

Откако судот ќе ги утврди овие околности и можностите за дополнителна заработка на лицето кое е должно да дава издржување, тој треба да ги утврди и издатоците што тоа лице ги има за своето издржување, но на повисоко ниво, колку што се тоа издатоците.

„Во спорот на родителите околу издржувањето на детето, судот, како придонес за издржување на детето, на родителот на кого детето му е доверено на чување и воспитание, ќе ги цени работата и грижата на тој родител, кој ги внесува во воспитанието и подигањето на детето“.¹¹

Членот 196 од ЗС се однесува на висината на издржувањето, која судот ја определува во определен износ или во процент од остварување на личниот доход, од плата или од другите примања на давателот на издршката, кој ќе ги прима во наредниот временски период, односно од приходите и примањата, остварени од вршење на друг вид дејност за неговото нужно издржување, бидејќи тоа лице со свој труд ги остварува тие приходи.¹²

Контролата во поглед на тоа дали родителот редовно ја плаќа алиментацијата, не е во надлежност на Судот, од причина што станува збор за правосилна и извршна одлука, со која, всушност, и завршува судската надлежност. Понатаму, доколку постои потреба, постапката продолжува пред извршителот.

Ова утврдување на процент од платата или од другите приходи е погоден вид во кој треба да се утврди придонесот за издржување, во случаи на изразени инфлаторни движења во општеството, додека, пак, негативност на ова определување е тоа што, доколку обврзаното лице не остварува приход од познат исплатител, не може да се утврди колкава е неговата обврска во апсолутен износ во денари, па не може да се спроведе присино извршување врз друг имот на обврзаното лице. Поради тоа,

¹¹ Види член 195 на ЗС

¹² Чавдар (1998), стр. 333

пожелно би било, судот, при определување на висината на издржувањето во проценти од платата на задолженото лице, да изрече дека висината на издржувањето се определува во одреден процент од најмалку во еден износ, определен во пари.

Издржувањето се предвидува во парични средства, на рати, кои се однесуваат на месечна исплата, поради фактот дека сите исплати се исплатуваат еднаш месечно. *„Центарот за социјална работа може, во име на малолетното дете, да поведе спор за издржување, односно за зголемување на издржувањето, кога родителот кај кого детето се наоѓа на чување и воспитување, без оправдани причини, не го користи тоа право“. „Ако родителот не бара извршување на досуденото издржување, Центарот за социјална работа, може, во името на малолетното лице, да поднесе предлог за извршување“.*

Оваа одредба стоиво членот 197, според кој, за да се поведе спор или да се поднесе предлог за извршување во име на малолетното лице, ЦСР треба да има увид дали постои потреба од плаќање на алиментација, па врз основа на службена должност да врши надзор како се остварува тоа. Евентуално, само мајката може да преземе одредени мерки заедно со ЦСР, за давање помош, за совети ли за поднесување поднесоци заради реализација на правата на алиментација за малолетното дете.

Центарот за социјална помош помага во разрешување на животните тешкотии и проблеми во индивидуалното живеење, партнерските односи, предбрачните и брачните односи, односите родители и деца, му укажува помош на семејството во остварувањето на неговата заштита, воспитна и репродуктивна функција, поттикнува сакано и одговорно родителство и планирање на семејството, дава други советодавни и советувашишни услуги за прашања од значење за развојот и социјализацијата на личноста и осварувањето и унапредувањето на односите во семејството.¹³

Барањето за издржување може да биде поднесено:

- 1) во текот на траењето на брачната заедница;
- 2) во текот на постапката за развод на брак и
- 3) по престанокот на бракот.

Во текот на траењето на брачната заедница се предвидени оние случаи кога станува збор за пречки на брачната заедница, иако бракот судски не е разведен. Доколку, заради одредени околности, брачните партнери живеат одвоено, а едниот брачен партнер ги исполнува условите предвидени со законот, тој има право на издржување.

Во другиот случај, барањето може да биде поднесено во текот на постапката за разводна бракот, во која судот може да му додели право

¹³ Види член 136, ст.2 од Законот за социјална заштита

на издршка доколку оцени дека материјалната состојба на барателот е таква што налага остварување на неговото право и пред завршувањето на постапката за развод на брак.

И на крај, како трет случај, барањето може да биде поднесено и по престанокот на бракот. Во таа насока, правото за обезбедување на издршка брачниот другар може да го оствари по исклучок, во рок од една година по престанокот на брачната заедница, доколку условите за издржување постоеле во моментот на престанокот на брачната задница и непрекинато траеле до заклучување на главната расправа во постапката за издржување (член 86, ст.2 од ЗС).

Децата кои ја достигнале возраста на полнолетството и другите кои имаат право на издржување, треба да поведат постапка за издржување според граѓанското право, на нормален начин. Во принцип, секој мора да поднесе барање за издржување во сопствено име. Во случај на малолетници, правниот застапник е тој кој треба да достави соодветни документи.

Барањата за издршка можат да се донесат во различни постапки (во Парнична, кога постои спор, или во Вонпарнична постапка, кога нема спор меѓу брачните другари) и тоа пред различни судови, во зависност од тоа кој има право на издржување, а кој е должникот. Во принцип, се применува следното: барањата за издржување спаѓаат во рамките на надлежноста на окружниот суд. Побарувањата за издршка, што произлегуваат од брачниот однос, спаѓаат во рамките на надлежноста на судот, кој, сам по себе е, исто така, одговорен за споровите кои произлегуваат од брачната врска. Барањето за издржување во односот родител-дете може да биде изведено пред окружниот суд на чие подрачје лицето кое има право на издржување е со постојано живеалиште, или ако во моментот не се со постојано живеалиште во Австрија. Ако тие не се жители на Австрија, тогаш судот на чие подрачје е законскиот застапник со постојано живеалиште ќе биде надлежен суд, а ако законскиот застапник не е со постојано живеалиште во Австрија, тогаш ќе биде судот на чие подрачје еден од родителите е со постојано живеалиште; ако, пак, се именува некој којшто се препорачува за згрижување, тогаш ќе биде вклучен судот на неговото неодамнешно постојано место на живеење, а другите случаи ќе се решаваат во Основниот суд во Централна Виена.

ПОСТАПКА ВО СПОРОВИТЕ ЗА ИЗДРЖУВАЊЕ

Во членот 179 од ЗС е утврдено издржување на децата од страна на двајцата родители, така што кога судот ќе донесе пресуда со која бракот

се поништува или се разведува, судот е должен, по службена должност, да донесе пресуда и за издржување на малолетните деца или децата над кои е продолжено родителското право.

Месната надлежност за законска издршка е пропишана во членот 46 од ЗПП, која истакнува: „За судење во спорови за законска издршка, ако тужителот е лице кое бара издршка, покрај судот од општа месна надлежност, надлежен е и судот на чие подрајче имале последно заедничко живеалиште.“¹⁴

Членот 272 од ЗС ја определува и постапката за чување и воспитување на децата, според која судот не е врзан со барањата на странките. Судот нема да донесе одлука за доверување надетето на едниот од родителите, на трето лице или на установа, но ако се работи за полнолетно дете кому му е одземена деловната способност, на таквото дете ќе му определи старател Центарот. Од друга страна, ако се работи за дете над кое му е продолжено родителското право, тогаш судот со пресуда за развод, или за поништување на бракот, ќе одлучи и за доверување на тоа дете на чување и воспитување.

Според оваа одредба, не е исклучено против одлуката за доверување на детето на чување и воспитување, лицето чие барање во целост е усвоено да достави жалба. Во групата на кривични дела против семејството спаѓа и намерното неплаќање на издршката. Лицето должно за плаќање на издршката, според извршната судска пресуда е задолжено за плаќање. Во спротивно, Центарот за социјална работа може да поднесе пријава заради неизвршување на пресудата. „Тој што избегнува да дава издршка, определена врз основа на извршена судска одлука или порамнување, ќе се казни со парична казна или со затвор до една година. При изрекувањето условна осуда, судот може на сторителот да му наложи да ги исплати пристигнатите обврски и во иднина уредно да ја плаќа издршката.“¹⁵

Извршителот Горан Станковиќ¹⁶ истакнува: „Имав случај во кој работодавецот, во договор со должникот, најчесто таткото, ја менува висината на платата или наведува дека нема никакви примања. Но, и за тоа најдовме решение, односно парите за алиментација беа наплатени од сметката на работодавецот. Најголем проблем е и висината на алиментацијата, која, во повеќето случаи се определува во проценти од страна на Судот, бидејќи на тој начин не се знае точно колку должи

¹⁴ Член 46 на ЗПП

¹⁵ Член 202 на КЗ

¹⁶ Извршител во Скопје и член на Управниот одбор на КРИМ (Преземено од <http://www.telegraf.mk/ns-newsarticle-161504-alimentacija-lazat-kolkava-plata-zemaat-za-da-izbegnat-plakanje-za-deteto.nspх>)

родителот, поради промената на висината на платата и слично.¹⁷

Исто така, извршителот Антонио Коштанов вели дека ова се најнеомилените предмети на извршителите, бидејќи се премногу лични и се навлегува во приватниот живот на страните во спорот. Во зависност од материјалната состојба на должникот, доколку е во редовен работен однос, бидејќи станува збор за постојан долг на месечно ниво, во договор со неговиот работодавец му се одземаат од сметка толку средства колку што определил Судот.¹⁸

„Во Македонија висината на издршката која треба да ја плаќа родителот за детето ја определува судот. Од Министерството за труд и социјална политика велат дека доколку родителот редовно не ја плаќа издршката, во тој случај, Центарот за социјална работа може да донесе решение со кое на родителот, кој подолго од три месеца не давал издржување за детето, може да му се ограничи правото да го гледа детето.“¹⁹

Интересен беше случајот од 2014 година, кога двајца скопјани кои не плаќаа алиментација за своите деца, завршија во затвор, едниот 6 месеци, а другиот 1 година. Според реализираното интервју на Канал 5, меѓу новинарката Елена Ивановска и гостинот Зоран Петрески,²⁰: „Родителите кои не плаќат алиментација, завршуваат на суд и врз основа на судска постапка се обврзани да му ја надоместат издршката на другиот родител кој живее со детето. Според статистиката на кривичниот суд во Скопје, во 2013 година, имало 59 предмети за неплаќање на алиментација, од кои 49 завршиле со правосилна пресуда“.

Во насока на надминување на проблемите со кои се соочуваат доверителите и извршителите, според професорот Ангел Ристов, „се предлагаат суштински реформи, преку формирање на посебен фонд или преку друг модел на плаќање на издршка, по примерот на соремените европски земји, за да се обезбеди поголема заштита на правата и на интересите на децата.“²¹

¹⁷ „Од неплатената алиментација трпи единствено детето“, Збирка Правда, Нова Македонија, (15.12.2015) Превземено од https://issu.com/kirm_mk/docs/9ce12d4fb50119.

¹⁸ <http://www.telegraf.mk/ns-newsarticle-161504-alimentacija-lazat-kolkava-plata-zemaat-za-da-izbegnat-plakanje-za-deteto.nspх> (Последен пат проверено на 22.4.2017 година).

¹⁹ „Се поедноставува процедурата за издршка“ *skopjeinfo* 27.12.2016 (Преземено од <http://www.skopjeinfo.mk/se-poednostavuva-procedurata-za-izdrshka>).

²⁰ Преземено од http://kanal5.com.mk/vesti_detail.asp?ID=62835

²¹ Став: „Треба да се формира посебен фонд за плаќање на издршка“, проф. д-р Ангел Ристов, Збирка Правда, Нова Македонија, (15.12.2015). Преземено од https://www.issuu.com/kirm_mk/docs/9ce12d4fb50119

Д-р Орде Ѓорѓиоски*

„ЛЕГАЛИЗАЦИЈА“ НА НАГРАДУВАЊЕТО КАКО АКТИВНОСТ НА МЕНАЏМЕНТОТ СО ЧОВЕЧКИТЕ РЕСУРСИ ВО АКЦИОНЕРСКИТЕ ДРУШТВА ОД ПРЕРАБОТУВАЧКАТА ИНДУСТРИЈА

UDK:349.2.331.2:347.725]:338.45(497.7)(047.31)
Original Research Paper

***Апстракт:** Наградувањето претставува најсложена активност на менаџментот на човечки ресурси. Во современите услови на работење, конкурентска предност имаат трговските друштва кои располагаат со квалификувана, добро обучена и мотивирана работна сила, за сметка на оние потфати кои ги превиделе или потцениле овие фактори. Уште повеќе, мотивираните работници претставуваат круцијален фактор за успехот на една современа организација. Сепак, исполнувањето на стратегиските цели во делот на наградувањето не е возможно без соодветно креирана интерна правна рамка, базирана на прописите од трудово-правната сфера. Принципите на сигурност и правичност што треба да се обезбедат во овие процеси, налагаат идеите, целите и резултатите да бидат интегрирани и во соодветни правни акти на организацијата кои што ќе бидат комуницирани со засегнатите лица. Еден од најважните правни акти е систематизацијата на работните места. Таа основа е предусловот за понатамошна изработка на методологијата за наградување и структурата на платите во друштвото. Целиот овој процес се комуницира и со социјалните партнери, секако доколку постојат околности за тоа и постои активен социјален дијалог. Епилогот треба да биде супсумација на системот за наградување во единствен корпус на права и обврски од работен однос, најчесто во колективен договор на ниво на работодавач или друг интерен акт потврден од страна на претставниците на работниците и работодавачот. Во овој труд поаѓаме од премисата дека системот*

* Доктор на правни науки, Докторанд на економски науки – менаџмент, Директор на правни и општи работи во „Витаминка“ АД Прилеп

за наградување кој е поставен на цврста правна основа е одржлив на подолг рок и го поттикнува остварувањето подобри индивидуални и организациски перформанси.

Клучни зборови: *човечки ресурси, наградување, трудово право, акционерски друштва.*

Вовед

Наградувањето претставува процес преку кој за вработените се обезбедува компензација за нивниот ангажман, вложен труд, придонес, знаења и вештини. Прашањето за наградувањето на вработените во трговските друштва претставува најкомплексна активност на менаџментот. Претходното од причина што се однесува на сите вработени, вклучително и на раководните лица, а исто така е составен дел на структурата на вкупните трошоци на претпријатието и еден од главните инструменти за мотивација и обликување на однесувањето на вработените. Главната грижа на тимот кој работи на утврдувањето на системот за наградување е таквата креација поволно да влијае на организациската клима, меѓучовечките односи и да протежира еднаквост и правичност. Системот за наградување поставен на цврста основа го поттикнува остварувањето подобри индивидуални и организациски перформанси.

Исполнувањето на планираните цели во делот на наградувањето не е возможно без соодветно креирана интерна правна рамка. Правичноста во овие процеси налага идеите, целите и резултатите да бидат интегрирани и во соодветни правни акти на организацијата со кои ќе бидат запознати засегнатите лица. Целиот овој процес се комуницира и со социјалните партнери, секако доколку постојат околности за тоа и постои активен социјален дијалог. Епилогот треба да биде супсумација на системот за наградување во единствен корпус на права и обврски од работен однос, најчесто во колективен договор на ниво на работодавач или друг интерен акт потврден од страна на претставниците на работниците и работодавачот.

Во Република Северна Македонија, наградувањето како едно од најважните прашања поврзани со работниот однос, сè уште има третман на резервирана зона за работодавачите, односно зона чие авторитетно уредување е во рацете на оној кој вработува. Генерално погледнато, во

акционерските друштва каде што е иманентна сложената организациона структура, евидентни се практики на привидно делегирање на обврските во овој дел на финансовите оддели или одделите за човечки ресурси. Многу често ваквото резервирано право за работодавачот, а особено за генералниот менаџер, во отсуство на специјализирани тимови за таа работа, соодветна правна подлога и консултација на претставниците на работниците, е изворот на работните спорови и основа за дестимулирање на работната сила во организацијата.

1. Истражување

Од спроведеното истражување од наша страна на 30 акционерски друштва од преработувачката индустрија¹ во Република Северна Македонија, кои учествуваат со 63.66% во БДП од преработувачката индустрија (според достапните податоци од 2017 година), произлезе дека **во повеќе од половина акционерски друштва (53.3% од вкупниот број испитаници) постои одреден систем кој има недостатоци заради што не може да се квалификува како целосен систем за наградување.**

Покрај тоа, **во нешто повеќе од 1/3 од акционерските друштва од преработувачката индустрија, дизајнирањето на системот за наградување или наградувањето само по себе било авторитетно уредувано од страна на генералниот менаџер на компанијата.** Во дури 63.6% од вкупниот број компании во кои доминантна и исклучива улога во креирањето на системот за наградување имал генералниот менаџер, постоел одреден систем за наградување кој имал недостатоци, заради што не може да се квалификува како целосен систем за наградување. Притоа, ваквиот резултат не мора директно да значи дека генералниот менаџер не извршил некакви претходни консултации со други стручни лица во друштвото или од надвор, туку дека одбил (и можел да одбие) таквата задача да ја довери на разработка и дефинитивно одлучување

¹ Според објаснувањето презентирano во Националната класификација на дејности – НКД Рев. 2 (достапна на <www.stat.gov.mk/KlasifikaciiNomenklaturi.aspx?id=2>), овој сектор ја опфаќа физичката или хемиската трансформација на материјалите, супстанциите или компонентите во нови производи, иако ова не може да се употреби како единствен универзален критериум за дефинирање на преработувачката индустрија. Трансформираниите материјали, супстанции или компоненти се сировини кои се производи од земјоделството, шумарството, риболовот, рударството и вадењето камен, како и производи од други преработувачки дејности. Значајна промена, поправка или реконструкција на производите главно се смета за преработувачка индустрија. Аутпутот на преработувачкиот процес може да биде завршен во смисла да биде готов за употреба или потрошувачка, или може да биде полупроизвод во смисла да биде подготвен да стане инпут (влез) за понатамошна преработувачка.

на друго тело или лица во компанијата. Постои веројатност одбивањето на доверувањето на задачите на трети лица или тела да се должи на фактичката моќ за доминантно одлучување во компанијата на самото тоа лице, без оглед на постоењето други органи и тела во друштвото.

Од друга страна, **2/3 мнозинство од испитаниците во истражувањето го поддржуваат инклузивниот пристап во процесот на креирање систем за наградување или при одлучување за наградување, со вклучување на засегнатите страни (претставници на работодавачот, вработени или нивни репрезентативни претставници).** Таквото мнозинство е доволна потврда за подготвеноста да се води грижа и за примената на современите корпоративни општествени практики во овој сегмент и на тој начин да се јакне имиџот на компанијата како „добар работодавач“. Второ, може да се констатира дека високиот процент на испитаници кои што ја поддржуваат политиката на вклучување на засегнатите страни во овој процес, во исто време претставува и потврда за подготвеноста да се изработи еден солиден систем за наградување со сите негови компоненти, кој ќе биде разбран од учесниците од процесот. Инклузијата би можела да се поврзе и со јасноста или сфаќањето на компилацијата норми во делот на наградувањето. Транспарентниот пристап ќе обезбеди понатамошна олеснета примена и постапување.

Од истражувањето произлезе дека испитаниците **како најважни или клучни предуслови за успешна имплементација на целосен систем за наградување ги посочиле следните два: постоење јасно утврдени критериуми за проценка на резултатите од работењето за секое одделно работно место и заложбата на менаџментот на компанијата за ставање во функција на системот за наградување.** За овие два предуслови се изјасниле еднаков процент испитаници (по 83.3% од вкупниот број испитаници). Првиот предуслов упатува на потребата од максимално прецизно уредување на критериумите што ќе се користат при проценката на резултатите од работењето како основа за исплата на платата. Според добиените резултати, може да се заклучи дека јасно утврдените критериуми за проценка на резултатите од работењето ја претставуваат таа материјална страна на системот за наградување, која ја обезбедува или негира неговата егзистенција. Доколку наградувањето не е засновано на јасно утврдени критериуми за проценка, не може да се говори за конзистентен систем. Во таквите околности, имплементацијата ќе биде значајно отежната, дури и невозможна, од причина што ќе недостига стабилна основа за поврзување на очекувањата на работниците. Погрешен чекор во вакви ситуации би била одлуката за формално ставање

во функција на т.н. систем за наградување. Чистата формализација на работите во делот на наградувањето, веројатно присутна во многу организации, би можела да има одредено влијание и врз создавањето на претходно утврдениот процент испитаници (53.3%) кои се делумно задоволни од постоечкиот систем за наградување заради постоечките недостатоци. Сепак, недостатоците не се непремостлива пречка што трајно ќе го условува постоењето на целосниот систем за наградување. Мониторингот и ревизијата треба да доведат до ефикасни одговори за проблемите во системот. Заложбата или волјата пак на менаџментот, за ставање во функција на системот за наградување, е клучната работа за концептот на наградувањето, во неговата целовитост и комплексност, да доживее успех. Всушност, таква волја е потребна во целиот процес на креирање систем за наградување во една организација. За да се исполни овој предуслов неминовно е менаџментот директно да учествува во сите процеси поврзани со оваа проблематика, да се увери во логиката на системот и потребата од негово постоење, делувајќи проактивно и инсистирајќи на правните процедури и барања.

Заради целовитост на излагањето, напоменуваме дека изборот емпириското истражување да се спроведе во делот на преработувачката индустрија, на никаков начин не го лимитира користењето на добиените резултати, заклучоци и препораки, туку напротив, истите се во целост применливи и за другите компании кои што вршат производна дејност, што не е супсумирана под секторот преработувачка индустрија.

2. Правна рамка за наградувањето како активност на менаџментот на човечки ресурси

Усогласеноста во делот на наградувањето и мотивацијата на вработените е детерминирана од доследната примена и на законските прописи важечки во државата во која се одвива деловната активност. Притоа, мора да се има предвид дека законските прописи во оваа сфера се подложни на промени следејќи ја динамиката на работните односи, состојбите и заложбите на глобално ниво. Не постои систем кој е доволен сам за себе и кој на подолг рок може да опстане без интеграција во светските текови најчесто диктирани од страна на Меѓународната организација на трудот (ILO). Во секој случај, неопходно за секое истражување е да биде претставена правната рамка во која можат да се движат активностите на креаторите на еден ваков систем.

Правата од работен однос влегуваат во корпусот на економски, социјални и културни права регулирани со највисокиот правен акт во

државата – Уставот на Република Северна Македонија². Така, со ставот 1 на членот 32 од Уставот се предвидува дека: „Секој има правона работа, слободен избор на вработување, заштита при работењето и материјална безбеденост за време на привремена невработеност.“ Она што е особено важно за предметот на истражувањето е ставот 3 на истата одредба, според кој: „Секој вработен има правона соодветна заработувачка.“ Остварувањето на правата на вработените и нивната положба се уредуваат со закон и со колективни договори.³ Во Законот за работните односи, работниот однос е дефиниран како „договорен однос меѓу работникот и работодавачот во кој работникот доброволно се вклучува во организираниот процес на работа кај работодавачот, за плата и други примања, лично непрекинато ја извршува работата според упатствата и под надзор на работодавачот.“⁴ Во содржината на ваквата дефиниција посебно место се дава на платите и другите примања како обврска на работодавачот.

Правото на вработените на „соодветно“ плаќање за извршената работа е регулирано во бројни меѓународни документи. Најзначајни од нив се: Декларацијата за човекови права на ООН, од 1948 година; Меѓународниот пакт за економски, социјални и културни права на ООН, од 1966 година; Европската социјална повелба на Советот на Европа од 1961 година и Ревидираната европска социјална повелба, од 1966 година, од која одделни членови и ставови се ратификувани од страна на Република Македонија; Конвенцијата на МОТ, бр. 131 – за одредување на минимална плата, 1970 година; Конвенцијата на МОТ, бр. 100 – за еднакво наградување, 1951 година; Конвенцијата на МОТ, бр. 132 – за платени одмори (ревидирана), 1970 година; Конвенцијата на МОТ, бр. 140 – за платено отсуство за едукација, 1974 година; Конвенцијата на МОТ, бр. 111 – за дискриминација (вработување и професија), 1958 година и Конвенцијата бр. 102 – за социјална заштита 1952 година (минимални стандарди); Европската социјална повелба ревидирана 1996 година, опфаќа 31 фундаментални социјални права, меѓу нив е и правото на сите работници за фер надоместок доволен за пристоен стандард на живот за нив и за нивните семејства. Повелбата на заедницата за фундаменталните социјални права на работниците (1989); Повелбата за фундаменталните права на Европската Унија (2000); Европскиот закон за социјална заштита (1964) и Директивата бр. 75/117/ЕЗ – за приближување на законите на земјите членки кон принципот за еднаква исплата на мажите и жените

² Устав на Република Северна Македонија. *Службен весник на Р.С.М.* 52/1991 и понатаму.

³ Член 32 став (5) од Уставот на Република Северна Македонија.

⁴ Член 5 став (1) точка 1) од Законот за работните односи. *Службен весник на Р.М.* 62/05и понатаму.

(1975).⁵

Прашањата поврзани со работниот однос поодделно се уредуваат со повеќе законски акти, како и со колективните договори. Со право ќе забележиме дека во нашата држава недостига трудово-правна кодификација во која сеопфатно би се регулирал целиот корпус права и обврски во оваа област. Од законските акти најважен е Законот за работните односи⁶, а потоа и Законот за придонеси од задолжително социјално осигурување⁷, Законот за вработувањето и осигурување во случај на невработеност⁸, Законот за минимална плата во Република Македонија⁹, Законот за мирно решавање на работните спорови¹⁰, Законот за пензиското и инвалидското осигурување¹¹ и други.

За приватниот сектор, заради неговата општа примена, исклучително е важен и Општиот Колективен договор за приватниот сектор од областа на стопанството¹², кој непосредно се применува и е задолжителен за сите работодавачи и вработените во овој сектор¹³. Понатаму, правата, обврските и одговорностите на договорните страни од работниот однос, како и другите прашања од оваа сфера, се уредуваат и доуредуваат со гранските колективни договори и со колективните договори на ниво на работодавач.

Осмата глава од Законот за работните односи е посветена на плаќањето на работата. Тоа што примарно мора да се нагласи е обврската за работодавачот да исплаќа плата во парична форма¹⁴, која како износ

⁵ Стојан Трајанов, *Коментар на Законот за работните односи*, Скопје, Идеал-Графика, 2016, 199.

⁶ Закон за работните односи. *Службен весник на Р.М.* 62/2005 и понатаму.

⁷ Законот за придонеси од задолжително социјално осигурување. *Службен весник на Р.С.М.* 142/2008 и понатаму.

⁸ Законот за вработувањето и осигурување во случај на невработеност. *Службен весник на Р.С.М.* 37/1997 и понатаму.

⁹ Закон за минимална плата во Република Македонија. *Службен весник на Р.С.М.* 11/2012 и понатаму.

¹⁰ Закон за мирно решавање на работните спорови. *Службен весник на Р.С.М.* 87/2007 и понатаму.

¹¹ Законот за пензиското и инвалидското осигурување. *Службен весник на Р.С.М.* 98/2012 и понатаму.

¹² Општ Колективен договор за приватниот сектор од областа на стопанството. *Службен весник на Р.С.М.* 115/2014 и понатаму.

¹³ Член 205 став (1) од Законот за работните односи и член 2 од Општиот Колективен договор за приватниот сектор од областа на стопанството.

¹⁴ Практиките на замена на исплатата на платата и во стока за широка потрошувачка и со прехранбени артикли, претставуваат злоупотреба на правото за исплата на плата во парична форма. Така види и: Љубе Неделковски, „Платите и надоместоците низ судската практика“ *Деловно право*, 16 (2006) : 46.

не смее да биде помала од износот определен со колективен договор, во согласност со закон.¹⁵ Плата која е определена со колективен договор е т.н. „најниска плата“ или „основна плата“ вообичаено на ниво на гранка или на ниво на работодавач. Најниската плата е предмет на ревизија по истекот на важноста на одреден колективен договор¹⁶, по потреба и пред тоа, следејќи ги тенденциите на ниво на држава и во дадениот сектор.

Вториот момент тука е структурата на платата. Притоа, законодавецот само ја олеснува и насочува активноста на страните во договорниот однос, но и социјалните партнери во услови на колективно преговарање, оставајќи го на диспозиција на страните доуредувањето на односите во рамките на тоа што е предвидено со самиот закон. Според членот 105 став (3) од законот: „Платата е составена од основната плата, дел од платата за работната успешност и додатоците, ако со друг закон поинаку е определено.“ Значењето на секоја од наведените категории е дадено во членот 106 од законот. Така, основната плата се определува земајќи ги предвид барањата на работното место, како работникот го склучил договорот за вработување. Значи, квантумот основни работни задачи, обврски и одговорности на работникот, определен во систематизацијата за работните места за одделното работно место, што неспорно е составен дел и на секој договор за вработување¹⁷, би требало да биде базата на која ќе се заснова основната плата. *Работната успешност* на работникот се определува земајќи ги предвид домаќинскиот однос, квалитетот и обемот на вршењето на работата, за која што работникот го склучил договорот за вработување. Од аспект на проблематиката што е предмет на наш интерес, односно конекцијата со менаџментот на човечките ресурси, би рекле дека работната успешност е централната категорија на која треба да ѝ се посвети внимание во рамките на наградувањето како активност. Домаќинскиот однос во вршењето на работата е правен стандард кој налага работникот да се однесува како добар домаќин во работењето, што најмалку би подразбирало совесно извршување на работните задачи, одговорен пристап како да се постапува во сопствени работи, чување на имотот на работодавачот, лојалност, доверливост итн. Овој правен стандард би можел да се квалификува како „поим чадор“ под кој се

¹⁵ Член 105 став (2) од Законот за работните односи.

¹⁶ Според член 226 од Законот за работните односи, колективен договор може да се склучи инао определен во време за период од две години, со можност за продолжување, со писмена согласност на страните на договорот.

¹⁷ Според членот 28 од Законот за работните односи, податоците за видот на работата за која што работникот склучува договор за вработување, со краток опис на работата што ќе ја врши според договорот за вработување, се едни од задолжителните елементи на формалниот договор за засновање работен однос.

супсумирани вредностите во работењето. Работодавачот, вообичаено, во делот на „мекото право“, усвојува етички кодекси на работење кон кои инсистира да се придржуваат сите вработени во компанијата. Кодексите се солидна подлога за создавање прифатлива корпоративна клима и култура. Квалитетот и обемот на вршењето на работата, од друга страна, повеќе се поврзани со стучноста, вештините, умешноста, истрајноста и другите атрибути на работењето. Очекувањата, во секој случај, работодавачот треба да ги пренесе или добро уреди во писмен интересен акт, како би се избегнала произволноста во постапувањето.

Додатоците се определуваат за посебните услови при работа, кои произлегуваат од распоредот на работното време и тоа за работа во смени, работа во поделено работно време, ноќна работа, работа на дежурство, согласно закон продолжена работа, работа во ден на неделен одмор, работа во празници определени со закон и додаток за работен стаж. Не е исклучено во овој дел да се предвидуваат и поголем број и поповолни додатоци, што секако е на линија со целите на менаџментот со човечките ресурси.

Покрај наведените додатоци, работникот има право и на други *надоместоци на плата*, како и на *надоместување на трошоците поврзани со работата*. Надоместоците на плата во основа се однесуваат на плаќањата на работниците во случај на отсуство од работа од различни причини (боледување, одмори, стручно оспособување, синдикални активности и сл.), како и на плаќањето на приправниците, начинот на плаќање за време на прекин на работниот процес од деловни причини и сл. Надоместувањето на трошоците поврзани со работата делумно се уредува со закон, а во поголем обем со колективните договори. Станува збор за дорегулација на цел сет права на работниците од типот на: плаќањето на превозот до и од работното место, хранарината, службените патувања, надоместот за одвоен живот и селидба, регресот за годишен одмор, јубилејни награди, отпремнина итн. Во овој дел може да се истакне дека менаџерите за човечки ресурси треба да имаат значајна улога во утврдувањето и зголемувањето на правата од работен однос.

Еден од најважните предуслови за постоење добар систем за наградување е квалитетно изработената *систематизација на работни места*. Систематизација на работните места е база на податоци за работните места, која ја користиме за организација на работата, кадровско планирање, вреднување на трудот, напредување на работниците, вработување нови работници и други активности во врска со микроорганизацијата и поделбата на работата. Систематизацијата на работните места претставува збир на податоци и информации за

работата и налози во врска со работата (работните места) и истата ја сочинуваат: темелните одредби, приказ на организацијата (органограм) на претпријатието, описи на работни задачи на работните места и список на работни места.¹⁸ Во суштина тоа е интерен акт на компанијата¹⁹ во кој по пат на енумерација се предвидуваат работните места во организацијата, бројот на извршители и другите карактеристики за секое одделно работно место, како и описот на работните задачи и одговорности. Би можеле да кажеме и дека актот за систематизација, доколку се изземат процедурите за дефинирање на организационата структура, претставува претходно прашање кое мора да се реши пред да се премине на изработка на скроен систем за наградување.

Првото прашање кога се пристапува кон утврдување на систематизацијата на работните места секако е прашањето за видот и бројот на работните места. Карактеристика на современото работење е рационализација на работните места и целење кон подготовка на работна сила која ќе може да одговори на повеќе работни позиции во процесите на работа во компанијата, согласно нејзините квалификации и вештини. Тоа би можело да биде и лоша солуција кога се работи на нов систем за наградување, повеќе од аспект на тоа дека може да се комплицира варијабилниот дел или делот за работна успешност. Доколку фокусот е на повеќе работни позиции, тогаш се доведува во прашање ефикасноста на секоја поединечна позиција. Не би било проблем доколку станува збор за повеќе тесно поврзани позиции кои можат заеднички да се оценуваат како едно засебно работно место. Користењето општи, недефинирани, називи на работните места е уште еден во низата проблеми за кои мора да се размислува како почетна точка за успех на тој одделен процес.

Во акционерските друштва од преработувачката индустрија, логично е најголемиот број од работните места да бидат лоцирани во производството. Сепак, тука се опфатени и работните места во делот на контролата, логистиката, продажбата, другите услужни служби и сл. Правилата во тој дел ги креира самата организација и би требало да бидат одлика на општите состојби во областа во која делува.

Од квалитетот на описите на работните места во кои се опфатени работните задачи и одговорности, индиректно ќе зависи и применливоста на делот за работна успешност како интегрален дел на целосниот систем за наградување. Доколку работните задачи не се прецизно определени, што би значело и дека очекувањата на работодавачот не се соодветно

¹⁸ Zoran Milić, *Organizacija i logistika poslovanja*, Beograd, Visoka strukovna škola za preduzetništvo, 2010, 106.

¹⁹ Вообичано во вид на Правилник за систематизација на работните места во организацијата.

пренесени, тогаш не може да се очекува дека системот сам по себе ќе ги даде посакуваните резултати. Од една страна, би можело да се констатира дека системот за наградување може да ги коригира или покрие недостатоците на актот за систематизација. Тоа може да се случи на начин што во него ќе се доуредат одредени прашања и ќе се влијае на мотивациска основа со процентите за наградување за постигнување на резултати. Но, целта на организацијата мора да биде создавање компактен и целосен систем со правила на постапување, па согласно со тоа ќе мора да се инсистира и на постоење добро изградена систематизација на работните места.

3. Креирањенивоа и структуриназаработки и утврдување основна плата

Расчистувањето на претходните прашања е исклучително важен предуслов за преориентирање на фокусот на менаџментот кон креирањето нивоа на заработки, како прва суштинска задача во процесот на креирање систем за наградување. Тоа е оној конвенционален пристап што треба да се користи за да се обезбеди целовитост и перспективност на процесот. Притоа, мора да се нагласи дека квалитетот на сработеното во оваа фаза, но и на тоа што следува, во најголем обем зависи од квалитетот на изработената систематизација на работните места во компанијата. Значаен фактор е и искуството и знаењето на менаџментот и тимот кој работи на оваа проблематика.

За да се утврдат нивоата на платите за секое работно место во една организација, аналитичарите за плата ја разгледуваат релативната вредност на работните места заедно со екстерните фактори како што е флексибилноста на пазарот на трудот. Потоа организациите воспоставуваат класи на плати на база на евалуациите на работните места и доделуваат стапки и опсег за секоја класа. Тие ги користат овие стапки, повратно, како база за определување индивидуални стапки на плата за вработените.²⁰

Основните групи на сложеност во кои се групираат работните места во нашата земја се детерминирани со колективен договор²¹. Покрај називот на групите, се определува и степенот на сложеност. Деветте

²⁰ Види повеќе: Donald P. Crane, *Personnel, the management of human resources*, Fourth Edition, Boston, Mass., Kent, 1986, 541.

²¹ Тоа за приватниот сектор се прави со Општиот колективен договор за приватниот сектор од областа на стопанството (објавен во *Службен весник на Р.М.* 88/2009 и понатаму), поточно со членот 19 од ОКД, а потоа и со гранските (на ниво на дејност) и колективните договори на ниво на работодавач. Со колективен договор на ниво на дејност односно на ниво на работодавач можат да се утврдат и други групина повисоки степени на сложеност за типични работни места.

дефинирани групи практично се основата или минимумот од кој се поаѓа при креирањето нивоа на заработки во акционерските друштва со производна дејност²².

Табела 1 – Групи на сложеност според Општ Колективен договор за приватниот сектор од областа на стопанството

Група			Степен на сложеност
I	- Едноставни, повторливи и разновидни работи	1,00
II	- Помалку сложени, повторливи и разновидни работи	1,20
III	- Сложени, разновидни, повторливи и соопремена појавана нова работи	1,30
IV	- Посложени, разновидни работи за кои е потребна самостојност и иницијативност	1,50
V	- Посложени, разновидни работи за кои е потребна голема самостојност и иницијативност	1,70
VI	- Значајно сложени работи кои бараат самостојност и иницијативност	1,90
VII	- Мошне сложени работи кои бараат голема самостојност, креативност и иницијативност	2,30
VIII	- Мошне сложени работи кои бараат голема самостојност, креативност, иницијативност и специјализираност	2,70
IX	- Најсложени, специјализирани, креативни и самостојни работи	3,00

Извор: Општ колективен договор за приватниот сектор од областа на стопанството (објавен во Службен весник на Р.М. 88/2009 и понатаму)

Заради ваквата нормативно-правна основа, *не постои начин за произволно намалување на групите на сложеност од страна на работодавачите, нивно преформулирање или намалување на степените/коэффициентите на сложеност. Постои простор за зголемување на групите на сложеност, но само за повисоки степени на сложеност²³,*

²² Постои потреба да се нагласи дека Општиот колективен договор за приватниот сектор од областа на стопанството има задолжителна сила за сите работодавачи и работници од приватниот сектор од областа на стопанството, без оглед на тоа дали одреден работодавач учествувал во неговото создавање и/или е потписник на неговата содржина.

²³ Ова е изрично определено со членот 20 од ОКД.

а можно е и степенување во рамките на секоја од одделните групи. Степенувањето во рамките на групите може да се расчленува до детали, односно за секое поединечно работно место во организацијата.

Табела 2 – Групи на сложеност според грански Колективен договор

Група			Степен на сложеност
I	- Едноставни, повторливи и разновидни работи	1,00
II	- Помалку сложени, повторливи и разновидни работи	1,30
III	- Сложени, разновидни, повторливи и соповремена појавана нова работи	1,50
IV	- Посложени, разновидни работи за кои е потребна самостојност и иницијативност	1,75
V	- Посложени, разновидни работи за кои е потребна голема самостојност и иницијативност	2,00
VI	- Значајно сложени работи кои бараат самостојност и иницијативност	2,50
VII	- Мошне сложени работи кои бараат голема самостојност, креативност и иницијативност	3,00
VIII	- Мошне сложени работи кои бараат голема самостојност, креативност, иницијативност и специјализираност	3,50
IX	- Најсложени, специјализирани, креативни и самостојни работи	4,00

Извор: Колективен договор за вработените во земјоделството и прехранбената индустрија, 23.09.2015 година

Меѓутоа, од примарна важност за оваа фаза е да бидат определени критериуми за степенување на секое одделно работно место. Степенувањето кое е базирано на критериуми, всушност е засновано на

објективната компонента како важна детерминанта за обезбедувањето иднина на концептот на наградување. Оваа активност е потребна за да се обезбеди правичноста и да се избегнат недоразбирања. Во таа насока, основни критериуми за степенувањето на работните места се следните:

- Едноставност, повторливост и разновидност на работите;
- Сложеност на работните задачи;
- Самостојност, креативност и иницијативност кои се бараат;
- Потребно образование и специјализираност.

Со чинот на распоредувањето на работните места по степени/коэффициенти на сложеност, фактички се дефинира *основната* или *најниската плата* во организацијата за секое одделно работно место. Оваа категорија не треба секогаш да се поистоветува со категоријата минимална плата, бидејќи основната плата може да биде повисока од минималната плата, но не и пониска, со оглед на тоа што минималната плата е законска категорија.

Најниската плата е економска и планска категорија која е еден од клучните елементи за утврдување на основната плата, согласно со коефициентите на сложеност на работните места утврдени со колективен договор. За разлика од неа, минималната плата е социјална категорија и основен инструмент за решавање, односно ублажување на сиромаштијата. Таа на работникот треба да му обезбеди соодветна социјална и материјална сигурност и животен стандард врз основа на неговиот труд. Тоа се утврдува врз основа на повеќе критериуми, како што се *„потребите на работниците и нивните семејства, земајќи го предвид опитото ниво на платите во државава, животните трошоци, нивото на продуктивноста во државата“* и др. Според тоа, минималната плата е социјална категорија што му овозможува минимална егзистенција на работникот и нејзиниот износ треба да е задолжителен за сите работодавачи во државата.²⁴

Две основни компоненти на основната плата се следните:

- *редовноста*; и
- *исполнувањето на нормираниот учинок.*

²⁴ Андон Мајхошев, „Правен режим на системот на платите со посебен осврт на минималната/најниската плата“, *Правник*, 231-232 (2011) : 61.

Слика 1: Компоненти на основната плата



Извор: Сопствени истражувања на авторот

Имено, платата се исплаќа за работа извршена за полно работно време или со други зборови, во сразмер на одработените часови во месецот. Основна плата се исплаќа за деновите во кои работникот работел на работното место. Според тоа, приватните отсуства од работното место, кумулативно, всушност треба да се елиминираат од квантумот часови за исплата на плата во тековниот месец кога работникот отсуствувал од работа по оваа основа, додека службените отсуства (како на пр. службени патувања) се вклучени во платата бидејќи и во суштина претставуваат работен ангажман. Практиките на чести отсуства за приватни потреби треба да се решаваат со алатките во системот за наградување или пак преку регулација со денови од годишен одмор, боледувања, платени одмори и слично. Тука е евидентна улогата на системот за наградување како коректив на однесувањето на вработените во функција на постигнување извесност во работењето и остварување на посакуваните резултати. Постои можност ова прашање да биде и поинаку уредено на тој начин што ќе се дозволи извесна толеранција во отсуствата за приватни цели, што сепак мора да биде прецизно контролирано од страна на службата за човечки ресурси.

Втората компонента поврзана со исполнувањето на нормираниот учинок е повеќе дискутабилна и наметнува серија дилеми во работењето. Имено, исполнувањето на нормираниот учинок беше важен составен дел на целосниот концепт на платата, особено за компаниите со производна дејност. Ценејќи го тој факт и нашиот законодавец се одлучи да ја предвиди

оваа компонента во текстот на основниот Закон за минимална плата во Република Македонија²⁵, за потоа, со одлука на Уставниот суд²⁶, да бидат укинати деловите и одредбите каде што се споменува нормираниот учинок. Постапката може да се оцени како оправдана заради отсуството на прецизни критериуми за определувањето на нормираниот учинок и можноста да се проблематизира исплатата дури и на минималната плата со постапките на одредени работодавачи.

Меѓутоа, ваквиот тек на настаните не треба да се оквалификува како невозможност за утврдување и задржување на нормираниот учинок како компонента и на основната плата, во тие случаи кога истата е повисока од минималната. Тука може да се наметнува, но ќе биде лимитиран. Ограничувањето треба да се бара до висината на минималната плата, што би значело дека доколку основната плата е за 25% повисока од минималната плата, тогаш логично е да може заради неисполнет нормиран учинок основната плата да се намалува максимално до 25% (што би било 75% плата). Овие обиди да се претстават можностите не ја оспоруваат потребата за соодветно регулирање на нормираниот учинок и неговите елементи.

Исто така, важно прашање е и прашањето за тоа дали е оправдано и доколку е оправдано, дали треба да постои пропорција која треба да се задржи при фиксирањето на основната плата во организацијата во однос на минималната плата? Доколку работодавачот одлучи да задржи одредена пропорција или разлика со минималната плата, тогаш мора да се има предвид дека тоа подразбира и вршење редовни годишни усогласувања или усогласувања и на пократки периоди на основната плата, во согласност со тенденцијата за пораст на минималната плата на

²⁵ Закон за минимална плата во Република Македонија. *Службен весник на Р.С.М.* 11/2012 и понатаму.

²⁶ Одлука на Уставен суд на Република С. Македонија, У.бр. 133/2017. *Службен весник на Р.С.М.* 85/2018. Споредобразложението на Судот за членот 2 од Законот, нејасно и непрецизно е регулирано во однос на тоа каква е формата и видот на соработката што работодавачот при утврдувањето на нормираниот учинок ќе ја остварел со работниците и дали таа соработка, која е спомената во овој член од Законот, во отсуство на прецизно нормирање, во општо има влијание во однос на законското овластување на работодавачот да го утврдува нормираниот учинок во работата на работниците, што имплицира на декларативно, а ненасуштинско учество на работниците по ова битно прашање, што во случајов Законот неделиво го поврзал со реализацијата на минимална основна плата што треба да им се исплати на работниците. Од друга страна спорно е и во однос на тоа дека со условот за исполнет нормиран учинок утврден од работодавачот се доведува во прашање остварувањето на минималната плата на работникот, што е предмет на уредување на Законот за минимална плата во Република Македонија, и дека со овој услов за остварување на минимална плата, работникот ќе остварува плата, а неминимална плата утврдена со посебен закон.

државно ниво.

Во фазата на утврдување на основната плата, мора да се имаат предвид и одредбите на колективните договори во кои се утврдува плата на ниво на гранка или дејност. На тој начин, пропорцијата за која претходно беше елаборирано, може да се програмира во сооднос со најниската плата на ниво на гранка или дејност. Сепак, мора да се има предвид дека најниската плата на ниво на компанија не смее да отстапува од најниската утврдена со колективен договор на ниво на гранка или дејност, за потписниците на таквиот грански колективен договор.

Инаку, основната или најниската плата во суштина претставува најнискиот месечен износ на плата кој работодавачот е должен да му ја исплати на работникот за извршената работа, во согласност со претходно наведените услови. При утврдување на најниската нето плата на ниво на компанијата, би требало да се поаѓа особено од: остварениот финансиски резултат, општото ниво на платите на државно ниво, на ниво на гранка, односно оддел, нивото на продуктивност во работењето, економичноста, рентабилноста, социјалните давања и други економски и социјални фактори. На овој начин работодавачот всушност одлучува според можностите и приликите како може да биде рангирано одредено работно место во неговата организација, индиректно вреднувајќи го истото и претставувајќи ја основната наемнина.

Заради целовитост на излагањето, кога дискутираме за севкупните финансиски награди, ние дискутираме за: *основната плата; варијабилниот дел од плата; и дополнителните бенефиции за вработените.*

4. Заклучоци

Целта на стратемскиот менаџмент на човечки ресурси, е развивање систем на менаџмент на човечки ресурси, кој ја зголемува организациската ефикасност, квалитетот, иновацијата и одговорноста кон потрошувачите – четирите механизми за градење на конкурентска предност.²⁷ На истата линија е и друг автор, според кого, целта на стратемското управување со човечките ресурси е да ги подобри бизнис перформансите преку менаџирање со луѓето. Организациите треба да управуваат со своите човечки ресурси ефективно и ефикасно за да ги постигнат посакуваните цели.²⁸ Целосно и квалитетно изградениот систем за наградување, со

²⁷ Gareth R. Jones и Jennifer M. George, *Современ менаџмент*, Скопје, Глобал комуникации, 2008, 473.

²⁸ Luftim Cania, "The Impact of Strategic Human Resource Management on Organizational Performance", *Economia.Seria Management*, 17/2 (2014) : 374.

обезбедена легална основа, е еден од предусловите за успешно работење на компанијата на подолг рок. Во таа смисла, компаниите треба да гледаат на наградувањето како на стратегиска определба. За најголемиот број компании креирањето систем за наградување претставува стратегиски пристап во менаџментот со човечките ресурси. Таквиот пристап придонесува кон тоа акционерските друштва со производна дејност да бидат поатрактивни работодавачи на пазарот на трудот.

Системот за наградување мора да има законска основа или да биде моделиран во согласност со закон, земајќи ги предвид потребите на компанијата. Обезбедувајќи ја законската основа на системот за наградување, компанија обезбедува иднина на таквиот систем. Системот за наградување треба да се градат и воспоставуваат во согласност со принципот на фер информирање/консултирање на работниците, а со оглед на фактот што станува збор за едно од најважните прашања поврзани со работниот однос. Процесот на креирање систем за наградување или при одлучување за наградување во секој случај, треба да бидат засновани на инклузија на засегнатите страни (претставници на работодавачот, вработени или нивни репрезентативни претставници). Верификацијата на солидноста на системот за наградување од сите заинтересирани страни, претставува додадена вредност за самиот систем и компанијата.

Во Република Северна Македонија препорачлива е постепена промена на деловната клима (особено кај малите и средните претпријатија, но и кај големите трговски друштва) во која преовладува авторитативно одлучување за сите поважни прашања поврзани со работењето, во кои несомнено се вбројува и наградувањето и доверување или децентрализација на задачите на посебни стручни комисии или тела (колективни формати) во компанијата. Работата на одделите за човечки ресурси мора да биде насочувана од правни експерти за да се обезбеди законитоста во постапувањето. Менаџментот со човечки ресурси ги обединува практиките поврзани со активностите во таа област и правото и тоа не може да се разгледува одвоено.

*Orde Gjorgjoski, PhD in Legal Sciences in the field of Business Law,
PhD Candidate in Economics in the field of Management,
Legal and General Affairs Manager in F.I. "Vitaminka" SC Prilep
gorgjoski.orde@gmail.com*

“LEGALIZATION” OF REWARDING AS A HUMAN RESOURCES MANAGEMENT ACTIVITY IN JOINT STOCK COMPANIES FROM MANUFACTURING INDUSTRY

***Abstract:** Rewarding is the most complex activity of human resources management. In contemporary working conditions, companies which have qualified, well trained and motivated workforce have a competitive advantage, at the expense of those ventures which had overlooked or underestimated these factors. Even more, motivated employees represent a crucial factor in the success of a modern organization. Still, meeting the strategic objectives in terms of rewarding is not possible without an appropriately created internal legal frame, based on the regulations of the legal labor sphere. The principles of security and fairness which should be provided in these processes require that the ideas, objectives, and results should be integrated into appropriate legal acts of the organization which will be communicated to the affected people. One of the most important legal acts is the systematization of job positions. It is a prerequisite for further preparation of the methodology for rewarding and the salaries structure in the company. The whole process is communicated also to the social partners, of course, if there are circumstances for that and if there is an active social dialogue. The epilogue should be a sub-summation of the rewarding system in a single body of rights and obligations of the working relation, mostly in a collective agreement at the level of the employer or another internal act approved by the representatives of the employees and the employer. In this paper, we start from the premise that the rewarding system which is set on a solid legal basis is sustainable for the long term and encourages the realization of better individual and organizational performances.*

***Key words:** human resources, rewarding, labor law, joint stock companies.*

ПРАВО РАДНИКА НА ДОСТОЈАНСТВЕН РАД У СВЕТЛУ ВЛАДАВИНЕ ПРАВА

UDK:342.734.349.9
Original Research Paper

Апстракт: *Право на достојанствен рад је основно људско право и основа достојанственог живота. Ово универзално људско право спада међу најугроженијима у нашем друштву које, у складу са принципима правне државе, треба да почива на једнакости у погледу права на рад, слободи рада, правичној заради, хуманим условима рада, једнаким могућностима за жене и мушкарце, социјалној правди, забрани дискриминације и спречавању злостављања на раду. Друштво у којем се остварује што већи ниво заштите људских права и слобода сматра се друштвом у којем постоји владавина права.*

Успон напредне технологије и аутоматизације мења све друштвене и економске области живота и све више прети губитку великог процента радних места, због отварања нових, услед економских, политичких и социјалних ефеката повећања незапослености и процеса транзиције. Радно окружење и пристојан рад у великој мери трпе последице политичке нестабилности, економске неједнакости, сиве економије, раста сиромаштва, маргинализације и дискриминације, доводећи у питање уживање једног од основних људских права – право на фер и достојанствен рад. У таквим условима институције морају брзо реаговати у односу на нове генерације радника како би премостили јаз између технолошког напретка и радне снаге, поштујући концепт људских права као добар оквир за процену последица технолошке иновације и заштиту од будућих злоупотреба.

Имајући у виду да сви аспекти достојанственог рада имају правну димензију, магистрална пажња у овом раду биће посвећена кључним аспектима који су од изузетног значаја за задовољавање економске,

* Доктор правних наука

социјалне и психолошке функције достојанственог рада, као и међународно-правним стандардима достојанственог рада и њиховом преношењу у домаћи правни поредак.

Кључне речи: *достојанствен рад, радна права, тржиште рада, правна заштита, социјална заштита, међународни стандарди, забрана дискриминације.*

Увод

Појам људског достојанства је био вековима присутан током историје и расправљан у бројним сферама живота као што су филозофска, верска, политичка, економска и правна, где је попримио више димензија и значења.¹ Током 20. века експанзијом универзалних људских права достојанство човека је постало универзална вредност и фундаментално својство свих основних људских права и слобода, укључујући и права на раду и у вези са радом. Први међународни документ у коме се изричито признаје „урођено људско достојанство“ свим члановима људске породице је Универзална декларација о људским правима из 1948. године. У члану 1 ове декларације се истиче: „Сва људска бића рађају се слободна и једнака у достојанству и правима“, што у преводу значи да су сви људи једнаки у правима и да имају једнако (исто) људско достојанство.

Данас је људско достојанство признато у свим међународним докуменатима о људским правима и представља предуслов за сва људска права која се сваком човеку морају осигурати. Многи савремени уставни и међународне конвенције истичу како је људско достојанство неприкосновено и ни у ком случају не сме бити повређено. Природно достојанство човека, као кључни аспект људскости и језгро људске суштине, намеће обрасце понашања како самог носиоца достојанства према себи, тако и према другима, у складу са принципом једнакости. Свако људско биће има апсолутно поштовање у себи због тога што је људско биће и сасвим је природно да се код сваког од нас роди осећај поштовања према себи и другима. Повреда достојанства у многим ситуацијама је повезана с тим осећајем поштовања и овиси о чињеници да ли се појединац осећа повређеним у поштовању самог себе и од

¹ Видети о томе: Милош Марјановић, Људско достојанство као друштвена и правна вредност, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2013, стр. 96-99; Сања Златановић, Савремени концепт права на (достојанствен) рад, Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд.

стране других или не. Стога, сваки појединац мора бити свестан свог урођеног и неотуђивог достојанства које припада сваком човеку по себи и мора да се поштује и штити. Нова значења појма људског достојанства обухватју и појединце који нису свесни свог природног достојанства или су принуђени да живе и раде у условима у којима долази до честих повреда њихових права. Неприхватање овог начела, како у прошлости, тако и данас, довело је до грубих повреда, угрожавања и злоупотреба достојанства личности приликом остваривања људских права. То се најбоље може видети анализом правне димензије људског достојанства која се остварује кроз уживање основних људских права. Повреда сваког од тих права директно је повезана са повредама људског достојанства којим се оно урушава.

Једно од најугроженијих људских права у Србији, али и шире, које подразумева поштовање достојанства личности на раду и у вези са радом, је право на достојанствен рад. Ово универзално људско право је темељна претпоставка човека достојног живота и увек заслужује да буде у центру пажње не само синдикалних организација, већ и националних влада, невладиних организација, академске заједнице и читавог друштва. Иако је успон економског и технолошког развоја требао да створи боље услове за рад за сваког радника и послодавца и да доведе до смањења сиромаштва и незапослености, укидања сиве економије, побољшања зарада, унапређења социјалне и здравствене заштите, искорењивања дискриминације, стреса и притиска на раду, сведоци смо грубих повреда права на раду и у вези са радом, која данас постају све мања и додатно угрожена усвајањем рестриктивних прописа или маргинализацијом основних компоненти достојанственог рада. Овакво стање на тржишту рада се не може приписати само технолошком развоју или глобалној економској кризи која се проширила на цео свет, већ и творцима домаћих економских и социјалних политика којима је потребно више флексибилности, знања и моћи у изградњи праведнијег система рада. Као што је генерални директор Међународног бироа рада у свом извештају из 1999. године истакао: „достојан рад данас представља глобални захтев с којим се суочавају политичка и пословна руководства широм света. Велики део наше заједничке будућности овиси о томе како ћемо на тај изазов одговорити.“²

1. Концепт достојанственог рада

Идеју и концепт достојанственог рада прва је промовисала

² ILO, Report of the Director-General, Decent Work, International Labour Conference 87th Session 1999, Geneva, 1999, p. v.

Међународна организација рада (у даљем тексту: МОР)³, у јуну 1999. године на 87. Заседању Опште конференције, као својеврсна кодификација дотадашњих активности и централни приоритет МОР-а.⁴ У извештају генералног директора Међународног бироа на том заседању је истакнуто: „Примарни циљ МОР-а данас је унапређење могућности за жене и мушкарце у добијању пристојног и продуктивног рада, у условима слободе, једнакости, сигурности и људског достојанства“.⁵

Појам достојанственог рада је веома комплексан, као и појам људског достојанства, и укључује могућности за рад који је продуктиван и може обезбедити праведан приход, сигурност на радном месту и социјалну заштиту за раднике и њихове породице, нуди боље изгледе за лични развој и подстиче социјалну интеграцију, даје људима слободу да изразе своју забринутост, да се организују и да учествују у доношењу одлука које утичу на њихове животе и гарантује једнакост у могућностима и третману за све жене и мушкарце. Из ове дефиниције произилазе четири кључне компоненте достојанственог рада: 1) *стварање услова за унапређење постојећих и отварање нових радних места (унапређење запошљавања)*; 2) *социјална сигурност и социјална заштита*; 3) *гарантовање права на раду и у вези са радом*; 4) *социјални дијалог*, и родна равноправност као свеобухватни циљ.⁶

У најопштијем смислу речи концепт достојанственог рада подразумева напор свих институција и чинилаца на тржишту рада за сагледавањем различитих димензија рада у јединствен оквир. У прошлости, како унутар, тако и ван МОР-а, поједина питања као што су запошљавање, плате, накнаде, радни услови, социјална заштита, здравствена заштита, радна права, учешће и колективно преговарање су била третирана одвојено и изоловано иако је било неколико покушаја за

³ МОР је основана након завршетка Првог светског рата 1919. године, као део Версајског уговора. Главни циљеви МОР-а су промоција права на рад, подстицање пристојних могућности за запошљавање, побољшање социјалне заштите и јачање дијалога о питањима у вези са радом. Ово је једина организација у свету која окупља раднике, послодавце и владе 187 држава чланица, у циљу манифестације њихових ставова и мишљења у политикама и стандардима рада како на међународном, тако и на националном плану.

⁴ Поред МОР-а, значајан допринос развоју концепта достојанственог рада дају ЕУ и Савет Европе. ЕУ има за циљ подстицање економског и друштвеног напретка, као и стално побољшање животних и радних услова својих народа. Радно законодавство ЕУ штити права радника широм ЕУ и успоставља минималне стандарде рада у свим државама чланицама. Европско некомунитарно право Савета Европе, такође, укључује низ права и начела који су важни за поједине аспекте достојанственог рада као што су запошљавање и рад, сузбијање дискриминације, права у погледу кретања радника итд.

⁵ ILO, Report of the Director-General, op.cit., p. 3.

⁶ ILO, Toolkit for Mainstreaming Employment and Decent Work, Geneva, 2007, p. vi.

њихово међусобно повезивање. Од свог оснивања 1919. године па све до 1999. године МОП се бавила компонентама, политикама и стратегијама достојанственог рада у разним извештајима, конвенцијама, декларацијама и препорукама које су служиле као смернице за владе, социјалне партнере и међународне агенције. Посвећеност МОП-а достојанственом раду усидрена је у Декларацији из Филаделфије из 1944. године у афирмацији права да „сва људска бића, без обзира на расу, веру или пол, имају право на материјално благостање и духовни развој у условима слободе и достојанства, економске сигурности и једнаких могућности.“⁷ Упркос ове „древне“ традиције посвећености достојанственом раду, данашњи појам достојанственог рада представља искорак у односу на прошлост с обзиром на чињеницу да нас, с једне стране, приморава да гледамо на рад и његове компоненте у њиховој међусобној повезаности и, с друге стране, позива нас да истражимо односе између тих компоненти како би се створила јаснија слика о достојанственом раду.

На седници Генералне скупштине УН у септембру 2015. године четири кључне компоненте достојанственог рада су постале саставни елементи новог Програма одрживог развоја до 2030. године. Овај Програм представља уравнотежен и интегрисан приступ остваривању циљева пуног и продуктивног запошљавања и достојанственог рада за све на глобалном, регионалном, националном, секторском и локалном нивоу. Циљ 8 Програма одрживог развоја до 2030. године – који позива на промоцију инклузивног и одрживог економског раста, пуно и продуктивно запошљавање и достојанствен рад – постао је кључна област ангажовања МОП-а. Пуно и продуктивно запошљавање и достојанствен рад заузимају истакнуто место на агенди МОП-а због тога што су кључни за остваривање праведне глобализације и смањење сиромаштва. Достојанствен рад је у том контексту јасно дефинисан као универзални и недељиви циљ МОП-а, заснован на основним вредностима и принципима живота достојног човека. У оперативном смислу достојанствен рад је циљ који се развија и мења у различитим националним и локалним контекстима, у зависности од нивоа развоја и националног капацитета. МОП се залаже за промоцију интегрисаног и уравнотеженог приступа достојанственом раду којег не треба доводити у питање јер комбинује макро и микро политике, мере које се односе на понуду и потражње, развој предузећа, као и квантитативне и квалитативне аспекте запошљавања.⁸

Достојанствен рад важи за целу радну и потенцијално радну популацију (жене и мушкарце), као и за специфичне угрожене или

⁷ ILO, Declaration of Philadelphia, 1944, Section II (a).

⁸ ILO, Toolkit for Mainstreaming Employment and Decent Work, loc.cit.

маргинализоване групе: старије раднике, младе, жене, децу, особе са инвалидитетом, аутохтоне народе, мигранте, запослене у неформалној економији, пољопривреди итд. Ове специфичне угрожене групе су недовољно заштићене и често погођене социјалним и економским политикама које нису дизајниране да реше све њихове проблеме на тржишту рада. Зато је важно политике, стратегије, програме и активности за промоцију и унапређење достојанственог рада првенствено усмерити на угрожене или маргинализоване групе које су додатно угрожене урушавањем стандарда уживања радних права.

Достојанствен рад, као централни циљ релевантних националних политика и развојних стратегија, подразумева активности националних и локалних власти, послодаваца, агенција, радника, невладиних организација и других чинилаца на тржишту рада, како на макро тако и на микро нивоу, које имају за циљ потстицање политика усмерених на отварање нових радних места и побољшање постојећих, као и промоцију бољих могућности за жене, младе и сво угрожено становништво.⁹ Унапређење достојанственог рада подразумева и предузимање законодавних и других активности од стране државних органа којима се може развити одговарајући законодавни и институционални оквир, у складу са међународним и европским стандардима рада, као и доступни и ефикасни механизми заштите радних права у случајевима повреде закона.

Механизми и инструменти за постизање циљева достојанственог рада се разликују од државе до државе, због институционалних и структуралних разлика између њих, и овисе о њиховој историји и традицији, нивоу и дистрибуцији ресурса, економској и социјалној структури, фазама развоја и других околности. Стога, свака држава мора да формулише своју сопствену политику достојанственог рада.

У многим државама приликом усвајања оквира достојанственог рада, на националном и локалном плану, поставља се питање приоритета компоненти достојанственог рада. Ово питање је посебно актуелно у земљама у развоју које се суочавају са недостатком ресурса или неадекватним ресурсима за реализацију свих компоненти истовремено. Из овог разлога, у неке сврхе, погодно је да се различите компоненте достојанственог рада поделе у две категорије. Прва категорија обухвата *запошљавање и социјалну сигурност/социјалну заштиту*, док друга категорија *права на раду и у вези са радом и социјални дијалог*.¹⁰ Прва

⁹ Ibid, p. vii.

¹⁰ Видети о томе: The ILO and the Concept of Decent Work: <https://www.ukessays.com/essays/economics/the-ilo-and-the-concept-of-decent-work-economics-essay.php>.

категорија у великој мери овиси о нивоу економског развоја државе (материјалне снаге државе) и укључује могућности за рад, ниво плата и накнада, безбедност на раду и услове рада. Друга категорија (права на раду и у вези са радом и социјални дијалог) је више ствар законодавства и администрације и наглашава „друштвене односе радника.“ Ипак, не можемо тврдити да су за прву категорију неопходни само реални ресурси, док за другу само доношење закона. Права на раду и у вези са радом се не могу спровести нити остварити без одговарајућих средстава. Такође, механизми и инструменти за реализацију социјалног дијалога овисе о институционалној постављености у организацији рада.¹¹ Сложеност овог питања изазива низ проблема на националном плану који произилазе из самог односа између различитих компоненти који није довољно истражен. Да би се створила јаснија слика о том односу неопходно је питање о приоритету компоненти достојанственог рада разматрати у складу са институционалним и структуралним карактеристикама државе, као и нивом њеног развоја и просперитета.¹²

1.1. Права на раду и у вези са радом

Права на раду и у вези са радом чине етички и правни оквир достојанственог рада. Њихов циљ је да се осигура рад заснован на достојанству, једнакости, слободи, адекватној накнади, социјалној сигурности, заступљености и учешћу свих категорија у процесу доношења одлука о раду и у вези са радом. Она чине део шире агенде људских права и проистичу из друге традиције са дубоким филозофским, теолошким и правним коренима.¹³ Почев од индустријских држава у 19. веку права на раду и у вези са радом су еволуирала кроз разне фазе у различитим државама. Временом су се проширила по садржају и простору и данас покривају класична права на слободу удруживања, недискриминацију, укидање принудног и дечјег рада, као и социјална и економска права на колективно преговарање, пружање бенефиција због престанка рада, адекватну накнаду, социјалну сигурност и заштиту безбедности и здравља на послу.¹⁴

Водећи документи у обликувању приступа и садржаја основних људских и радничких права широм света су Повеља УН, Универзална декларација о људским правима, Међународни пакт о економским,

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

¹³ Dharam Ghai, *Decent Work: Objectives and Strategies*, International Labour Office, Geneva, 2006, p.7.

¹⁴ Ibid.

социјалним и културним правима, као и читав низ конвенција, норми и декларација у оквиру УН и њених специјализованих агенција. Један од најзначајнијих докумената који има изузетну важност у прокламацији ових права је МОР-ова Декларација о основним принципима и правима на раду из 1998. године. МОР је имала највећи утицај на корпус радних права широм света. Њен рад је био најефикаснији због њене јединствене трипартитне структуре (на конференцијама МОР-а у састав делегација држава чланица поред представника влада равноправно су заступљени и представници послодаваца и радника). Од свог оснивања до данас МОР је развила импресивно међународно радно законодавство (190 конвенција и 206 препорука)¹⁵ које покрива сва питања од интереса за раднике и послодавце, и готово не постоји област која није правно покривена документима ове организације. Многе конвенције и препоруке су проглашене творцима радних стандарда за специфичне индустрије као што су транспорт, поморство, рударство, пољопривреда, текстил, штампарство, телекомуникације и кућни рад.¹⁶ Доношењем прве конвенције МОР-а о осмочасовном радном дану и 48-часовној радној недељи 1919. године, многе земље у свету су свеле радно време на ову границу, што је постало опште прихваћен норматив.

Последња конвенција коју је МОР усвојила је Конвенција о елиминацији насиља и злостављања у свету рада, на 108. заседању Међународне конференције рада, 21. јуна 2019. године, у Женеви, обележавајући стогодишњицу свог постојања. Ова конвенција штити раднике и друга лица у свету рада, укључујући запослене у складу са националним законима и праксом, као и лица која раде без обзира на њихов уговорни статус, лица у обуци, укључујући практиканте и приправнике, раднике чији је радни однос престао, волонтере, лица која траже посао и кандидате за посао, и појединце који су вршиоци власти, дужности или одговорности послодавца. Конвенција се односи на све секторе, било да су приватни или јавни, у формалној и неформалној економији, у урбаним и руралним срединама.¹⁷ Она позива све државе чланице да осигурају: ефикасну реализацију родне равноправности у могућностима и третману; ефикасно доживотно учење и квалитетно образовање за све; универзални приступ свеобухватној и одрживој социјалној заштити; поштовање основних права радника; одговарајућу минималну зараду; максималну границу радног времена; безбедност и здравља на раду; политике које промовишу достојанствен рад и повећавају продуктивност

¹⁵ Видети о томе: <https://www.ilo.org/global/standards/lang--en/index.htm>, приступљено 18. августа 2019. године.

¹⁶ Dharam Ghai, op.cit., pp. 8-9.

¹⁷ ILO, C190 - Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190).

на раду; политике и мере које обезбеђују одговарајућу приватност и заштиту личних података, и које су у стању да одговоре на изазове и могућности у свету рада који се односе на дигиталну трансформацију рада, укључујући и платформу рада.¹⁸ МОП такође позива све државе чланице да ратификују и спроводе ову конвенцију у своје национално законодавство како би подигли свест о спречавању насиља и злостављања на раду и обликовали будућност рада предузимањем мера и активности за њену ефикасну промоцију и имплементацију. Крајња одговорност за креирање и спровођење права на раду и у вези са радом лежи на домаћим властима који морају да усагласе своје домаће радно законодавство са међународним и европским стандардима рада, као један од услова за даљи напредак и обликовање праведнијег система рада.

1.2. Запошљавање

Запошљавање је витална компонента достојанственог рада која се не односи само на плате, већ на радове свих врста (самозапошљавање, плаћено запошљавање и рад код куће). Запошљавање укључује рад са пуним и скраћеним радним временом, повремено рад, као и рад који обављају жене, мушкарци и дечји рад. Ова компонента достојанственог рада укључује и стварање могућности за рад (запошљавање) за све оне који траже посао.

Достојанствен рад или запошљавање захтева испуњење одређених услова: а) одговарајућу накнаду за сваки рад која задовољава основне потребе радника и чланова његове породице; б) слободно изабран рад без дискриминације против било које категорије радника, укључујући жене, мигранте и мањине; в) заштиту радника од последица несрећног случаја, нездравих и опасних услова рада, као и прекомерних сати рада; г) право на оснивање и укључивање радника у репрезентативне и независне организације ради заступања својих интереса; д) право радника на укључивање у колективно преговарање и разговоре са послодавцима и државним органима о питањима у вези са радом. Рад који испуњава горе наведене услове извор је достојанства, задовољства и испуњења радника и повољан основ за унапређење вештина, технолошки напредак и економски раст. Такође, испуњење наведених услова доприноси усклађивању радних односа, политичкој стабилности

¹⁸ Teresa Kotturan, A Convention to Eliminate Violence and Harassment in the World of Work and the Future of Work, <https://famvin.org/en/2019/06/27/a-convention-to-eliminate-violence-and-harassment-in-the-world-of-work-and-the-future-of-work/>

и јачању демократије.¹⁹

У многим државама запошљавање је пропраћено бројним проблемима који се разликују од државе до државе због разлика у нивоу њихове развијености или доходу по становнику, расходима, средствима јавног сектора, износу и дистрибуције ресурса итд. Главни проблеми којима се данас суочава велики број држава су: отворена незапосленост или проблем незапослених лица која траже посао са пуним или скраћеним радним временом; висока стопа незапослености која у одсуству бенефиција због незапослености и других мера социјалне заштите често прелази у „запосленост“ у неформалном сектору; прековремени рад за изузетно ниске накнаде недовољне за задовољавање основних потреба радника и чланова њихове породице (типично за мале пољопривреднике, сеоске раднике, запослене у малим предузећима и жене); проблем ниске продуктивности изазване застарелим технологијама и ограниченим способностима радника; прековремени рад тзв. кућних радника као круцијални проблем где се радно оптерећење не састоји само од обављања дужности у домаћинству (одгајање деце, кување и брига о болеснима и старијима), већ и од ангажовања у неким активностима ван домаћинства како би се задовољила новчана потреба за храну, одећу или лекове.²⁰

1.2.1. Запошљавање у неформалној економији

Неформална економија и неформална запосленост су кључни савремени изазов глобализованих економија из перспективе милиона жена и мушкараца у свету који раде под неформалним уговорима или ван законског и институционалног оквира.²¹ Овај проблем је један од главних изазова политике запошљавања и у Републици Србији. Стопа неформалне запослености у Србији и даље је висока, а нарочито међу женама и младима, као и међу маргинализованом ромском популацијом где је јаз неформалности највећи у региону. Истраживања у оквиру регионалног пројекта Платформа за запошљавање и социјална питања за период 2016-2019 (ЕСАП) је показало да се удео неформалне запослености на Западном Балкану креће од 18,1% у Северној Македонији до 33% у Црној Гори.²²

¹⁹ Dharam Ghai, *op.cit.*, pp. 10-11.

²⁰ *Ibid*, pp. 12-13.

²¹ ILO, *The Informal Economy and Decent Work: A policy resource guide supporting transitions to formality*, Geneva, 2013, p. xi.

²² RCC's ESAP: Share of informal employment in Western Balkans ranges from 18 to 33% - holistic approach necessary to tackle this issue, <https://www.esap.online/news/41/rccs-esap-share-of-informal-employment-in-western-balkans-ranges-from-18-to-33--holistic->

Концепт неформалне економије, који датира од 1970. године, често се описује различитим терминима, као што су: запосленост у сенци, прикривена запосленост, неприметна запосленост, сива економија, црна економија и рад на црно. У суштини, неформална економија подразумева све врсте економских активности и трансакција које су прикривене или имају за циљ избегавање мерења, опорезивања и прописа.²³ Резолуција о достојанственом раду и неформалној економији из 2002. године по први пут је, након што је неформална економија постала концептуално откриће, утврдила потребу за интегрисаним и свеобухватним приступом заснованим на четири стуба достојанственог рада, како би се одговорило изазовима у неформалној економији и омогућио прелазак у формалну економију. Овај позив за креирање кохерентне политике и свеобухватни интегрисани приступ додатно је ојачан усвајањем Декларације МОР-а о социјалној правди за праведну глобализацију 2008. године, којом се утврђује да су четири стуба достојанственог рада нераздвојна, повезана и да се међусобно подржавају.²⁴ Кључни инструмент за све државе чланице МОР-а је Препорука бр. 204 о преласку са неформалне у формалну економију, која садржи 12 водећих начела за подстицање отварања одрживих радних места и предузећа у формалној економији, као и предлоге усмерене на гарантовање права радника и спречавање свих облика неформалне економије.

Резолуцијом о достојанственом раду и неформалној економији утврђен је оквир који признаје различитост и хетерогеност актера и активности у неформалној економији и проширено је значање њених параметара. Такође, овом резолуцијом је утврђено да неформалност постоји у широком спектру сектора и да је прекарни или несигурни рад заступљен и у формалној економији. Главне карактеристике актера у неформалној економији (радника, предузећа или привредних субјеката) су: 1) висок степен угрожености и сиромаштва или тзв. *дефицит достојанственог рада*, иако има и таквих који зарађују више од запослених у формалној економији; 2) често нису признати, регистровани или уведени у националне статистике (чак и када су регистровани, они су ван домашаја социјалне заштите, радног законодавства и мера заштите на раду); 3) њихов радни статус је двосмислен, што додатно ограничава њихову већ ограничену законску заштиту; 4) нису организовани и нису у стању да остваре своја права; 5) радна места су им небезбедна и нездрава и укључују озбиљна и опасна по живот занимања; 6) упркос прековременом

approach-necessary-to-tackle-this-issue.

²³ Marek Radvansky, Miroslav Štefanik, Situation Report on Informal Economy and Employment in Serbia, Belgrade, 2016, p. 9.

²⁴ ILO, The Informal Economy and Decent Work, op.cit., p. xiii.

раду, продуктивност и приходи су им обично ниски; 7) имају ограничен приступ производним ресурсима, који постаје још ограниченији због ниског нивоа вештина, информисања и писмености; 8) већина радника има малу или уопште нема социјалну заштиту или социјалну сигурност од стране послодавца или владе (осим традиционалне покривености социјалног осигурања, углавном остају без социјалне заштите у областима као што су образовање, обуке и стицање вештина, здравствена заштита и брига о деци која су од посебног значаја за жене, што је критични аспект социјалне искључености радника у неформалној економији); 9) већина радника и привредних субјеката не ужива сигурна имовинска права и ускраћен им је приступ капиталу и кредитима; 10) већина радника и привредних субјеката има проблем у приступу правном и правосудном систему; 11) подложни су узнемиравању, укључујући и сексуалном узнемиравању, као и другим облицима експлоатације и злостављања.²⁵

Ефикасна промоција и примена концепта достојанственог рада има за циљ елиминацију свих негативних аспеката неформалности како у економији, тако и у запошљавању, као и промоцију заштите радника и њихов прелазак са неформалне у формалну економију кроз идентификацију и решавање основних узрока неформалности и препрека за улазак у економске и друштвене токове.²⁶

1.3. Социјална сигурност и социјална заштита

Социјална сигурност има за циљ да заштити радника од ризика од губитка прихода. „Свакоме, без обзира на то где живи, је потребан минимални ниво социјалне сигурности и сигурности прихода, који се утврђује према капацитету и нивоу развоја друштва“ (Извештај ген. директора из 1999. године). Социјална сигурност подразумева гаранцију минималног нивоа сигурности радника од стране државе, независно од његовог прихода или занимања.

Систем социјалне сигурности у Републици Србији чине социјално осигурање, социјална и дечја заштита (породични бенефити)²⁷ и борачко-инвалидска заштита. Социјално осигурање обухвата три врсте осигурања: здравствено осигурање, пензијско-инвалидско осигурање и осигурање за случај незапослености. Све три врсте су професионалне природе и примордијално се финансирају на основу доприноса за социјално осигурање. Они покривају професионално активне особе односно

²⁵ ILO, Resolution concerning decent work and the informal economy, Geneva, 2002.

²⁶ Ibid.

²⁷ Породични бенефити или дечја заштита су новчане накнаде и услуге које се пружају породицама, а нарочито деци са посебним потребама.

раднике (државне, полицијске и војне службенике), samozапослена лица и пољопривреднике, чланове њихових породица и поједине асимилиране групе. Иако је осигурање здравствене заштите професионалне природе оно покрива целокупну популацију која живи у земљи и гарантује једнак приступ здравственој заштити, без обзира на запослење и правни статус грађана.²⁸ Здравствена заштита и права из пензијско-инвалидског осигурања делимично се финансирају из буџета. Највећи део социјалних давања се обезбеђује на националном нивоу и финансира се из буџета.²⁹

Социјална заштита, у ширем смислу, подразумева све врсте и облике друштвене интервенције у корист појединца и чланова његове породице које имају за циљ да обезбеде сигурност против разних непредвиђених ситуација и рањивости, као што су лоше здравље, потреба за породилским одсуством, несрећа, незапосленост, сиромаштво, екстремне економске флукуације, природне катастрофе и грађански сукоби.³⁰ Социјална заштита у Републици Србији је дефинисана као организована друштвена делатност од јавног интереса чији је циљ пружање помоћи и оснаживање за самосталан и продуктиван живот у друштву појединаца и породица, као и спречавање настајања и отклањање последица социјалне искључености (члан 2).³¹ Обављање делатности у области социјалне заштите обезбеђује се од стране државе оснивањем установа или се вршење тих делатности поверава другим физичким и правним лицима (члан 9). Средства за обављање делатности социјалне заштите обезбеђују се у буџету државе, као и вршењем делатности установа социјалне заштите (члан 22). Социјална заштита фокусира се на превенцију и задовољавање основних социјалних и животних потреба сваког појединца и породице којима је неопходна друштвена помоћ и подршка ради савладавања социјалних и животних тешкоћа (члан 4). Стратегија социјалне заштите посебно треба да одговори потребама угрожених група, као што су сирочад или напуштена деца, самохране мајке и домаћинства која воде жене, удовице, старији људи којима је потребна помоћ и особе са инвалидитетом, док политика социјалне заштите треба да има за циљ смањење патње, анксиозности, несигурности и материјалне депривације, као и промоцију здравља, самопоуздања и спремности за прихватањем техничких и

²⁸ Introduction of the social security system in Serbia. Доступно на: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?-documentId=0900001680599154>.

²⁹ Gordana Matković, *Праћање социјалне укључености у Републици Србији - Индикатори социјалне заштите и социјалне сигурности*, Београд, 2017, стр. 2.

³⁰ Dharam Ghai, *op.cit.*, p.14.

³¹ Закон о социјалној заштити „Сл. гласник РС“, бр.24/2011.

институционалних иновација за већу продуктивност и раст.³²

Историјски гледано, одговорност за обезбеђивање социјалне сигурности је у већини држава пренета на разне институције као што су породице, добротворне установе, послодаваци, локалне и централне власти. У принципу, што је више једна држава економски напредовала, ту су више јавне власти преузеле већу одговорност. У сиромашнијим државама, најважнији извор институционалне подршке социјалној заштити и даље су породице, локалне заједнице и добротворна тела.³³

1.4. Социјални дијалог

Социјални дијалог подразумева право радника да се укључе у преговоре, разговоре и размене информација са послодавцима и државним органима по питањима у вези са радом, да бране своје интересе, да износе своје проблеме и да се укључе у изградњи социјалних и економских политика. Иако је уско повезан са гарантовањем права на раду и у вези са радом (јер захтева учешће радника и слободу удруживања, укључујући цео низ колективних права запослених и послодаваца), социјални дијалог је циљ сам по себи.

Ова компонента достојанственог рада представља средство за решавање сукоба, друштвену једнакост и ефикасно спровођење политика, као и средство којим се бране права на раду и у вези са радом и промовише запошљавање и сигурност на послу. Развијен социјални дијалог извор је стабилности на свим нивоима, од предузећа до друштва у целини. Социјални дијалог служи да оснажи слабије партнере у економији и да доведе до бољег баланса преговарачке моћи на тржишту рада. Такође, социјални дијалог је важан елемент у представничкој и партиципативној демократији.³⁴

Институционални развој социјалног дијалога у Републици Србији започет је 2004. године усвајањем Закона о социјално-економском савету. Овим законом је основан Социјално-економски савет у циљу успостављања и развоја социјалног дијалога у питањима од значаја за остваривање економских и социјалних слобода и права човека, материјалног, социјалног и економског положаја запослених и послодаваца и услова њиховог живота и рада, развоја културе преговарања, подстицања мирног решавања колективних радних спорова, развоја демократије и издавања часописа, брошура и других

³² Dharam Ghai, op.cit., p.15.

³³ Ibid.

³⁴ Dharam Ghai, op.cit., p.18.

публикација из делокруга свог рада (члан 3).³⁵ Иако је од тада постигнут одређени напредак, ефикасност трипартитног социјалног дијалога у Републици Србији и даље је ограничена, а нарочито на локалном нивоу, где је неопходно да се социјални дијалог и даље развија. Једна од кључних примедби МОП-а је да власти у Србији често не узимају у обзир коментаре социјалних партнера о економским и социјалним реформама и да Савет није систематски консултован о свим релевантним нацртима закона који, као део динамичне реформе радног законодавства, снажно утичу на социјални дијалог и колективно преговарање. МОП очекује да ће се ова ситуација зачајно побољшати до 2021. године усвајањем новог Закона о раду, као део Агенде приступања ЕУ, заједно са осталим законима који покривају ову област (Закон о штрајку, Закон о социјалном предузетништву и Закон о агенцијском запошљавању), док су поједини закони усвојени у јуну 2018. године (Закон о поједностављеном ангажовању радне снаге у сезонским пословима и Закон о изменама и допунама Закона о мирном решавању радних спорова).³⁶

Закључак

Сигуран и достојанствен рад је обавеза сваког демократског друштва. Свако има право на достојанствен рад, односно поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, заштиту на раду, правичну накнаду за рад, правну заштиту тих права, као и могућност синдикалног удруживања које укључује социјални дијалог и преговарање. Република Србија је у последњих неколико година предузела низ активности како би заокружила свој међународни оквир из области радних права и обезбедила њихову одговарајућу примену. Нажалост, најновија истраживања показују да су радна права у Србији и даље веома угрожена и да је ситуација на тржишту рада далеко од задовољавајуће. Према истраживању Међународне конфедерације синдиката из 2018. године, на светском нивоу, Република Србија се налази у групи земаља у којима се систематски крше радна права. Иако су у последњих неколико година услови на тржишту рада знатно побољшани, и даље остају структурни проблеми и демографски изазови који се морају савладати (Извештај ЕК о напретку Србије за 2019. годину). Демографски трендови су веома негативни, а нарочито забрињава иселјавање високо образоване радне снаге, као и велика разлика између стечених вештина и потражње на тржишту рада. Према показатељима на тржишту рада у 2018. години,

³⁵ Закон о социјално-економском савету, „Сл. Гласник РС“, бр. 125/2004.

³⁶ ILO, Decent Work Country Programme 2019-2022, Geneva, 2019, p. 6-7.

захваљујући снажнијем економском расту, остварени су најбољи резултати од почетка (ревидиране) анкете о радној снази 2014. године. Стопе активности и запослености биле су највише, док је незапосленост (15 и више година) опала на 12,7%. Иако је дуготрајна незапосленост и незапосленост жена и младих наставила тренд опадања, стопа активности младих је опала. Кључни изазови на тржишту рада којима се бави и Програм достојанственог рада за Републику Србију 2019-2022 су: недостатак достојанственог рада, односно тенденција умањења радних права, висока стопа незапослености и неактивност младих, генерално ниска стопа запослености са наглашеним родним јазом, неформално запошљавање и ризик од сиромаштва и социјалне искључености. Овакво стање на тржишту рада захтева одговорност, пре свега, домаћих власти који су у обавези да креирају и спроводе одговарајуће радно законодавство у складу са међународним стандардима рада, као и усвајање ефикасних политика и стратегија запошљавања заснованих на интеграцији националних економских и социјалних политика. Промоцијом ефикасних националних политика које наглашавају примарну здравствену заштиту, елементарну социјалну сигурност, писменост и основно образовање, опстанак, ослобађање од беде и ублажавање ризика преживљавања, могу се створити значајне могућности за унапређење запошљавања, као и смањење незапослености и ризика од сиромаштва. Такође, значајан допринос достојанственом раду може дати *концепт ланаца вредности*, односно приступ МОР-а за развој ланаца вредности који подразумева читав спектар активности различитих актера у циљу јачања целокупног тржишног система (предузећа, пословних односа, финансијских мрежа, функција, правила и норми, као и пословног окружења) на начин који осигурава већу корист за сиромашне од економског раста и развоја. Приступ МОР-а за развој ланаца вредности може допринети достојанственом раду стварањем једнаких могућности жена и мушкараца за продуктиван рад, повећавањем прихода, обезбеђивањем веће сигурности прихода, јачањем социјалне интеграције (нпр. кроз дијалог, чланство у пословним организацијама и корпорацијама), обезбеђивањем бољих изгледа за професионални развој (нпр. кроз учење нових вештина), побољшањем безбедности и здравља на раду (заштите на раду). Саставни део сваке стратегије достојанственог рада треба да буде промоција родне равноправности и једнаких могућности за жене и мушкарце како би се омогућило подједнако учешће и користи на тржишту рада. У овом домену је посебно важно економско оснаживање жена (већи приступ жена ресурсима, услугама и законским одредбама, као и већа моћ жена да делују на економске одлуке и сл).

*Roza Gurmešević, PhD
In Legal Sciences
rozagurmesevik@yahoo.com*

THE RIGHT OF WORKERS TO DECENT WORK IN THE LIGHT OF THE RULE OF LAW

Abstract: *The right to decent work is a basic human right and the basis for a dignified life. This universal human right is among the most vulnerable in our society which, in accordance with the principles of the rule of law, should be based on equality of the right to work, freedom of work, fair wage, humane working conditions, equal opportunities for women and men, social justice, prohibition of discrimination and prevention of harassment at work. A society in which is achieved great level of protection of human rights and freedoms is considered to be a society where the rule of law exists.*

The rise of advanced technology and automation changed all social and economic spheres of life and increasingly threatens the loss of a large percentage of jobs due to the opening of new ones, in the course of economic, political and social effects of rising unemployment and the transition process. Work environment and decent work greatly suffer the consequences of political instability, economic inequality, informal economy, increasing poverty, marginalization and discrimination, causing the enjoyment of one of the fundamental human rights - the right to fair and decent work. In such circumstances, institutions must react quickly in relation to the new generation of workers in order to bridge the gap between technological progress and workforce, respecting the concept of human rights as a good framework for assessing the result of technological innovation and protection from future abuse.

Bearing in mind that all aspects of decent work have a legal dimension, main attention in this paper will be paid to key aspects that are vital for fulfilling the economic, social and psychological functions of decent work, as well as international legal standards for decent work and their transposition into national legal system.

Key words: *decent work, labor rights, labor market, legal protection, social protection, international standards, prohibition of discrimination.*

GIFT IN CONTEMPLATION OF DEATH AS A SUBSTITUTE FOR INHERITANCE CONTRACT?

UDK:347.67(497.11)
Original Research Paper

***Abstract:** Gift in case of death is a permitted, but unnamed legal business in Serbian law, which legal nature is difficult to determine: whether it is more similar to legacy or to the inter vivos gift, stressing their diverse legal purposes and key features. On one hand, we have personally, unilaterally revocable disposition in the case of death, and on the other, two-sided inter vivos legal business unilaterally irrevocable. Hence, through the analysis of the diverse concepts of gift in case of death, we can identify the key points of approximation as well as differentiation between contractual and testamentary disposition, and different legal effects that they provide therefore. The question of determining the legal nature of the gift in case of death is of particular importance having in mind actual contractualisation of inheritance law, especially in those legal systems that does not recognise contractual disposition in case of death, as it is the case in our law. Through specification of legal nature of this treaty it would be more clear whether or not it would be possible to consider the gift in case of death as a substitute for inheritance contract (in a functional sense), since this agreement incorporates both, obligatory and hereditary features. The significance of this issue is more relevant since the specific concept of this institute is proscribed in the draft of the Civil Code of the RS, that additionally blurs the legal nature of this institute, making more difficult to determine its legal nature and legal purpose to be provided for.*

***Key words:** Gift in case of death, Legacy, Gift contract, Inheritance contract, Inter vivos disposition, Mortis causa disposition.*

* Assistant, Law Faculty, University in Kragujevac, tdjurdjic@gmail.com

Introduction

The gift in contemplation of death is a specific legal institute that has attracted the attention of the legal public since its inception, and is considered to be one among complex issues in legal doctrine with regard to inheritance law. Its legal nature has been defined diversely through its historical development, varying from a gratuitous and unilaterally revocable disposition with a view of death, to a *sui generis* modality of the gift contract (*donatio post mortem*) as it is now being prevalingly approached to in the domestic legal doctrine. This legal institute has its long tradition in Serbian Civil Law, drawing its roots from the Saint Sava's *Nomocanon*, through the Serbian Civil Code of 1844, to the contemporary days.

In the post-war period (after the Second World War), a legal vacuum was created regarding the regulation of this institute, since it hasn't been legally stipulated, neither by the inheritance law, nor by the rules of law of obligations, although there were proposals and initiatives for its reaffirmation in legal doctrine.¹ The initiative for its introduction into Serbian law was stipulated in the Draft of Civil Code of the Republic of Serbia, proposing the legal concept of this contract that substantially reflects the impact of Roman law.

The significance of the relationship between the inheritance agreement and the gift in the in contemplation of death reflects in the fact that the latter is the predecessor of the inheritance agreement in the legal genesis.² Even today, in some contemporary legal systems, it has been qualified as a type of inheritance contract, and the rules of contractual inheritance apply to it.³ For our legal system, the relation of these institutes gain more importance due to the fact that the inheritance contract is not permitted under our substantive law. Therefore arises the question whether the contract in contemplation of death could be considered as the legal substitute for inheritance contract. in the sense of its legal function?

In order for the relationship of these institutes to be thoroughly analyzed, it is necessary to give a brief historical and legal overview of their development and to point out the basic characteristics that were specific in certain stage of the development of society. A more thorough analysis of this relationship requires a comparative overview of the basic features of these institutes, as

¹ M. Konstantinović, *Obligacije i ugovori: skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (Beograd: Službeni list SRJ, 1969), str. 157.

² T. Đurđić-Milošević, „Razgraničenje ugovora o nasleđivanju od drugih pravnih poslova“, *Pravni život*, 10 (2014), str. 522; M. Stanković, *Ugovorno nasleđivanje između supružnika – doktorska disertacija* (Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, 2015), str. 35.

³ This is the case in Swiss law. Opširnije vidi M. Đurđević, „Ugovor o poklonu za slučaj smrti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1 (2011), str. 246.

well, with special referring to their legal nature, which further defines other points of their matching and delineation. Particular significance in this regard has the feature of revocability, which has been observed in its dual effect, as a matching point, or a point of differentiation in relation to the inheritance agreement, which depends on the model of the gift in contemplation of death that was taken as predominant. Finally, this doctrinal analysis has been also grounded on the normative interpretation of comparative law, with a brief look at the proposals of the Draft of Civil Code of the Republic of Serbia.

I. Historical Development of the Gift in Contemplation of Death and Inheritance Contract

If the evolution of gift in contemplation of death as legal institute has been observed, it can be concluded it has always been a frontier institution between the law of obligation and the inheritance law. Even though the different approaches to its legal nature could be met in legal theory, its hereditary aspect always prevailed, in the end.

The gift in contemplation of death (*donatio mortis causa*) appeared in the beginning of the development of classical law,⁴ when two forms of real gift were distinguished: one, with immediate transfer of property, and the other in which the transfer of property was postponed by the fulfillment of the suspensive condition, which was the earlier death of the donor (before the donee). In the first case, the donation was made upon the condition that the donor does not outlive the death threat (termination),⁵ in which case this contract had full legal effect. After the death of donor, the donee became the final owner of the donated assets being previously positioned as a “temporary” owner of transferred property. Therefore, the motive of the donor for conclusion of this contract was not to increase immediately the donee’s property for free, because the donor did not want the ownership on the donated assets to be transferred permanently on the donee, except in the case of his death.

The basic motive of the donor for making this legal transaction was the fear from a particular mortal danger - the *periculum imminens*. Therefore, he made donations because of the risk from the occurrence of his own death in which case he wants his property to belong to the donee and not to the legal heirs. This means that the full legal effect of *donation mortis causa* depended on the fulfillment of the condition that the donee outlives the donor. On the other hand, in the model of *donation mortis causa* with immediate

⁴ I. Puhan, *Rimsko pravo* (Beograd: Naučna knjiga, 1974), str. 399.

⁵ C. Zoltan, „The Law of Succession in Hungary“, *The Law of succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, Miriam Anderson, Esther Arroyo i Amayelas (eds), Barcelona, 2011, str. 189.

delivery of the subjected assets to the donee, the revocation of the contract was conditioned by the fact that donor himself outlived a particular danger or the donee. If this condition was not fulfilled,⁶ the contract could be canceled and the donor could claim a refund of the donated assets.⁷

As far as the second modality of the *donatio mortis causa* is concerned, it had been conditioned by the fact of donor's death as a suspensive condition, and was generally revocable.⁸

In its developmental, the death in contemplation of death was considered to be a frontier institute between the legacy and the contract. Afterward, it was approaching to the legacy more and more in the classical period, and finally, during the time of Justinian, it was completely equated with the legacy. Justinian's concept of the treaty exerted a significant influence on contemporary civil law and was transposed as such into the Serbian Civil Code of 1844 (Art. 568 SGZ).

II. Term and legal nature of the gift in contemplation of death

The conceptual definition of a gift in contemplation of death is determined by the legal nature of this institute, which has been diversified throughout history, due to a different social circumstances and the different legal and political purpose of its proscription, defined. The basic dilemma in legal theory concerns its legal nature that further determines its other characteristics. Therefore, the main question was whether this contract is an institute of law of obligation, i.e., the modality of gifts *inter vivos*, or an institute of inheritance law with a *mortis causa* effect; or finally, it is a legal hybrid between contract and legacy, which incorporates elements inherent to legal institutes of both inheritance and contract law character?

a. The gift in contemplation of death as *mortis causa* disposition

The gift in contemplation of death recognized in Roman law, was gratuitous and unilaterally revocable disposition with a view of death, created with the will consent of the donor and donee.⁹ The fact of the donor's death had a constitutive meaning for the full legal effect of this contract, whether it was about the threat of immediate donor's death, or anticipation of a natural death of the donor. In order for the gift in contemplation of death to be legally

⁶ D. Pantić, *Donatio mortis causa – rimsko pravo i srpsko pravo - doktorska disertacija* (Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu, 2014), str. 51, 52.

⁷ Ulpian – D. 39, 6, 29, *Ibidem*, str. 55.

⁸ C. Zoltan, *op.cit.*, str. 189.

⁹ D. Pantić, „Poklon za slučaj smrti u srpskom pravu de lege ferenda – doprinos profesora Mihaila Konstantinovića“, *Branitelj*, 1-4 (2017), str. 26.

effective, it was necessary for the donor to outlive the donee.¹⁰ If the death of donee occurs before the donor's death, the gift ceased to be valid, in the same way that with the occurrence of the legatee's death the legacy falls.

The motive for this kind of donor's disposition through *donatio mortis causa* was the same as of the testator while making testament or legacy, which was for his property not to belong to the legal heirs after his death, but to those persons who were determined as the donee, by the contract. The feature of revocation also characterized the *donatio mortis causa* of Roman law since it could be revoked by the free will of the donor, just as the legate could be revoked or altered by the free will of the testator.¹¹

Besides the approximation of these institutes in classical law, and their formal equalization in the Justinian era, the similarity between classic gift and legacy is obvious in modern law, as well. It is reflected in the same legal nature that is of obligatory character. The similarity is also reflected in the legal purpose of dispositions, which is to increase burdensome the property of the donee, i.e. of the legatee (in the first case on the burden of the donor, and in the second on the burden of the onerate).¹² Both institutes are legal grounds for singular succession, and in the case that gift in contemplation of death is considered as a *donatio mortis causa* of Roman law, then both of them have in *mortis causa* legal effect.¹³

On the other hand, a gift in contemplation of death differs from a legacy in the fact that it is bilateral legal business, while the legacy is a unilateral formal declaration of the last will.¹⁴ Therefore, the donor must have full legal capacity, while the testator, when leaving the legacy, must have the testamentary capacity. Also, the difference between these institutes is reflected in the subject of disposition, since it is broadly determined as far as legacy is concerned, and could be provided, for example, in certain sums of money, claims, debt forgiveness, etc.¹⁵

Due to the predominance of similarities and coincidences, the classic gift and the legacy are as such encompassed by the same higher gender concept, which is referred to in French law as *les liberals*, including the gift *inter vivos*,

¹⁰ D. Pantić, „Poklon za slučaj smrti u srpskom pravu de lege ferenda“, *Pravni život*, 10 (2012), str. 813.

¹¹ Ibidem.

¹² See M. Đurđević, „Ugovor o poklonu za slučaj smrti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1 (2011), str. 36.

¹³ D. Pantić, Poklon za slučaj smrti u srpskom pravu de lege ferenda, *Pravni život*, br. 10/2012, str. 813.

¹⁴ D. Pantić, „Poklon za slučaj smrti u srpskom pravu de lege ferenda – doprinos profesora Mihaila Konstantinovića“, *Branič*, 1-4 (2017), str. 15.

¹⁵ D. Đurđević, *Institucije naslednog prava* (Beograd: Službeni glasnik, 2011), str. 179.

and gratuity in general, as well as *mortis causa* gift and gratuity.¹⁶

The pre-war codification of the gift in contemplation with death in Serbian law confirms almost complete equation *donation mortis causa* with the legacy. Specifically, the Serbian Civil Code of 1884. provides that a gift in contemplation with death would be considered as legacy and be judged accordingly.¹⁷ In favor of their equation speaks some doctrinal interpretation of the proposed solution regarding *donatio mortis causa* in the Draft of Civil Code of RS.¹⁸ Specifically, due to the proscribed possibility of unilaterally termination of the gift contract by a free will of donor, it is considered to be more similar to the legacy.¹⁹

b. Gift in contemplation of death as a classic gift contract

Gift in the case of death has been predominantly considered in domestic legal doctrine as a modality of the *inter vivos* gift contract.²⁰ It is about „the contract created by consent of the donee and the donor, where the delivery of the object of the gift is postponed until the death of the donor.”²¹ The legal feature of a death gift contract that reflects its contractual legal nature is its bilateral character. Like any contract, it is created by the consent of the parties (the donor and the donee) as a contracting parties who are bounded by the contract from the moment of reaching the consent.²² It is a gratuities, one-sided binding, formal legal work. The cause of this legal transaction as well as the gift contract is the *animus donandi*-intention of gratuitous giving.

The main difference from a classic gift contract, as an *inter vivos* legal job, is that the effect of the gift contract in the contemplation of death is postponed until the moment of the donor's death.²³ It is a special agreement which subject will be handed over to the donor after the donor's death.

¹⁶ M. Đurđević, *Ugovor o poklonu* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012), str. 36, fusnota 100.

¹⁷ § 568. Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju – Objasnjen odlukama kasacionog suda u Beogradu, ur. I. Peković (Beograd : 1939),

¹⁸ Vidi čl. 818. *Nacrta Građanskog zakonika RS*, Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Beograd, 2015.

¹⁹ D. Pantić, „Poklon za slučaj smrti u srpskom pravu de lege ferenda – doprinos profesora Mihaila Konstantinovića“, *Branich*, 1-4 (2017), str. 17.

²⁰ M. Đurđević, „Ugovor o poklonu za slučaj smrti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1 (2011), str. 249.

²¹ D. Pantić, „Poklon za slučaj smrti u srpskom pravu de lege ferenda – doprinos profesora Mihaila Konstantinovića“, *Branich*, 1-4 (2017), str. 26.

²² M. Đurđević, *Ugovor o poklonu* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012), str. 44.

²³ Starting from the legal nature of the gift, the act of making the contract and the act of its execution are necessarily separated as far as this contract is concerned, Klarić, P., Verdiš, M., *Građansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2009, str. 510.

Therefore, it is considered to be in domestic legal doctrine as a modality of the gift contract *inter vivos*, ie. *post-mortem donatio*.²⁴²⁵ Therefore, it is governed by the contractual rules applicable to the classic gift, including those applicable to the cancellation.²⁶ Therefore, the principles of the irrevocability of the contract generally applies, except in the cases where the classic gift can also be revoked due to the law (in the case of the own impoverishment and ingratitude of the donee).²⁷

While by the conclusion of this contract the obligatory relationship between the donor and the donee has been constituted, the donor as a creditor has the right to claim under this contract after the death of the donor, not just a simple hope or expectation, as it is the case in a will or legacy.²⁸ As the fact of the donee's survival of the donor is not essential for the gift in contemplation of death understood as a post-mortem donation (as opposed to a *donation mortis causa* of Roman law), in the case of the death of the donee before the donor, the right to claim under the contract passes to the heirs of the donor.²⁹

c. **Gift in contemplation of death as inheritance agreement**

There is an understanding that the gift in contemplation of death is a predecessor to the inheritance agreement between the spouses. Namely, when Roman civil law prohibited the making of ordinary gifts between spouses, the spouses began to conclude *donatio mortis causa* in the same way and under the same conditions as other persons, so the Romans began to consider the death gift as a mean of acquiring inheritance understood in a broad sense.³⁰ At the end of the last century in French legal doctrine was taken the view that in Roman law, in the absence of proper inheritance contracts, the objective of contractual inheritance could be achieved through *donatio mortis causa*, if

²⁴ M. Đurđević, „Ugovor o poklonu za slučaj smrti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1 (2011), str. 249.

²⁵ Special contractual bargain that the thing or rights transferred to the donor at the moment of the donor's death has the character of a suspensive term of indefinite duration; vidi S. Mihajlović, „Darovanje za slučaj smrti“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine*, 7-8 (1977), str. 44; Isto tako: M. Đurđević, „Ugovor o poklonu za slučaj smrti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1 (2011), str. 250; According to others, this bargain has the character of a suspensive condition (D. Pantić, *Donatio mortis causa – rimsko pravo i srpsko pravo - doktorska disertacija* (Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu, 2014), str.313.

²⁶ M. Đurđević, *Ugovor o poklonu* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012), str. 45.

²⁷ Ibidem.

²⁸ M. Đurđević, „Ugovor o poklonu za slučaj smrti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1 (2011), str. 249.

²⁹ B. Vizner, *Građansko pravo [u teoriji i praksi]* (Beograd: Službeni list, 1962), str.1109.

³⁰ M. Stanković, *Ugovorno nasleđivanje između supružnika – doktorska disertacija* (Beograd: Pravni fakultet u Beogradu, 2015), str. 35.

irrevocability of gifts was arranged.³¹

In case law may also find conflicting views on the relationship between the two institutes. Namely, every gift contract in contemplation of death is in substance a contract of disposition with the property that would represent the donor's legacy at the moment of his death, so if the legal effect to this contract were recognized, then an imperative order of Art. 108 ZON. would be played out in each case."³² Interpreted as such as the gift in contemplation of death approximates to the inheritance agreement. The opposite view can be found in the case law according to which the gift in contemplation of death may not be equated with the contract of inheritance as a legal business *mortis causa*, since it represents a legal business *inter vivos* whose legal effect is postponed until the moment of the death of the donor, that is permitted institute in our law.³³

In certain legal systems in modern law, in those systems where the contractual estate planning is permitted and in those where it is prohibited, the gift in contemplation of death is considered as *mortis causa* contract. Thus, in Swiss law, where contractual *mortis causa* disposition is allowed the rules governing the contract of inheritance apply to the gift in contemplation of death.³⁴ On the other hand, in French law, the gift in contemplation of death is not permitted, since it is considered to be an inheritance contract that falls under the prohibition on the consensual disposal of future inheritance proclaimed in French law.

What is certain is that the substantive assumption of the creation of a gift in contemplation of death are common with those proscribed with the validity of the inheritance agreement, since these are the basic assumptions of the validity of a classic contract, in general. As a basic substantive legal assumption when concluding these contracts, the legal capacity of the parties is foreseen. There are also similarities in terms of form, since both contracts are made in the form of a public deed.³⁵

What is crucial in comparative overview of these institutes is the significance of the fact of death for these legal businesses, which determines both their legal nature and legal effects (*inter vivos or mortis causa*).³⁶ If

³¹ M. Peter, *Etude sur le pacte successoral - these de doctorat* (Geneve: Universite de Geneve, 1897), str. 14, fn 2.

³² Zbornik sudske prakse, 1971, br. 2-3, str. 121, navedeno prema Pantić... str. 333.

³³ Vrhovni sud Hrvatske GŽ.br. 281/67, Zbirka sudskih odluka, knjiga 12, sveska 1, br. 17., str. 38, (navedeno prema D. Pantić, *Donatio mortis causa – rimsko pravo i srpsko pravo - dotorska disertacija* (Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu, 2014), str. 334).

³⁴ M. Đurđević, „Ugovor o poklonu za slučaj smrti“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1 (2011), str. 42.

³⁵ See Nataša Stojanović, „Zašto je ugovor o nasleđivanju zabranjen u našem pravu“, *Pravni život*, 10 (2003), str. 167, 168.

³⁶ C. Zoltan, „The Law of Succession in Hungary“, in *The Law of succession: Testamentary*

starting point would have been that the fact of the donor's death in *donatio mortis causa* has a constitutive significance for its legal effect (thus, *donatio mortis causa* of Roman law), then overlapping with the inheritance agreement will be certain, since in both cases it is about contracts that produce their legal effects at the moment of death (of contractual testator or donor). Namely, in both cases a dispositive disposes because of death (in one case the death of the donor, in the other contractual testator). Therefore, the purpose of disposal or the cause is the distribution of property in case of death.³⁷

In order for the *donatio mortis causa* to provide a legal effect, it is necessary for the donee to outlive the donor. In inheritance contract, the contracting heir acquires the rights under this agreement at the moment of the death of the contracting testator. The difference, however, between these two contracts reflects in the fact that the moment of death forms the ground of universal succession, while *donatio mortis causa* constitute the basis not for universal, but for singular succession, so in this sense it is more similar to the contractual legacy than to the contract of inheritance.³⁸

Both institutes are bilateral legal businesses, but *donatio mortis causa* is always of gratuitous nature, while the contract of inheritance can be concluded as a onerous legal business, as well. It can be unilaterally binded, as *donatio mortis causa*, but also bilaterally binding legal business.

The subject of a *donatio mortis causa*, as in the case of a succession contract, besides the existing assets may be the future assets as well, i. e. the assets whose formation is expected at the moment of fulfillment of the contractual obligation.³⁹ As far as inheritance contract is concerned, the subject of disposition are the rights and assets (both existing and the future one), that are going to be found in the property of contractual testator at the moment of his death constituting the legacy. In this respect, the correlation with the subject of the inheritance agreement is obvious. The difference is that the subject of the gift, and a gift in contemplation of death, may only be one or more specific assets and rights from the donor's property, but not the property as a whole, as it is the case with inheritance agreement.⁴⁰ Therefore,

Freedom, European Perspectives, ed. by Esther Arroyo and Miriam Anderson (Barcelona, 2011), p. 189.

³⁷ About mortis causa legal business see: B Vizner, *Građansko pravo u teoriji i praksi - knj. I* (Osijek: 1966), str. 177.

³⁸ Oposite: C. Zoltan, „The Law of Succession in Hungary“, in *The Law of succession: Testamentary Freedom, European Perspectives*, ed. by Esther Arroyo and Miriam Anderson (Barcelona: 2011), str. 189.

³⁹ M. Konstantinović, *Obligaciono pravo - Posebni deo, prema beleškama sa predavanja* (Beograd: Savez studenata Pravnog fakulteta, 1959), str.3.

⁴⁰ M. Đurđević, *Ugovor o poklonu* (Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012), str. 38.

the matching of the the gift in contemplation of death with the contractual legacy is more evident, since the object of contractual legacy may only be precisely specified rights from the assets.

III. Cancellation as a criterion in determining the legal nature of contract in contemplation of death

Revocation is the main point of demarcation between the gift *mortis causa*, and the gift *inter vivos*, and was considered as the point of distinction between these institutes even in post-classical Roman law.⁴¹ Namely, irrevocability was considered as a basic feature of the gift contract, which was also proscribed by the Serbian Civil Code (Article 566).⁴² and this analogy also applied to the gift in contemplation of death. On the other hand, *donatio mortis causa* of Roman law was a revocable legal business, in accordance with its *mortis causa* effect and with the purpose for which it was proscribed, that is to dispose of property in the case of mortal danger. Although later in post-war law, this legal business was referred to in the doctrine more to contract law, according to Professor Konstantinovic it retained the feature of revocability, thus departing from the basic rules of contract law regarding the revocation of contracts.⁴³ By this approach the specificity of this institute was emphasized, that reflects in combination of both components of hereditary and obligatory nature, which makes this contract more similar to the inheritance agreement.

The decision in the RS Civil Code also confirms the bivalent legal nature of the death gift contract inherent in *donatio mortis causa* of Roman law, anticipating the cancellation of this legal work and moving it away from the basic contractual concept of gift *inter vivos*.

Revocation is the key point of demarcation between the gift in contemplation of death understood as *donatio mortis causa* of Roman law and the contract of succession, i.e. the contractual legacy.⁴⁴ Namely, the *donatio mortis cause* as such is typically revocable legal transaction, while the contractual legacy is, in principle, irrevocable, except in cases provided by law, and unless otherwise provided by the contracting parties. Although it is

⁴¹ V. Radovčić, Razvitak i pravna problematika darovanja - doktorska disertacija (Zagreb: Pravni fakultet, 1979), str. 150.

⁴² „Whoever makes a gift can no longer take it back except for special cases”

⁴³ “The donor may terminate the gift in contemplation of death on his own will, and the disposal of the object of the gift subsequently before the legal or the death legal transaction, was also considered termination of the contract.” čl. 522 st. 2 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima (Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori: skica za zakonik o obligacijama i ugovorima* (Beograd: Službeni list SRJ, 1969).

⁴⁴ T. Đurđić Milošević, *Ograničenje slobode zaveštajnih raspolaganja - doktorska disertacija* (Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2018), str. 358, 359.

about the disposition in contemplation of death which hereditary character is primary, it is irrevocable as such due to its concurrent contractual nature. As far as gift in contemplation of death is concerned, revocation is its key feature, even though it is of contractual nature as well. Overall conclusion is that these legal businesses that combine both hereditary and obligatory elements are *sui generis*.⁴⁵

Conclusion

The legal significance of the fact of death and the revocation feature are key determinants in qualifying a contract as an inheritance contract. With this regard, it is possible to determine through the legal analyze of a gift in contemplation of death whether and to which extent it is inherent to the contract of inheritance? This issue is of particular importance in those legal systems that do not allow the inheritance contract, as is the case with our law.

What undoubtedly derives from the name of this legal transaction is that it is a contractual disposition, which presupposes the consent of the will of the two parties and the legal capacity for valid conclusion of this contract. Thus, in this segment its' obligatory legal nature cannot be disputed. If the concept of the irrevocability of this contract predominates, than the obligatory character of this contract would be upheld, and by its nature it would represent the modality of the *inter vivos* gift contract. On the other hand, if it is assumed that the revocability is its fundamental element, this contract would be directly opposed to the principle of irrevocability of the gifts, which would call into question its qualification as a contract of obligation and the demarcation line between *inter vivos* legal business and *mortisa causa* dispositions, as well.

However, the following question arises: how much (ir)revocability of a legal transaction could be taken as a criterion for classifying a contract as obligatory or hereditary, since new modalities of property disposition combining both hereditary and obligatory components, arise.

Proposed solutions of *donatio mortis causa* in the Draft of Civil Code of Republic of Serbia, just confirms its bivalent legal nature, whether this provision is interpreted in a way that this contract is revocable in general, or just in the case when donor survives the donee (since this provision is not clearly formulated).

What is crucial in opting for a specific legal solution in proscribing gift in contemplation of death *de lege ferenda* is the legal purpose and the legal and political goal that the legislator seeks to achieve, thereby. Therefore, the it should be pricisly determined wether this contract would be similar to *donatio*

⁴⁵ For inheritance contract see: D. Leipold, *Erbrecht* (Tübingen :2002), str. 178.

mortis causa of Roman law, or *donatio post mortem*, as a modality of *inter vivos* gift whose effect has been postponed until the moment of the death of the donor? The answer to this question would further determine whether the gift in contemplation of death could be considered as a substitute for a succession contract, i. e. contractual legacy.

U SUSRET GRAĐANSKOM ZAKONIKU CRNE GORE

UDK:340.134:347(497.16)
Original Research Paper

Apstrakt: *Vladina Komisija početkom 2018. godine započela je izradu Građanskog zakonika Crne Gore koji bi trebalo da bude završen za šest godina. Crna Gora, iako ima kodifikatorsku tradiciju, nikada nije imala cjelovit Građanski zakonik, pa je to bio razlog više da se pridruži procesu „rekodifikacije“, koji se odvija u brojnim evropskim i vanevropskim državama. Komisija se opredijelila za pandektnu sistematiku, koja je dominantna u novijoj kodifikatorskoj praksi, zastupljena u našoj pravnoj teoriji, dosadašnjem parcijalnom regulisanju građanskopravne oblasti, kao i u univerzitetskoj nastavi. Odvojeno će se regulisati prava ličnosti, što će biti novina u kodifikacijama građanskog prava. To bi bilo odstupanje od klasične pandektne sistematike, s obzirom na to da bi sa ovakvom strukturom Građanski zakonik Crne Gore imao šestodijelnu diobu.*

Odvojenim regulisanjem prava ličnosti obogatio bi se sistem Građanskog zakonika. Lična prava stekla su puni legitimitet da se nađu u strukturi građanske kodifikacije. Biće to značajan doprinos našoj pravnoj kulturi i podizanju nivoa poznavanja ličnih prava. Ličnim pravima u kodifikacijama tradicionalno nije pridavana potrebna pažnja, ona su najčešće rasuta u posebnim zakonima i bila su ignorisana i zapostavljena u odnosu na imovinska prava. Dogma o isključivo imovinskim cjelinama Građanskog zakonika mora biti napuštena. Prema zaključku Komisije za kodifikaciju Građanski zakonik Crne Gore imaće još dvije specifičnosti: 1) Preambulu u kojoj će se naznačiti osnovni ciljevi i vrijednosti koje promoviše Građanski zakonik i 2) Uvodni dio Građanskog zakonika, iako je to rijetko u kodifikatorskoj praksi, posebno u zakonima koji su strukturirani po principu od opšteg ka posebnom, od apstraktnijeg ka konkretnijem.

Ključne riječi: *Građanski zakonik.- Struktura.- Opšti dio.-Lična prava.*

* Saradnik u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore

UVOD

Donošenjem Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru, u eri kodifikacija 19. vijeka, Crna Gora je stala u red zemalja sa prepoznatljivim građanskim zakonikom. Ta originalna kodifikatorska tvorevina djelo je poznatog pravnika, sociologa, etnologa i historičara prava Valtazara Bogišića. Crnogorska kodifikacija je, prema teorijskim stavovima njenog tvorca, iz svog sadržaja izostavila tzv. „familijarna prava“. On je svoj zakonik, imenom i sadržajem označio kao imovinski, a ne kao građanski.¹ Ova originalna kodifikacija dala je značajni doprinos razvoju pravne svijesti i pravne kulture u Crnoj Gori, a zbog jedinstvenog metoda pripreme, specifičnog sadržaja i jezičnih i stilskih kvaliteta često je uporednopravno konsultovana.

Iako Crna Gora ima kodifikatorsku tradiciju, u svom pravnom sistemu nikada nije imala Građanski zakonik kao jedinstvenu kodifikaciju stvarnog, obligacionog, porodičnog i nasljednog prava. Upravo 2018. godine kada se obilježavala 130-ta godišnjica OIZ-a, Vlada Crne Gore, polazeći od višestruke prednosti jedinstvene kodifikacije, donijela je odluku o formiranju Komisije za izradu Građanskog zakonika sa opredjeljenjem da svoj rad završi za šest godina.

STRUKTURA GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Materija građanskog prava *de lege lata* regulisana je parcijalno, odvojenim zakonima, i to: Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima,² Zakonom o obligacionim odnosima,³ Porodičnim zakonom⁴ i Zakonom o nasljeđivanju.⁵ Ovi zakoni odražavaju kontinuitet sa ranijim zakonodavstvom u ovoj oblasti. Reformisani naprednim rješenjima primjerenim društvenim odnosima u Crnoj Gori, ovi zakoni u pravnoj teoriji i sudskoj praksi ocijenjeni su kao dobri zakonski tekstovi.

Međutim, nedostaci parcijalnog regulisanja određenih društvenih odnosa odvojenim zakonima koji nijesu potpuno usklađeni i terminološki ujednačeni mogu se *de lege ferenda* otkloniti jedino donošenjem jedinstvene kodifikacije građanskog prava. Pored toga, treba imati u vidu prednosti Građanske kodifikacije, a naročito: konstituisanje opštih pravnih normi koje

¹ Korać, V., *Codification Tradition and New Civil Code of Montenegro*, Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, Novi Sad 2019 (izlaganje na konferenciji).

² *Sl. list CG*, br. 19/2009

³ *Sl. list CG*, br. 47/2008, 4/2011, 22/2017.

⁴ *Sl. list RCG*, br. 1/2007 i *Sl. list CG*, br. 53/2016

⁵ *Sl. list CG*, br. 74/2008 i 75/2017 - odluka US.

važe za sve djelove, pristupačnost i lakša preglednost rješenja, uklanjanje postojećih nejasnoća, praznina, ponavljanja i protivuriječnosti.⁶ Donošenjem jedinstvenog Zakonika doprinjeće se povećanju pravne sigurnosti kao glavnog atributa vladavine prava i udovoljiti zahtjevima sudske prakse za potpunošću i usklađenošću regulisanja građanskopravne materije u jednom zakoniku. To je prilika da se iznova vrednuju, analiziraju i kritički sagledaju pozitivnopravna rješenja u svim djelovima porodice građanskih prava. Takođe, kroz cjelovito regulisanje usaglasice se građanskopravni odnosi sa pravnom tekovinom EU, ratifikovanim međunarodnim konvencijama i praksom Evropskog suda za ljudska prava.

Crna Gora se tako ovim zakonodavnim poduhvatom našla u tzv. eri rekodifikacije, nakon perioda dekodifikacije.⁷ Tako, sa jedne strane imamo zemlje sa kodifikatorskom tradicijom koje su potpuno ili djelimično izmjenile svoje zakone. A sa druge strane imamo zemlje koje sredinom 20 vijeka nijesu imale građanske zakonike, ali su ih donijele posljednjih godina kao način da se prilagode tržišnoj ekonomiji, da ratifikuju nacionalni identitet ili prosto da unaprijede kvalitet izraza svog pravnog sistema. U posljednjih pola vijeka donijeto je više od 50 novih Zakonika.⁸ Danas je živa kodifikatorska aktivnost u zemljama EU i van nje. Naša potreba za donošenjem GZ našla se u sred evropskog trenda o usaglašavanju i unifikaciji.

Komisija za izradu Građanskog zakonika Crne Gore utvrdila je koncepciju i metod rada. Iz radnih materijala vidi se da se opredjelila za pandektnu sistematiku, koja je dominantna u novijoj kodifikatorskoj praksi, zastupljena u našoj pravnoj teoriji, dosadašnjem parcijalnom regulisanju građanskopravne oblasti, kao i u univerzitetskoj nastavi. Ovaj kodifikatorski pristup, kao što je poznato, podrazumijeva petornu diobu građanskog prava: opšti dio, stvarno pravo, obligaciono pravo, porodično pravo i nasljedno pravo.

Prema opredjeljenju Komisije GZ imaće tri specifičnosti, koje će ga razlikovati od ostalih kodifikacija:⁹

1) GZ imaće Preambulu u kojoj će podsjetiti na pravnu tradiciju OIZ-a,

⁶ Uporedi Reinhard Zimmermann, *Codification – The Civilian Experience Reconsidered on the Eve of a Common European Sales Law*, *European Review of Contract Law (ERCL)*, Vol. 8, No. 4, 2012 str. 372-373.

⁷ María Luisa Murillo, *The Evolution of Codification in the Civil Law Legal Systems: Towards Decodification and Recodification*, *Journal of Transnational Law and Policy*, 11/2001, str. 172 i d.

⁸ Vidi Julio César Rivera, *The Scope and Structure of Civil Codes. Relations with Commercial Law, Family Law, Consumer Law and Private International Law. A Comparative Approach*, u: Julio César Rivera (ed.), *The Scope and Structure of Civil Codes*, Springer, 2013, str. 17 i pozivanje.

⁹ Korać, V., *Codification Tradition and New Civil Code of Montenegro*, Conference Legal Tradition and New Legal Challenges, Novi Sad 2019 (izlaganje na konferenciji).

pozvati na koncepcijsko opredjeljenje, naznačiti osnovne ciljeve vrijednosti koje promoviše GZ, izraziti njegov *raison d'être*, pozvati se na odgovarajuće ustavne principe i relevantne međunarodne opšte akte. Ne ulazeći ovom prilikom u pravnu prirodu preambule, koja je inače sporna, ona će poput akata sa najvišim pravnim autoritetom, kao dio koji prethodi građanskom zakoniku imati pravno značenje i pomoći tumačenju odredaba kodifikacije, a praktikuju je i opšti međunarodni akti.¹⁰

2) Građanski zakonik trebalo bi da sadrži i *Uvodni dio* (ne *Uvodne odredbe* ili *Osnovne odredbe*), iako je to rijetko u kodifikatorskoj praksi, posebno u zakonima koji su strukturirani po principu od opšteg ka posebnom, od apstraktnijeg ka konkretnijem.¹¹ Uvodni dio, saglasno njegovoj prirodi i ulozi, trebalo bi da sadrži odredbe o predmetu regulisanja, popunjavanju pravnih praznina, pravilima tumačenja,¹² zabrani retroaktivnosti, eventualno i neka načela (principe) građanskopravnih odnosa (*lex specialis derogat legi generali, lex posterior derogat legi priori*). Iako je Ustavom (čl.147) zabranjeno povratno dejstvo zakona i drugih propisa, ovim Zakonikom trebalo bi razraditi ovaj princip, razgraničiti svršene situacije i situacije u toku, odnosno reetroaktivnost i retrospektivnost.¹³ Uvodnim dijelom, koji čine meta norme (norme o normama GZ),¹⁴ jasnije bi se izdiferencirale odredbe Zakonika koje spadaju u *Opšti dio*, ukazalo na međusobno razlikovanje odredaba i doprinijelo koherentnosti opštih pravila koja se odnose na subjekte građanskopravnih odnosa i njihove pravne poslove.

3) Posebno regulisanje ličnih prava. Komisija je jedinstvena u opredjeljenju da se Građanskim zakonikom cjelovito regulišu i prava ličnosti kao vrstu subjektivnih građanskih prava, tako da *Posebni dio* građanskog zakonika, pored stvarnog, obligacionog, porodičnog i nasljednog prava, obuhvati i prava ličnosti. To bi bilo odstupanje od klasične pandektne sistematike, s obzirom na to da bi sa ovakvom strukturom Građanski zakonik Crne Gore imao šestodjelnu diobu. Odvojenim regulisanjem prava ličnosti obogatio bi se sistem Građanskog zakonika.¹⁵ Lična prava su stekla puni

¹⁰ Vidi Orgad, L., *The preamble in constitutional interpretation*, International Journal of Constitutional Law, Vol. 8, 4/ 2010, str. 722 i d.

¹¹ Vodinelić, V., *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti dio građanskog prava*, Beograd, 2012, str. 94.

¹² Uopredi Simon, T., *Inhalt und rechtspolitische Bedeutung der „Einleitung“ des ABGB im Kontext der Kodifikationsgesetzgebung des frühen 19. Jahrhunderts*, u: 200 Jahre ABGB : (1811 - 2011) ; die österreichische Kodifikation im internationalen Kontext, 2012, str. 51 i d.

¹³ Vidi za njemačko pravo Eickelmann, S., *Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Tübingen, 2017.

¹⁴ Vodinelić, V., *op.cit.*, str. 25.

¹⁵ Vidi Liming Wang, *The Systematization of the Chinese Civil Code*, u: (ed.) Lei Chen, C.H. (Remco) van Rhee, *Towards a Chinese Civil Code, Comparative and Historical Perspectives*,

legitimitet da se nađu u strukturi Građanskog zakonika. Biće to značajan doprinos našoj pravnoj kulturi i podizanju niva poznavanja ličnih prava. Ovakvo opredjeljenje izraz je i odraz modernog koncepta načina regulisanja i zaštite prava ličnosti. To su prava koja su direktno i neraskidivo povezana sa čovjekom, organizacijom kao pravnim licem ili životinjom.¹⁶

Ličnim pravima u kodifikacijama tradicionalno nije pridavana potrebna pažnja, ona su najčešće rasuta u posebnim zakonima i bila su ignorisana i zapostavljena u odnosu na imovinska prava (tradicionalni fenomen: „imovina prije ličnosti“).¹⁷ Dogma o isključivo imovinskim cjelinama građanskog zakonika mora biti napuštena. Kao što svaki subjekt prava ima imovinu, tako svako fizičko i pravno lice ima i lična dobra. Ili kako neki kažu, svako ima: jednu „imovinsku imovinu“ i drugu „neimovinsku imovinu“.¹⁸ Smatra se da su prava ličnosti, kao neodvojivi dio građanskog prava, danas kvantitativno uvećana za najmanje jednu trećinu.

Kodifikacija je prilika da se prava ličnosti kao subjektivna građanska prava na ličnim dobrima cjelovito uredi, grupišu i sistematizuju prema određenim zajedničkim karakteristikama. Potrebno je da ona budu sabrana, s obzirom da su sada regulisana različitim zakonskim propisima, i da se uredi pravila o sticanju, izvršavanju i građanskopravnoj zaštiti ličnih prava.¹⁹ Pri tome treba poći od Evropske Konvencije o ljudskim pravima, Povelje Evropske unije o osnovnim pravima koja prve članove posvećuje zaštiti ličnih prava i Ustava Crne Gore.

SADRŽINA OPŠTEG DIJELA

Pitanje sadržine opšteg dijela građanskog zakonika se iznova postavlja pred svakog redaktora građanske kodifikacije.²⁰ Polazeći od učenja škole pojmovne jurisprudencije i istorijskoppravne škole, rasprave o opštem dijelu bile su aktuelne u vrijeme donošenja velikih građanskih kodifikacija, prilikom pripremanja Evropskog građanskog zakonika, kao i danas.²¹ Opšti dio ima posebno značenje za građansku kodifikaciju, pogotovo što mu do sada nije poklanjana posebna pažnja, s obzirom na to da Crne Gora nikada nije imala

Lieden/Boston, 2012, str. 25.

¹⁶ Vodinelić, V., *Prava ličnosti*, Jugoslovenski pregled, br. 11/1983, str. 444.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Radolović, A., *Pravo osobnosti u novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1/2006, str. 133.

¹⁹ Opširnije Gavella, N., *Osobna prava*, I. Dio, Zagreb, 2000.

²⁰ Krulj, V., *Mesto i karakter uvodnog dela Građanskog zakonika*, u: Mesto civilnog kodeksa u sistemu našeg prava – Beograd, Institut za uporedno pravo, 1969, str. 1-12.

²¹ Kovačević-Kuštrimović, R., Lazić, M., *Građanski zakonik Srbije i pravo Evropske unije*, Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Zbornik radova, Niš, 2008, str. 26.

jedinstven građanski zakonik. Kao što je poznato, građanskopravna materija koja ulazi u Posebni dio građanskog zakonika kodifikovana je posebnim zakonima (ZOO, ZSPO, PZ, ZN), ali to ne znači da oni u kodifikaciji treba da budu mehanički spoj njihovog sadržaja. Cilj je da se sačini jasno strukturirana i konzistentna cjelina pravnih pravila i principa građanskog prava, koja će omogućiti unutrašnju povezanost posebnih djelova i stvoriti okvir za dalji teorijski, praktični i zakonodavni razvoj.

U Opštem dijelu treba „kao ispred zgrade“ izdvojiti institute i principe koji su zajednički za sve djelove Posebnog dijela Građanskog zakonika. Pri tome treba voditi računa o nezaustavljivom procesu „evropeizacije“ privatnog prava i potrebi da i odredbe ovog dijela Građanskog zakonika budu usklađene sa pravnom tekovinom Evropske unije i usvojenim standardima međunarodnog prava. I obaveznost sudske prakse Suda u Strazburu šalje poruku o prihvatanju standarda stvorenih tumačenjem Konvencije o zaštiti ljudskih prava i sloboda.

Prema usaglašenom mišljenju Komisije *Opšti dio* GZ trebao bi biti podijeljen na djelove: opšta načela, subjekti prava, objekti prava, imovina, pravni poslovi, zastupništvo i zaštita građanskih prava.

Opšta načela.

To su načela sa najvišim nivoom opštosti, ona se odnose na sve djelove građanskog zakonika. Svaki posebni dio Kodifikacije (stvarno pravo, obligaciono pravo, porodično pravo, nasljedno pravo i prava ličnosti) imaće načela koja se odnose samo na taj dio. Zakonik bi trebalo da sadrži tri opšta načela: načeo autonomije volje, načelo savjesnosti i poštenja i načelo zabrane zloupotrebe prava.

Subjekti prava.

Metodološki odredbe o subjektima prava dolaze na prvo mjesto kodifikacije građanskog prava, odmah nakon *Uvodnog dijela*, odnosno opštih načela Građanskog zakonika. To je slučaj u svim kodifikacijama, bez obzira na to da li koriste institucionalnu ili pandektnu sistematiku. U pozitivnom zakonodavstvu Crne Gore odredbe o subjektima prava i njihovim svojstvima sadržane su u više zakonskih tekstova (Porodični zakon, Zakon o obligacionim odnosima, Zakon o privrednim društvima, Zakon o nevladinim organizacijama, u zakonodavstvo o obrazovanju, zdravstvu, sportu i dr.), pa je kodifikacija prilika da se odredbe o tome u neophodnoj mjeri objedine u okviru Opšteg dijela.

Odredbe o subjektima prava u Zakoniku treba da sadrže određenje da su to fizička i pravna lica i da definišu njihova osnovna svojstva: pravnu

sposobnost, poslovnu sposobnost i deliktну sposobnost. Posebno treba precizirati nastanak, obim i prestanak ovih svojstava, kako za fizička tako i za pravna lica.

Potrebno je precizirati pravni položaj *nasciturusa*, odnosno opredijeliti se da li zadržati njegova prava samo u nasljednom ili u svim oblastima prava. Drugim riječima da li se taj uslovni subjektivitet začetog djeteta priznaje samo za nasljeđivanje prava i obaveza, kao što je sada, ili i za ostala sticanja imovinskih prava, po drugim osnovima (ugovorom, deliktom, jednostranom izjavom). *Nasciturus* – pravni subjekt u nastajanju ima bezuslovnu sposobnost, prava očekivanja koja se za njega rezervišu. On nema imovinu nego pravo da očekuje sticanje imovine. Ako se začeto dijete živo rodi *ex lege* stiče pravo koje je za njega bilo rezervisano. U periodu između začeca i rođenja nastao je osnov pravnog sticanja (testament, zakonsko nasljeđivanje, prenatalna šteta). Fikciju ili uslovnu pravnu sposobnost *nasciturusa* treba priznati „kad je god riječ o kakvu pravu koje bi dijete imalo, da je rođeno“ (čl. 956 OIZ).

Treba raspraviti da li priznati uslovu pravnu sposobnost još nezačetom djetetu (*nondum conceptus*), kako to čine npr. njemačko i švajcarsko pravo. Da li dozvoliti da se budućem još nezačetom potomku, koji se može identifikovati imenovanjem budućih roditelja, rezervišu određena imovinska prava, kad je u konkretnom slučaju ostaviocu važnije, preče da imovina pripadne njemu, a ne nekom udaljenom srodniku ili državi.

Pitanje dobija na značaju razvojem metoda asistirane reproduktivne tehnologije kojima se utiče na kontrolu rođenja i začeca novog života. Iako *nondum conceptus* nije pravni subjekt on je kao čovjek u nastajanju neraskidivo povezan sa budućim licem koje rođenjem dobija pravni subjektivitet. Sporna prava i etička pitanja ne treba da budu smetnja da zakonodavac prizna *nondum conceptus*-u ograničenu pravnu sposobnost. Nije nužno da *nondum conceptus* ikada bude začet i rođen da bi mu bila priznata prava zaštita. Nesporno je da do oštećenja može doći prije začeca djeteta, što pravo ne može zanemariti. U teoriji se smatra da zaštita eventualnih povreda prije začeca znači u stvari zaštitu djeteta koje će se roditi. Treba garantovati zaštitu kad dođe do genetskog oštećenja djeteta usljed prenosivih bolesti roditelja, a izostane prekid trudnoće. Povreda može nastati zato što je dijete uopšte začeto, odnosno rođeno. Tu se otvara pitanje tužbe zbog neželjenog rođenja (s retroaktivnim djelovanjem) i pitanje anticipiranog ljudskog dostojanstva. U teoriji se smatra da *nondum conceptus*, iako nije subjekt prava, predstavlja očekivanje ljudskog bića i pravni poredak treba da obezbijedi zaštitu interesa subjekta u nastajanju.²²

U ovom dijelu Zakonika treba unijeti i odredbe o komorijentima. Pošto

²² Simić, J., *Pravni problemi definisanja polja pravne zaštite nondum conceptus-a*, Strani pravni život, br. 3/2018, str. 38.

u našem pravu nema odredbe o komorijentima (više lica izgubilo živote pod okolnostima koje onemogućavaju da se utvrdi redosljed smrti), a između njih postoji odnos (brak, srodstvo, vanbračna veza) na koji se primjenjuju nasljednopravne norme, treba propisati pretpostavku o njihovoj istovremenoj smrti.²³

Kad je riječ o poslovnoj sposobnosti fizičkih lica treba naglasiti da je Porodičnim zakonom učinjen iskorak u pravcu postupnosti sticanja poslovne sposobnosti, širenje prema uzrastu i povećanje broja poslova koje djeca mogu samostalno preduzimati. Treba predložiti odredbe o daljem unapređenju rješenja o poslovnoj sposobnosti djece, imajući u vidu različita uporedna iskustva.²⁴ Posebne (vrste) poslovne sposobnosti maloljetnika, koje se stiču nakon određenog uzrasta (10-16 godina), a neke i uz sposobnost za rasuđivanje treba regulisati u posebnim djelovima Kodifikacije, kao i u posebnim zakonima (testamentarna sposobnost, radna sposobnost, davanje izjave o priznanju očinstva, davanje izjave za sticanje i pestanak državljanstva, donošenje odluke o izboru škole, davanje saglasnosti za zasnivanje usvojenja, davanje izjave o prekidu trudnoće i dr.).

Pored emancipacije sklapanjem braka treba predvidjeti da se odlukom suda može prijevremeno steći poslovna sposobnost maloljetnika koji je sa navršениh 16 godina postao roditelj i stekao zrelost potrebnu za staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima.

Treba izričito propisati da se poslovna sposobnost stečena emancipacijom ne gubi ako brak prestane prije punoljetstva. Poslovna sposobnost fizičkog lica se, po normalnom toku stvari, širi do sticanja potpune poslovne sposobnosti. Odlikuje je postepenost: ograničena prethodi neograničenoj, period kad je čovjek nema, period kad je ima u ograničenom obimu i period kad je potpuna i neograničena. U većini evropskih zemalja, kao i kod nas, potpuna poslovna sposobnost stiče se punoljetstvom, tj. navršetkom 18. godine života, što treba i da ostane.

Čini se da sadašnja rješenja o sticanju poslovne sposobnosti, uređena prema objektivnim kriterijumima: godine života (uzrast) i vrste pravnog posla, treba korigovati. Iako je ovaj sistem u značajnoj mjeri upodobljen modernim evropskim zakonodavstvima i savremenoj koncepciji prava djeteta, treba imati u vidu i razvojnu ulogu poslovne sposobnosti. Saglasno slovu i

²³ O regulisanju evropskim sistemima vidi Zimmermann, R., Gleim, J., *Presumptions of Survivorship or Simultaneous Death in Cases of "Common Calamity": Scots Law Against the Background of European Legal Developments*, u: *Nothing So Practical as a Good Theory: Festschrift for George L.Gretton*, Max Planck Private Law Research Paper No. 18/4, str. 348 i d.

²⁴ Detaljnije Vodinec, V., *Funkcije poslovne sposobnosti maloletnika*, Pravo – teorija praksa, br. 3/1999, str. 31.

duhu Konvencije o pravima djeteta o razvoju individualnih sposobnosti djeteta koje su različite u zavisnosti od niza konkretnih okolnosti, a ne uvijek od godina života, bilo bi neophodno proširiti poslovnu sposobnost djece (maloljetnika). To bi bilo u skladu sa principom dobrobiti djeteta i doprinos njegovom autonomnom razvoju i sticanju životnog iskustva. U nauci se smatra da preduzimanje pravnih poslova omogućava razvoj ličnosti djeteta, doprinosi socijalizaciji i postepenoj pripremi za samostalno preduzimanje svakodnevnih poslova.²⁵ Nema razloga da se sticanje ograničene poslovne sposobnosti ne spusti na 7 godina, kao u Njemačkoj, ako je već propisana mogućnost deliktne odgovornosti lica koje je navršilo sedam godina (čl. 159 ZOO). Ovakvim rješenjem prava djece mlađe od 14 godina neće biti slabije zaštićena ako ima se prizna ograničena poslovna sposobnost, niti će tima interesi i prava roditelja i trećih lica biti ugrožena.

Pored toga, treba proširiti i krug poslova koje djeca određenog uzrasta mogu *samostalno* da preduzimaju. Uz sadašnju mogućnost da mogu preduzimati pravne poslove malog značaja, pravne poslove kojima upravljaju i raspolazu svojom zaradom ili imovinom koju su stekli svojim radom i tzv. neutralne pravne poslove, treba predvidjeti da djeca mogu samostalno sklapati pravne poslove kojima zadovoljavaju svoje svakodnevne potrebe (kupovina odjeće i obuće, obezbjeđenje smještaja, dodatne edukacije i sl.), kao i preduzimanje poslova kojima ostvaruje svoja autorska prava nad naučnim, književnim i umjetničkim djelima i drugim djelima nastalim umjetničkim radom, kao i poslove na osnovu kojih ulažu i raspolazu depozitom u kreditnim ustanovama, kako je to, na primjer, propisano Građanskim zakonikom Ruske Federacije (čl. 26).

Posebno treba ukazati na neodrživost postojećih rješenja o lišenju poslovne sposobnosti fizičkih lica, s obzirom na to da su razlozi za lišenje poslovne sposobnosti suprotni Konvenciji UN o pravima osoba sa invaliditetom (2007) i opcionalnom protokolu uz Konvenciju (2008) koje je Crna Gora ratifikovala (2009). Stoga te odredbe treba uskladiti sa međunarodnim standardima i umjesto oduzimanja poslovne sposobnosti propisati da se ovim licima obezbijedi dostupna podrška, da licu u slučaju oštećenja zdravstvenog stanja odluke umjesto njega ne donosi zastupnik (staratelj), već da mu pomaže u samostalnom donošenju odluka i ostvarivanju poslovne sposobnosti. Treba propisati razloge za djelimično lišenje poslovne sposobnosti, a potpuno lišenje poslovne sposobnosti dozvoliti samo izuzetno, ako se sa određenim licem ne može uspostaviti smisleni kontakt (koma, demencija i sl.) odnosno, ako druge alternativne mjere nisu svrsishodne. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

²⁵ Petrušić, N., *Granice poslovne sposobnosti deteta, Građanski zakonik Srbije i pravo Evropske unije*, Aktuelna pitanja građanske kodifikacije, Zbornik radova, Niš, 2008, str. 35.

stoji na stanovištu da je potpuno lišenje poslovne sposobnosti dozvoljeno samo ako su druge manje ograničavajuće mjere neuspješno pokušane.²⁶

U ovom dijelu Zakonika treba unijeti i odredbe o određivanju individualizacije fizičkih lica: ime, prebivalište i državljanstvo. Isto važi i za pravna lica (naziv, sjedište i državljanstvo).

Što se tiče pravnih lica Zakonik bi trebalo da sadrži odredbe o pojmu, vrstama, organima i zastupanju pravnih lica, njihovoj pravnoj, poslovnoj i deliktnoj sposobnosti, te načinima prestanka, a posebne odredbe za pojedine vrste pravnih lica treba prepustiti posebnim zakonima koji uređuju nastanak i prestanak pojedinih pravnih lica.

Pravna lica kao organizacije kojima je priznat pravni subjektivitet, imaju posebnu pravnu sposobnost, jer svako djeluje u okviru onoga što mu je određeno radi ostvarivanja cilja zbog koga je osnovano. Kod pravnog lica se pravna i poslovna sposobnost stiču istovremeno i nema, kao kod fizičkog lica, postupne poslovne sposobnosti. To su, uglavnom, razna udruženja, fondacije, privredna društva i ustanove, pa u ovom dijelu ne treba regulisati osnivanje i prestanak ovih pravnih lica, jer je to regulisano posebnim zakonima. Ustanove se osnivaju i registruju propisima javnog prava.

Treba zadržati sistem specijalne pravne sposobnosti pravnih lica, odnosno pravi subjektivitet samo radi ostvarivanja cilja zbog koga je osnovano. Pravna lica imaju specijalnu i pravnu i poslovnu sposobnost, saglasno cilju zbog koga su osnovana. Izvjesna odstupanja postoje za komercijalna pravna lica u pogledu poslovne sposobnosti.

Objekti prava.

U opštem dijelu Zakonika treba precizirati da su objekti prava: stvari, ljudske radnje, lična dobra i proizvodi ljudskog duha i uma, kao i odrediti njihove pojmove, a detaljnije odredbe o vrstama pojedinih objekata treba smjestiti u posebne djelove Zakonika (stvarno pravo, obligaciono pravo, porodično pravo, prava ličnosti, odnosno prava na ličnim dobrima). U recentnoj pravnoj teoriji se govori i o „pravu na pravima“, pa treba razmotriti stanovište da se i prava odnosno uži skup imovinskih prava uvrsti među objekte prava, kao što je slučaj u njemačkom i ruskom zakonodavstvu, a pominje se i u našem ZSPO (čl. 269 „zaloga na pravima“) i u ZOO (čl. 1063 – usputanje i raspodjela imovine za života, čl. 1075 – doživotno izdržavanje). Iznijeto je i mišljenje da ljudske radnje nijesu objekti prava, odnosno da obligaciona prava nemaju

²⁶ Vidi npr. Presudu Ivanović protiv Hrvatske, br. 1306/13 od 18.09.2011. godine.

objekt (tzv. bezobjektna prava).²⁷ Ovo shatanje u teroriji nije prihvaćeno.²⁸

Među objekte građanskih prava treba predvidjeti i životinje, odnosno istaći da one nisu stvari, da se na njih primjenjuju opšta pravila o imovini, ako zakonom ili drugim propisom nije drukčije određeno, sa obavezom da se u ostvarivanju prava prema životinjama ne smije surovo postupati, suprotno principima humanosti.

Imovina

Imovina kao najznačajniji i najčešće upotrebljavani pojam u građanskom pravu do sada zakonom nije definisana. Definiciju nema ni Evropska Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, a ni Evropski sud u Strazburu nije precizno odredio pojam imovine. Pošto se u zakonodavstvu, sudskoj praksi i pravnoj teoriji upotrebljava u više različitih značenja i često miješa sa svojinom, odnosno predmetima prava svojine,²⁹ treba odrediti pojam imovine, premda u Zakoniku treba izbjegavati definicije gdje je god to moguće (*omnis definitio in iure civili periculosa est*). Pri tome bi redaktori Zakonika trebalo da se opredijele između klasičnog (subjektivističkog) shvatanja imovine kao skupa prava i obaveza (čiji su tvorci *Aubry* i *Rau*) i modernog učenja (koje je nastalo na kritici klasične teorije) po kojem imovinu čine samo prava, a obaveze terete imovinu.³⁰ Prilikom definisanja, pored prava (i obaveza), treba uzeti u obzir i ekonomske interese, saglasno praksi Evropskog suda za ljudska prava. Sud je tumačeći odredbe člana 1 Prvog protokola uz EKLJP razvio autonomni koncept imovine. U jurisprudenciji Suda u Strazburu, pored prava na pokretnim i nepokretnim stvarima, pod imovinom se podrazumijevaju i materijalni i nematerijalni interesi (dionice, patenti, penzije, zakupnine, renta, poslovna klijentela) i naročito legitimno očekivanje. Na broj odredaba o sadržini imovine i njenoj zaštiti utičaće svakako i međunarodna pravila koja su postala sastavni dio našeg poretka, imajući prvenstveno u vidu Prvi protokol uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Iako svaki subjekt ima imovinu kao jedinstvenu cjelinu, ta opšta imovina nema neku pravno relevantnu ulogu, pa se čini važnijim da se definišu imovinskopravne cjeline odnosno posebne imovine kao užii pojam,

²⁷ Stanković, O., *Objekti građanskog prava*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 6/1976, str. 647.

²⁸ Vodinić, V., *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012, str. 220; Kovačević-Kuštrimović, R., Lazić, M., *Uvod u građansko pravo*, Niš, 2011., str. 196.

²⁹ Korać, V., *Imovina i svojina*, Zbornik Pravnog fakulteta u Podgorici, br. 37/2008, str. 312 i d.

³⁰ Detaljnije, Korać, V., *op.cit.*, str. 314 i d.; Nikšić, S., *Imovina u građanskom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 5-6/2012, str. 1606-1613.

koje imaju određene funkcije u pravnom saobraćaju.³¹ Međutim, odredbe o pojedinim imovinskopравnim cjelinama za koje važe posebna pravila, treba da se nađu u posebnim djelovima Građanskog zakonika (zajednička imovina suprižnika, posebna imovina bračnog odnosno vanbračnog druga, zajednička imovina sanasljednika, imovina kojom djeca samostalno raspolažu, imovina izuzeta od prinudnog izvršenja i sl.). Ove imovinskopравne cjeline kao uži imovinski skup nazivaju se i posebnim imovinama jednog lica i za svaku od njih propisana su specifična pravila, drukčiji pravni režim. Stoga pravni režim posebnih imovinskopравnih cjelina neće biti predmet regulisanja *Opšteg dijela* Zakonika, već će se odredbe o njima naći u posebnim odredbama građanske Kodifikacije.

Pravni poslovi

Odredbe o pravnim poslovima moraju svakako naći mjesto u Opštem dijelu Zakonika. U važećem zakonodavstvu nema opštih odredaba o pravnim poslovima. U ovom dijelu Zakonika treba odrediti pojam pravnog posla, mada definisanje pravnog posla nije često u zakonodavnoj praksi.

Što se tiče ostalih odredaba o pravnim poslovima moguća su dva kodifikatorska pristupa: 1) da se sve odredbe o pravnim poslovima uopšte nađu u opštem dijelu Zakonika (npr. Njemačka) ili 2) da se jednom upućujućom odredbom predvidi da će se odredbe o ugovorima shodno primjenjivati i na ostale pravne poslove (npr. Švajcarska).

Prvi pristup podrazumijeva elemente izjave volje i pravnog posla, forme, ništavost i rušljivost pravnog posla, vrste pravnih poslova. To, razumije se, podrazumijeva da će se u posebnim djelovima Zakonika detaljnije regulisati specifični pravni poslovi iz oblasti obligacionog, porodičnog i nasljednog prava. To posebno važi za propisivanje odredaba o ništavosti, jer za neke pravne poslove razlozi ništavosti određeni su principom generalne klauzule, drugi principom generalne klauzule i principom enumeracije, treći samo principom enumeracije.

Drugi kodifikatorski pristup ima određenu praktičnu prednost u našim uslovima, s obzirom na to da su posebnim zakonima iz oblasti pojedinih djelova građanskog prava posebno regulisana pravila koja se odnose na ugovore, brak i testament.

U svakom slučaju, u *Opštem dijelu* treba da budu sadržana pravila o modifikaciji dejstava pravnih poslova uslovom, nalogom i rokom. Sa manjim korekcijama mogu se prihvatiti odredbe iz Zakona o obligacionim odnosima.

³¹ Vodinelić, V., *op.cit.*, str. 275.

Kod dejstva odložnog uslova treba precizirati da li ispunjenje uslova djeluje retroaktivno ili ne, s obzirom na to da u uporednom zakonodavstvu o tome postoje različita rješenja.³² Treba propisati i dejstvo potestativnog uslova.³³

U ovom dijelu, pored pravila o računanju vremena, treba da se nađu i odredbe o uticaju vremena na građanska subjektivna prava.

Vrijeme, odnosno protek vremena, na prava djeluje konstruktivno i destruktivno: vrijeme utiče na nastanak i na prestanak prava. Instituti građanskog prava koje konstituiše protek vremena su zastarjelost, održaj i prekluzija. Svi oni nastaju zbog nevršenja prava u određenom roku. Faktičkim nevršenjem imalac prava gubi mogućnost prinudnog ostvarivanja prava ili samo pravo, a drugo lice stiče peremptorni prigovor zastarjelosti ili stiče pravo (održajem) kao duževremeni držalac koji je pravo vršio kao da ga je imao. Samo oročena prava prestaju bez obzira na vršenje.

U *Opštem dijelu* zakonika treba odrediti pojmove ovih instituta i pravila o računanju rokova. Pravila o zastarjelosti treba da ostanu u dijelu prestanka obligacija, jer zastarijevu samo obligaciona prava. Odredbe o održaju kao načinu sticanja svojine od strane držaoca koji je određeno vrijeme vrši pravo koje nema naći će se u dijelu stvarnog prava, a odredbe o prekluziji ostaće u različitim djelovima zakonika kao i u drugim posebnim zakonima

Zastupništvo

I zastupništvo treba da bude predmet regulisanja *Opšteg dijela* Zakonika. Odredbe o zastupništvu u važećem crnogorskom zakonodavstvu nalaze se u više zakona (Zakon o obligacionim odnosima, Porodični zakon, Zakon o privrednim društvima, Zakon o nevladinim organizacijama i dr). Dio odredaba, razumije se, ostaće i dalje u posebnim zakonima ili u posebnim djelovima Građanskog zakonika. U *Opštem dijelu* trebalo bi da se nađu odredbe o vrstama zastupništva i vrstama punomoćja. Uz dio iz Zakona o obligacionim odnosima treba precizirati pravila o poslovnoj sposobnosti vlastodavca i punomoćnika, te pravila o prekoračenju ovlašćenja na zastupanje usklađujući ih sa rješenjima iz Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima.³⁴

Uobičajeno definisanje zastupništva, kao vršenje pravnih poslove i tuđe

³² Vidi npr. Terré, F., Simler, Ph., Lequette, Y., *Droit civil: Les obligations*, Paris 2013, str. 1275 i d; Latina, M., *Le nouveau régime des obligations conditionnelles*, u: La Réforme du droit des obligations en France, 5èmes Journées franco-allemandes, Droit comparé et européen Vol. 20, 2015, str. 194-197 i str. 203.

³³ Vidi za francusko pravo Latina, M., *op.cit.*, str. 186-190; Terré, F., Simler, Ph., Lequette, Y., *op.cit.*, str. 1266 i d., koje je u ovom domenu uticalo na pravnu teoriju ovih prostora.

³⁴ Vidi, uporednopravno, Busch, D., *Indirect Representation in European Contract Law*, Kluwer, 2005.

ime i za tuđ račun, nije do kraja pravno korektno, s obzirom na to da su riječi „za tuđ račun“ suviše, pa ih treba izostaviti, kako je to učinjeno u Skici prof. Konstantinovića i nekim evropskim kodifikacijama, a što je i stav recentne pravne teorije.

U vezi sa zastupanjem pravnih lica treba unijeti odredbu kojom se precizira da pravno lice svoju volju izražava preko njegovih organa koji ga obavezuju pravnim aktima i svim drugim aktima, kao što je to slučaj u Švajcarskom i Njemačkom građanskom zakoniku.

Uz određene korekcije, u ovom dijelu mogu se prihvatiti odredbe važećeg ZOO.

Zaštita građanskih prava

Konačno, u Opštem dijelu Zakonika mjesto treba da nađu i odredbe o zaštiti građanskih subjektivnih prava. To podrazumijeva da treba propisati da je sudska zaštita, u skladu sa pravilima procesnog zakonodavstva, redovni oblik zaštite povrijeđenih ili ugroženih subjektivnih prava, ako za ostvarivanje pojedinih prava nije predviđena zaštita pred organima uprave.

Treba propisati odredbe o vidovima i uslovima za dopuštenost samozaštite: samopomoć, nužna odbrana i krajna nužda. U okviru ovog dijela treba odgovoriti na pitanje da li definisati nužnu odbranu i krajnju nuždu.

Velibor Korać, PhD

Teaching Associate, Faculty of Law, University of Montenegro

korac@t-come.me

TOWARDS A MONTENEGRIN CIVIL CODE

Abstract: *At the beginning of 2018 the Government Commission started with drafting the Montenegrin Civil Code, which should be completed in six years. Although it has a codifying tradition, Montenegro has never had a comprehensive and complete Civil Code, and that was one of the reasons for joining the „recodification“ process, which takes place in many European and non-European countries..The Commission adhered for the pandect systematics, which is dominant in the recent codification practice, present in our legal theory and current partial regulation of Civil Law, as well as in the university education. The Personality rights will be regulated separately, which will be a novelty in the codification of Civil Law. This would be a departure from the classical pandectic system, since with this structure the Civil Code of Montenegro would have a six-part division.*

The Personality rights have full legitimacy for finding themselves in the structure of Civil Codification. It will make a significant contribution to our legal culture and will increase level of knowledge on Personality rights. Traditionally, due attention to Personality rights has not been given within codifications, they are often scattered in special law, ignored and neglected compare to property rights. Dogma of “property before personality” in Civil Code must be abandoned. Independence of Personality rights perfects and enriches Civil Code system.

Montenegrin Civil Code, according to Commission, will have two more features: 1) The Preamble – which will outline the main goals and values promoted by the Code, and 2) The Introductory Part - although this is rarely in codification practice, especially in Codes that are structured according to the principle from general to special, e.g. form abstract to more specific.

Key words: *Civil Code.- Structure.- General Part.– Personality rights.*

ПРАВНА ЗАШТИТА И ИЗЛОЖЕНОСТ ПОДАТАКА У WEB ОРИЈЕНТИСАНИМ ПОСЛОВНИМ ОКРУЖЕЊИМА

UDK:342.738:004.775.056.523

Review paper

Абстракт: *Данашњица је многим људима незамислива без дневног приступа интернету. Интернет функционише по систему међусобне размене података између уређаја користећи посебан TCP/IP протокол. Ради претраге жељених података, корисници интернета (сурфери) користе претраживаче са уграђеним механизмима за претрагу. Претраживачи омогућавају приступ постављеним садржајима преко јединственог локатора (URL), а уграђени механизми за претрагу (google search engine, bing, yahoo search engine и др.) уз помоћ тзв. пузаваца (crawler) омогућавају многобројним сурферима да дођу до жељених садржаја. Цео концепт функционише тако што корисник домена (URL адресе) бира које садржаје ће сурфер моћи да види. Међутим, шта се дешава са подацима (не само личним), које корисник домена добије од сурфера (са или без дате сагласности); шта уколико руководилац базом података случајно или намерно објави прикупљене податке или омогући приступ трећим лицима; ко је крив уколико дође до "тихе корупције података"; да ли је могуће правно заштити податке од свих потенцијалних претњи и чија би то била обавеза; да ли је могуће и како заштити податке од физичке крађе; само су нека од питања на основу којих ће се у раду трагати за одговорима.*

Кључне речи: *заштита података, прикупљање и складиштење података, тиха корупција података, крађа података*

* Јавни извршитељ, члан Секторског савета Министарства правде Републике Србије за информационо-комуникационе технологије

УВОД – ШТА СУ ТО ПОДАЦИ?

У ери оствареног Орвеловог¹ предвиђања о постојању метода за дигитално шпијунирање корисника, Европска унија је усвајањем документа о заштити личних података (надаље: ГДПР)² покушала да стане на пут њиховом неовлашћеном прикупљању. Међутим, лични подаци нису једини у сфери интересовања.

Лични подаци корисника, као што су име, презиме, пол, интересовања, везани су, дакле за једну конкретну, тачно одређену особу. Могуће је пратити кретање и навике те особе, могу се пратити повезани субјекти (пријатељи, породица), могу да се читају поруке, па чак и личне природе, прати активност на интернету, прислушкује или чак визуелно прати активност уз помоћ апликације инсталиране на смарт телефону, итд. Све набројане информације претстављају податке. Уколико те информације нису везане за конкретно име и презиме, они више и не претстављају личне податке. Да ли су употребљиви? Одговор је да. Применом модерних технологија могуће је податке који по својој природи нису лични, везати за групу лица или чак конкретно лице и као такве их користити. Како је то могуће?

Пођимо пре свега од начина функционисања интернета: мрежа рачунара повезаних на принципу нехијархијске везе међу којима се размењују информације. Информације јесу пакети података који се шаљу електронским путем. Просечан корисник некада није ни свестан да приликом коришћења рачунара шаље информације. Један од најједноставнијег примера који готово сви корисници интернета користе свакодневно јесте претрага жељеног појма у неком од претраживача. Појам се укуца у одговарајуће поље и користећи уграђени механизам за претрагу (search engine), долази се до много веб страница које садрже тај појам. Међутим, како се дошло до тог појма? Активирањем механизма за претрагу шаље се сет података, односно информација. Осим чињенице о томе шта се тражи, пакет садржи информацију да је неко са одређене IP адресе, тражио жељени појам. То су већ две информације које неком

¹ Писац Џорџ Орвел (George Orwell 1903-1950) је 1949. објавио књигу под називом "1984" (Nineteen Eighty-Four) која у замишљеној будућности описује прекомерно владање и тоталитаризам у окружењу непрестаног рата и свеприсутног владиног надзора (уз помоћ модерних технологија). Више видети на: https://en.wikipedia.org/wiki/Nineteen_Eighty-Four доступно на дан: 30.8.2019. године.

² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), OJ L119, Vol.59, May, 4th, 2016

могу рећи да се неко са одређене локације интересовао за одређени појам. Скуп података који се могу прикупљати је неограничен, а зависи не само од намере онога ко их прикупља, већ и самог корисника, његове упућености и знања. Ако корисник својим понашањем (прихватањем cookies, trackers, и сл.) допринесе прикупљању великог сета података о кориснику/корисницима са те IP адресе, уз примену знања које изучава психологија, могу се пројектовати модели понашања, проучавати навике, утврђивати интересовања, што се касније може користити у привреди ради што већег приближавања потенцијалним потрошачима. Неретко се дешава да након што корисник тражи одређени појам у претраживачу, после само пар тренутака буде засут рекламама који су у некој корелацији са претходно траженим појмом. Таква могућност постоји услед феномена који за потребе овог рада можемо назвати **изложеношћу података**.

Но да ли су подаци које корисник сам достави, или које web портал сам прикупи једини који се могу наћи на интернету? Наравно да не. Под личним подацима у смислу ГДПР³а сматрају се било које информације које се односе на идентификовану или препознатљиву особу („субјект података“); особа која се може идентификовати је она која се може директно или индиректно идентификовати, посебно на основу идентификатора као што су име, идентификациони број, подаци о локацији, мрежни идентификатор или према једном или више фактора специфичних за физички, физиолошки, генетски, ментални, економски, културни или друштвени идентитет те особе. Међутим, регистрација корисника, односно везивање различитих информација за њихово име, презиме, пол, године не мора да буде прикупљено директно, давањем од стране корисника или прикупљањем од конкретног web портала. Подаци се могу прикупљати индиректно и међусобно укрштати, тако да без обзира на то што корисник није дао сагласност, нити су му тражени лични подаци, много тога о кориснику се може дознати (преузети).

За потребе овог рада, замислимо корисника А који редовно користи одређени web портал, портал Б, за комуникацију са другим људима. Један од услова за приступ конкретном сервису био је давање важеће email адресе. Корисник А је веома пажљив и сервис користи само ради размене кратких порука са својим пријатељима, које је претходно користећи портал Б морао да пронађе и означи их као пријатеље. Иако он не жели да било који други податак подели, неки од његових пријатеља на портал Б преносе слике и у опису наводе да се на слици налазе са корисником А, при томе наводећи време и место на коме је слика снимана. Корисник А такво понашање не може да спречи иако му не прија. Своје

³ Члан 4. ГДПР, Op.cit.

сlike корисник А похрањује на серверу Ц који је на интернету и коме приступа уз помоћ шифре и опет важећег emailа али који није ни у каквој вези са порталом Б. Компанија која је власник портала Б, постаје власник компаније која управља сервером Ц. Приступ серверима значи приступ свим подацима који су икада прикупљени и сачувани (било вољно или невољно), а њихова тачка везивања може бити дати email, а чак и у случају коришћења различитих email-ова уз испуњење одређени претпоставки, било би могуће повезати да се ради о истом кориснику А.

Из датог примера може се закључити да је кључни проблем прикупљање података без свесног пристанка корисника, било да је реч о њиховом перфидном прикупљању, упоређивању или међусобном повезивању, затим у могућности злоупотребе, али и опасности да подаци дођу у руке несавесних лица (лопова) која их могу користити у недозвољене сврхе (уцене, увреде, дискриминација и сл).

ПРИКУПЉАЊЕ ПОДАТАКА

Пионирски подухват који је за циљ имао да спречи компаније да преузимају личне податке корисника без њиховог изричитог пристанка јесте покушај ЕУ да истраје на идеји примене ГДПРа. ГДПР се ослања на члан 8(1) Повеље Европске уније о основним правима⁴, и на члан 16(1) Уговора о функционисању Европске уније⁵, и потврђује да свако има право на заштиту личних података који се тичу њега или ње⁶.

Међутим, дефиниција личних података дата у ГДПР документу, не покрива све ситуације у којима се може доћи до личних података, а који по својој природи, у одређеном тренутку, ипак не претстављају лични податак. Члан 4. дефинише личне податке као податке који се односе на појединца чији је идентитет утврђен или се може утврдити. Са аспекта тржишта, уз претпоставку највишег нивоа контроле примене, ГДПР и даље не спречава трговину (не)личним подацима као ни њихово прибављање.

Наиме, маркетиншко тржиште је створило читаву плејаду услуга и начина прикупљања информација о корисницима. Члан 15. ГДПРа прописује право корисника интернета да добије информације о његовим личним подацима који се обрађују. Информације може добити уколико се легитимисхе на исти начин на који се легитимисао⁷ приликом коришћења услуга. Међутим, шта ако се није легитимисао? Да ли је онда онемогућено

⁴ Charter of Fundamental Rights of the European Union

⁵ Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)

⁶ Преамбула под (1) ГДПР, Op.cit.

⁷ Преамбула под (57) ГДПР, Op.cit.

прикупљање података? Одговор је не.

Уз помоћ модерних технологија могуће је пратити понашање корисника или групе корисника web портала које такође може давати прецизне информације потребне маркетиншких магова, без обзира што су анонимне. На пример, могуће је пратити кретање по web порталу анонимног корисника Д који приступа са IP адресе неке јавне библиотеке на пример. Праћењем кретања по web порталу могу се утврдити његова интересовања, на основу њих пројектовати годиште, пол, раса, претпоставити близина његовог посла/боравишта на основу учесталости посете web порталу са те IP адресе, што је већ један завидан скуп података још увек о Н.Н особи. Ти подаци се могу као такви продати некој маркетиншкој компанији, која ће те податке упоредити са својом базом. Упоређивањем података, не може се са 100% сигурношћу али се са одређеном дозом вероватноће, може доћи до имена и презимена тог корисника уколико су већ његове рутине, интересовања, или други подаци похрањени у поседованој бази података. Да ли је прикупљање података о Н.Н. лицима супротно ГДПРУ? Сматрамо да није, јер није реч о личним подацима. Да би подаци били лични мора се знати на кога се односе. У фази њиховог прикупљања, не знају се чији су. До имена и презимена се може, хипотетички доћи касније. Корисник најчешће и не зна ко поседује његове податке како би могао да се обрати за заштиту.

Изнети хипотетички пример се односи на ситуацију у којој компанија власник web портала жели да поштује ГДПР. Уколико компанија не жели да поштује ГДПР, могућности су неограничене. Наиме, компанија може да прикупља податке и касније их користи ради уновчавања свога поседа, било продајом, циљаним рекламирањем или на неки други начин. Краткорочно, она може да заради. Дугорочно, најтежа санкција која може да је задеси јесте да web портал више не буде видљив на подручју ЕУ, и евентуална новчана надокнада коју би морала да исплати (ако плански већ није изместила седиште где се налази ‘изван закона ЕУ’ или није одлучила да банкротира). Међутим, забрана и све друге могуће санкције могу бити прорачунате као нужни трошак, односно као пословна одлука. ‘Преузимање’ корисника под другим web брендом не би била новина у интернет или online gaming пословању. Циљно уништавање једног бренда да би други опстао уз максимизирање добити од оног који се гаси заправо може бити и подстицај јер су од тренутка ступања на снагу ГДПРа лични подаци на тржишту поскупели (општи закон понуде и тражње, понуда опада, уз константну или повећану тражњу, цена мора да расте).

Чак и у ситуацијама да корисник зна коме да се обрати ради увида у количину података који се о њему воде, ради евентуалне исправке

или брисања података, корисник никада не може бити сигуран да је у потпуности поступљено по његовом захтеву.

ИСПРАВКА И БРИСАЊЕ ПОДАТАКА

Чланом 16. ГДПРа предвиђено је право корисника да тражи исправку података, а чланом 17. брисање. Корисник може да тражи исправку или брисање само оних података за које му је речено да су у поседу. Проверу истинитости навода не може нико да утврди. Надаље, уколико корисник тражи исправку, на серверу, у табели у којој се чувају подаци по неком ID броју, односно ID броју корисника, може се само уписати нови ред са датумом, те би се у приказу података за корисника приказивали они подаци које је дао у тренутку тражења исправке. Стари подаци би се могли и даље чувати.

Врло сличан принцип важи и код брисања података. У појединим круговима програмера врло је популарна колона у базама података: "deleted at". Постојање те колоне обично значи да се бележи податак када је неки ред из колоне обрисан. Тај ред садржи неку информацију о кориснику. Дакле, уместо да се приликом захтевања корисника неки податак обрише, у бази се попуњава колона "deleted at", што само значи да се тај податак неће приказати. Доказ томе су и тзв. recovery процеси које нуди многи web портали. Наиме, након брисања корисничког налога, уколико корисник укуца тражене идентификационе податке, web портал нуди да врати све оно што је корисник обрисао. Поставља се питање како је то могуће ако су подаци заиста били обрисани?

Фиктивно брисање података може бити заиста велики проблем, нарочито код осетљивих података какви су отисци прстију или скенови рожњаче. Поједини корисници напредних телефона су приватним компанијама дали своје јединствене отиске које не могу да замене без опсежнијих хируршких интервенција, тако да се данас највеће базе отисака прстију налазе у поседу приватних компанија.

Данас се често говори и о праћењу дигиталних навика корисника. За потребе овог рада узмимо за пример корисника Е који сваког јутра укључи рачунар, укуца жељену адресу локалних медија, и пре него што се прикаже садржај на рачунару, провери и летимично погледа маилове који су му пристигли током ноћи. На рачунару има инсталиран web browser на коме је омогућио рад личног асистента који му помаже да лакше дође до жељеног садржаја на интернету. Личном асистенту је омогућио да прати његове обрасце понашања на свим web адресама на којима пружа асистенцију. Ево примера једног обрасца: 1: захтев серверу

да се прикаже одређена страница; 2. захтев извршен; 3. нема никаквих захтева од тог корисника 3-5 минута; 4. корисник захтева приказ тачно одређене рубрике; 5. корисник се задржава на тој рубрици тачно утврђени период времена; 6. корисник захтева приказ садржаја друге рубрике; итд. Скуп образаца једног корисника чини **интернет навике тог корисника**. Интернет навике могу да се проучавају ради постизања племенитих циљева, унапређења система образовања, о чему је говорио Туфан⁸ на пример, међутим, интернет навике могу да се проучавају да би се и утицало на њих, управо путем личног асистента.

Наиме, да би лични асистент могао да асистира, он мора да обрати прикупљене податке. Творац личног асистента може да примени различите алгоритме, а на кориснику је да процени да ли му асистирање одговара или не. Све док је рад асистента дозвољен у browser-у, асистент прикупља дигиталне навике корисника и оне се негде, на неком серверу, процесуирају. У случају деинсталирања асистента, и евентуалног захтева брисања прикупљених података, чак и да компанија која је творац асистента заиста и жели да обрише те податке (готово да нема начина за проверу), ти подаци су вишеструко пута могли бити пропуштани кроз различите моделе под окриљем тражења најбољег начина ради задовољења потреба клијента. Такође, његове реакције на понуђено се такође бележе што све заједно чини једно велико искуство, а у случају machine learning технологије може се слободно рећи и велико знање. Брисањем података о кориснику, не долази се до брисања стеченог знања о понашањима корисника, а чему они можда нису ни желели да допринесу.

ИЗЛОЖЕНОСТ ПОДАТАКА

Многи корисници интернета до великих крађа података⁹ нису ни били свесни опасности која их потенцијално вреба. Свест о могућности злоупотребе података се током година очигледно повећава, међутим, да ли је довела до довољног нивоа који би у сваком тренутку могао да да одговоре на питања као што су: шта уколико корисник URL адресе

⁸ Firat Tufan, "Internet Usage Habits as a Part of Distance Higher Education", Contemporary Educational Technology, Vol.7, Iss.2 (June 2016), p.160-173

⁹ Последњих десетак година свет потресају велике крађе података углавном од компанија које хостују web портале који потпадају под генерички термин "друштвене мреже". Једна од последњих крађа података везана је за компанију Facebook, која је потврдила да је дошло до крађе података милиона корисника. Више о томе на: <https://www.engadget.com/2019/09/04/facebook-privacy-databases-phone-numbers/>, доступно на дан: 31.8.2019. године.

случајно или намерно објави прикупљене податке или омогући приступ трећим лицима; ко је крив уколико дође до "тихе корупције података"; да ли је могуће правно заштити податке од свих потенцијалних претњи и чија би то била обавеза; да ли је могуће и како заштити податке од физичке крађе; итд. Романоски¹⁰ и др. у својим емпиријским анализама обелодањују резултате истраживања које су спровели и тврде да у 30% више спорова долази до нагодбе уколико је реч о колективним тужбама. Међутим, многи правни системи не познају институт колективне тужбе. Такође, услед принципа екстериторијалности које промовише ГДПР, поставља се питање логистичке подршке за остваривање правне заштите.

Као корисник друштвене мреже у једном тренутку сам се запитао, шта ће бити ако корисник URL адресе који је на њој поставио садржај, и који од мене као корисника садржаја прикупља податке (небитно о ком облику прикупљања података је реч), намерно објави податке или омогући приступ трећим лицима? Шта ако трећа лица дођу до фотографија које сам похранио на серверу или до преписке са својим пријатељима? Шта ако трећа лица дођу до преписке и са мог мобилног телефона који сам повезао са налогом те друштвене мреже? Ко ће и како да одговара? Да ли могу да тужим компанију која је поставила садржај и услед чије "кривице" је дошло до обелодањивања мојих података без моје дозволе и тражим накнаду штете? Хипотетички, сходно одредбама ГДПРа¹¹, одговор је да, могу да тужим, међутим, који су изгледи за успех у спору и колико ће коштати такав спор имајући у виду да је можда седиште те компаније ван моје земље? Чак и уколико је судећи суд са седиштем у мојој земљи, односно у земљи у којој живим¹², како бих натерао компанију да се укључи у поступак у страниој земљи и на послетку како бих извршио евентуалну пресуду у своју корист?¹³ Много питања! Из Азијевих¹⁴ излагања, може се закључити да то питање није спорно. Наиме, он сматра да компанија има имовину у земљи у којој је видљив њен web портал. Такође, он говори о репутационом ризику. Имајући у виду излагања supra у оквиру поднаслови: "Прикупљање података", могли бисмо се сложити са Азијем само у случају да компанији није циљ краткорочни обрт новца. У супротном, сматрамо да не постоји ефикасан механизам

¹⁰ Sasha Romanosky, David Hoffman, Alessandro Acquisti, „Empirical Analysis of Data Breach Litigation“, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol.11, Issue 1, March 2014, pp 74-104

¹¹ Погледати члан 82. ГДПР, Op.cit.

¹² Погледати чл.79. ГДПР, Op.cit.

¹³ Погледати чл.50. ГДПР, Ibidem

¹⁴ Adèle Azzi, *The Challenges Faced by the Extraterritorial Scope of the General Data Protection Regulation*, 9 (2018) JIPITEC 126 para 1

за дејство механизма ГДПРа уколико компанија подлеже одговорности по принципу екстериторијалности.

На овом месту, упутно је указати и на појам “тихе корупције података”. Узмимо за пример корисника Г који користи веб портал за backup својих података. Сервис је бесплатан до нивоа од 50GB и корисник радо користи дати простор за смештање својих слика. Након једног излета, све настале слике том приликом, међу којима су и слике које је начинио са славним личностима из иностранства који су се случајно ту нашли, похранио је на сервер намеравајући да исте изради како би их користио у рекламној кампањи свог ресторана у складу са писаним пристанком свих славних личности са којима се сликао. Након протеча извесног времена, корисник Г је покушао да слике преузме са сервера, у чему је и успео. Тек у фотографској радњи, корисник Г сазнаје да су његови подаци неупотребљиви “corrupted” и његова намера да славне личности путем слика промовишу нови ресторан није остварена. Како доказати да су подаци оштећени на серверу а не већ приликом њиховог првог upload-а? Чак да се то некако и докаже, како позвати компанију на одговорност? Да ли је могуће заштити податке од свих претњи; чија је то обавеза? Много питања!

На послетку, чување података би требало да буде један озбиљан посао. Али не само од cyber упада, већ и од физичке крађе. Узмимо за пример малу компанију која пружа услуге корисницима, носиоцима функције јавних овлашћења. Сервери те компаније се налазе у њеним пословним просторијама. Шта ако крадљивци доспеју у простор мале компаније и украду пар дискова из сервера? Компанија одговара целокупном својом имовином, што је неколико рачунара и пар столова. Како наплатити штету? Како повратити податке? Много питања!

Одговори на већину постављених питања јесте НЕ, НЕ МОЖЕ, НИКАКО ... У свету огромне дигиталне размене, прописи су застали десетинама година уназад и нису се много одмакли напред, а процеси безбедности и заштите су остављени свакој компанији понаособ да се о њој брине са пар изузетака држава које пионирским покушајима покушавају да регулишу безбедност података у појединим секторима. ГДПР прописује многе обавезе компанијама, но нажалост, не бави се детаљном техником остваривања права, што је нарочито тешко оствариво ван система ЕУ.

ЗАКЉУЧАК

У време стварања Лиге Народа, касније Организације Уједињених нација, осим политичара и генерала, у преговоре су позивани и правници, не би ли идеју безбедности од масовног уништења које носе светски ратови довели до реализације. Данас, о идеји о безбедности података расправљају инжењери, а мало је правника који се осврћу на сферу дигиталног. Свет жуди за једном новом организацијом, или чак одељком Организације уједињених нација који ће се бавити сувер прекршајима и криминалом; који ће бити способан да припреми обавезујуће међународне конвенције за усвајање које би довеле до опште безбедности са свих аспеката, а не само са аспекта прикупљања података и њихове непотребне изложености или злоупотребе.

Идеја која може бити интересантна за разраду јесте да свако лице има свој дигитални алијас који може користити на интернету. Дигитални алијас може имати и фиктивни GSM број који ће матична мобилна компанија везивати за прави број свог клијента. Клијент у сваком тренутку може променити број телефона али му дигитални алијас увек остаје. Управљајући својим дигиталним алијасом клијент може да да онолико тачних података колико му одговара. У супротном, све може бити фикција.

Сматрамо да се заштита сурфера мора заснивати на сасвим другачијој концепцији од постојеће. Постојећа очигледно не пружа довољно гаранција за безбедност јер право није адекватно одговорило на све захтеве новог светског развоја. Дигитални алијас за сваког становника планете је само један предлог правника, а сигурно има бољих и стручнијих до кога се мора доћи на светском нивоу уз обострани рад стручњака из више области.

*LLD Zarko Dimitrijevic,
Public enforcement agent, Member of the Ministry of Justice Sectoral
Council of Information technologies Republic of Serbia
dimitrijevic.zarko@gmail.com*

LEGAL DATA PROTECTION AND DATA EXPOSURE IN WEB ORIENTED BUSINESS ENVIRONMENTS

Abstract: Modern world without daily Internet access is unimaginable for many people. The Internet is functioning by the system of data-packages interchange between users through the network using TCP/IP protocol. For data searching, internet users (surfers) use browsers with built-in search engine. By the unique URL, browsers enable access to the set content, but built-in search engines (such are: Google, Bing, Yahoo search engines, etc.), enable desired contents to many surfers by help of so-called: crawler. Domain registrants choose which content will be visible for surfer and that's how the whole concept is working. However, what is happening with surfer's data (not only personal) which are collected from the surfer (with or without approval); what if database handler by accident or in purpose publish collected data, or enable access to third parties; who is guilty in "silent data corruption" case; is it possible to protect data from all potential threats in the aspect of law, and whose that obligation would be; is it possible and how (if it is) to protect data from the physical theft; those are only some of the questions that we will attempt to answer in this paperwork.

Key words: data protection, data collection and storage, silent data corruption, data theft

СПРЕЧУВАЊЕ НА ЗЛОУПОТРЕБА НА ПРАВА ПРЕКУ ПОБИВАЊЕ НА ДОЛЖНИКОВИ ПРАВНИ ДЕЈСТВИЈА

UDK:347.447.93:340.13(497.7)

Review paper

Апстракт: Во современото деловно опкружување сведоци сме на различни злоупотреби на должниците кои имаат за цел избегнување на исполнувањето на обврски спрема нивните доверители. Во услови на намалена платежна способност, должникот често се обидува да ги избегне своите обврски преземајќи активности во насока на отежнување или оневозможување на наплатата на побарувањата од неговиот имот и актива. Од овде и потребата за развивање на механизам кој ќе биде насочен кон осуетување на овие должникови обиди, преку побивање на должниковите правни дејствија.

Тужбата за побивање на правни дејствија (т.н. паулијанска тужба; лат: *Actio Pauliana*) денес претставува едно од најзначајните правни средства за граѓанско-правна заштита од полноважни располагања на должниците кои се преземени на штета на доверителите, преку суспензија на правните последици од таквите располагања во однос на конкретни доверители. Овој правен инструмент овозможува операционализација на начелото на владеење на правото, преку санкционирање на правните дејствија на должниците со кои тие го злоупотребиле правото на слободно располагање со својот имот и создавање на правна основа за доверителите присилно да ги намират своите побарувања од поранешниот имот на должникот кој преминал во сопственост на трето лице.

Авторот ја анализира правната рамка со која во Република Северна Македонија е уредено побивањето на правни дејствија согласно со Законот за облигационите односи, осврнувајќи се притоа и кон релацијата со други, според правната природа сродни граѓанско-правни

* Судија и Претседател на Основен суд Велес

средства кои исто така имаат за цел отстранување на правните последици на одделни располагања во правниот промет, како што е неважноста на договорите уредена со Законот за облигационите односи и ништовноста на трансакциите уредена со Законот за извршување.

Клучни зборови: Злоупотреба на право; побивање правни дејствија; неважноста; договори, ништовност; трансакции.

ВОВЕД

Во современото деловно опкружување сведоци сме на различни злоупотреби на должниците кои имаат за цел избегнување на исполнувањето на обврски спрема нивните доверители. Во услови на намалена платежна способност, должникот често се обидува да ги избегне своите обврски преземајќи активности во насока на отежнување или оневозможување на наплатата на побарувањата од неговиот имот и актива. Од овде и потребата за развивање на механизам кој ќе биде насочен кон осуетување на овие должникови обиди, преку побивање на должниковите правни дејствија.

Тужбата за побивање на правни дејствија (т.н. паулијанска тужба; лат: *Actio Pauliana*) денес претставува едно од најзначајните правни средства за граѓанско-правна заштита од полноважни располагања на должниците кои се преземени на штета на доверителите, преку суспензија на правните последици од таквите располагања во однос на конкретни доверители. Овој правен инструмент овозможува операционализација на начелото на владеење на правото, преку санкционирање на правните дејствија на должниците со кои тие го злоупотребиле правото на слободно располагање со својот имот и создавање на правна основа за доверителите присилно да ги намират своите побарувања од поранешниот имот на должникот кој преминал во сопственост на трето лице.

Препознавајќи ја оваа значајна улога на паулијанската тужба и поаѓајќи од фактот дека станува збор за еден од најкомплексните инструменти на граѓанското право, предмет на анализа на овој труд е правната рамка со која во Република Северна Македонија е уредено побивањето на правни дејствија согласно со Законот за облигационите односи, осврнувајќи се притоа и кон релацијата со други, според правната природа сродни граѓанско-правни средства кои исто така имаат за цел отстранување на правните последици на одделни располагања во правниот промет, како што е неважноста на договорите уредена со

Законот за облигационите односи¹ и ништовноста на трансакциите уредена со Законот за извршување.

1. Поим и претпоставки за побивање на должникови правни дејствија

Побивањето на должникови правни дејствија може да се дефинира како инструмент на граѓанското право кој им овозможува на доверителите во облигационо-правниот однос, со цел намирување на своите побарувања, да ги отстранат во однос на себе последиците на извесни, инаку полноважни имотно-правни располагања на својот инсолвентен должник, намирувајќи се од некои вредности кои повеќе не припаѓаат на должниковиот имот, туку на имотот на други лица -правни следбеници на должниковите права врз тие вредности².

За да може да се пристапи кон побивање на правните дејствија на должникот превеземени на штета на доверителите, мора да бидат кумулативно исполнети четири општи претпоставки и (најмалку) една посебна претпоставка³.

Првата општа претпоставка е стасаност на побарувањето на доверителот, што се поврзува со моментот на настапување на рокот за исплата на должниковата обврска, што со други зборови значи дека должникот паднал во задоцнување. За исполнување на овој услов, побарувањето на доверителот не мора да биде утврдено со правосилна и извршна судска одлука. За да може да се поднесе тужба за побивање доволно е тоа побарување да е стасано и да се утврди дека должникот нема доволно средства за исполнување на истото.

Втората општа претпоставка е постоење должниково правно дејствие, што подразбира дејствие чиј ефект се состои во преминување на материјални вредности од должниковиот имот во имотот на лицето со кое, или во чија корист е преземено правното дејствие што се побива. Под „правно дејствие“ овде се подразбира и пропуштањето поради кое должникот загубил некакво материјално право или со кое за него настанала некаква материјална обврска, како што се, на пример,

¹ Службен весник на РМ бр.18/01, 04/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09 и 123/13 – во натамошниот текст: ЗОО

² Проф. Д-р. Кирил Чавдар, Доц. Д-р Кимо Чавдар (2012), Закон за облигационите односи со коментари, објаснувања, практика и предметен регистар, трето изменето и дополнето издание, Академик, Скопје; стр.440-441 види исто Gorenc, V. (2005), Komentar Zakona o obveznim odnosima, RRiF-plus, Zagreb., стр. 107

³ Kacer, H. (2003), Pobijanje pravnih radnji duznika (actio Pauliana), Organizator, Zagreb, стр.452

случаите кога должникот пропушти да ја прекине застареноста или одржувачката кои течат против него, пропушти да подигне меничен протест, да пријави побарување во стечај, итн. Тука спаѓаат и процесно-правните пропуштања, како што е одзивање на покана на судот или поднесување приговор, жалба, или друго правно средство и слично⁴. За процена на опфатот на побивањето, од суштествено значење е одговорот на прашањето дали дејствието довело до намалување на должниковиот имот или до влошување на неговата процесно-правна положба и дали како последица на тоа изгледите за намирување на неговите доверители се загрозени или формално-правно отежнати⁵.

Оштетувањето на доверителот е третата општа претпоставка и впрочем, основната причина која го оправдува побивањето. Се смета дека должниковото правно дејствие е преземено на штета на доверителовото побарување ако истото не може да се намери од имотот на должникот, што значи дека тоа дејствие имало имотен ефект. Не е важно дали должникот дејствието го презел сам или преку законски застапник, полномошник и слично, ниту е важна намерата или свеста за имотниот ефект на дејствието. Важно е дејствието да резултирало со таков ефект.

Инсолвентноста на должникот е последната општа претпоставка и настапува тогаш кога должникот не е во состојба да го исполни побарувањето на доверителот⁶. Во оваа насока, потребно е да се докаже дека со дејствието кое се побива имотот е на должникот е намален. Законот содржински ја определува инсолвентноста, на начин што се смета дека должникот станал инсолвентен кога, по претходно препорачано или на друг соодветен начин доставена писмена опомена од страна на доверителот, не ја исполни својата обврска во рок од 90 дена од денот кога му била врачена опомената, а доверителот стори веројатно дека должникот повеќе ги нема во својот имот паричните средства, односно предметите, односно правата на кои се однесува побарувањето. Во пракса, тоа не значи дека должникот нема воопшто имот, туку дека е без оние средства кои се потребни за намирување на побарувањето, поради што е доволно да се докажува инсолвентност на должникот само во релација со конкретното побарување. Притоа, воопшто не е потребно да се докажува дека побарувањето не можело да се наплати од гарантите или од солидарните содолжници на должникот.

Покрај општите, за успешно побивање е потребно да биде исполнета

⁴ *ibid.*, стр.442

⁵ Проф. Д-р. Борислав Т.Благојевиќ, Проф. Д-р. Врлета Круљ (1980), Коментар на Законот за облигационите односи -Книга I, Савремена Администрација, Белград, стр.705

⁶ Чл.269-а ст.1 од ЗОО

и најмалку една посебна претпоставка. Во зависност од посебните претпоставки за побивање, во правната теорија се специфицирани повеќе посебни тужби кои доверителот може да ги поднесе заради побивање на должниковите правни дејствија кои меѓусебно не се исклучуваат, така што останува на диспозиција на доверителот да ја одбере онаа за која смета дека ќе има успех во докажувањето пред судот. Овие тужби се следните:

- Долозна паулијанска тужба (*actio Pauliana dolosa*) која се поднесува ако должникот знаел, во време на располагањето, дека со преземеното располагање им нанесува штета на своите доверители. Притоа, кумулативен услов е и на третото лице со кое, или во чија корист е преземено дејствието, тоа да му било познато⁷. Не е од суштествено значење дали должникот имал таква намера, доволно е да знаел за тоа. Практично, оваа тужба е неприменлива во ситуација кога должниковото дејствие е преземено пред настанување на доверителовото побарување⁸. Свеста, односно знаењето на должникот дека со правното дејствие им нанесува штета на доверителите мора да постои во моментот кога тоа дејствие е преземено, истото се однесува и на третото лице, кое требало да знае за оштетувањето на доверителите во истиот момент на располагањето од должникот. Кумулативен услов за овој вид на паулијанска тужба е побиваното правно дејствие да претставува товарно располагање.

- Кулпозна паулијанска тужба (*actio Pauliana culposa*) се поднесува кога должникот не знаел, но во време на располагањето можел да знае дека со преземеното дејствие им нанесува штета на своите доверители. Истовремено, услов е на третото лице тоа исто така да можело да му биде познато⁹. И кај оваа тужба потребно е располагањето на должникот да е товарно, а можноста на должникот и на третото лице да знаеле за ефектите од правното дејствие мора да постоела во време на преземање на истото. Според тоа, имајќи во предвид дека условите за поднесување на кулпозна и долозна паулијанска тужба, освен во степенот на субјективниот елемент - знаењето или можноста да се знае, се скоро исти, а докажувањето кај кулпозната тужба е значително полесно за доверителот, во практиката најчесто се користи кулпозната паулијанска тужба.

- Семејната паулијанска тужба се поднесува ако на третото лице со кое, или во чија корист е преземено правното дејствие што се побива, е должников брачен другар или сродник по крв во права линија или во

⁷ Чл.270 ст.1 од ЗОО

⁸ Касер, Н. (2003), *Op. cit.*, стр.459

⁹ Чл.270 ст.1 од ЗОО

странична линија до четвртиот степен, или по сватовство до истиот степен. Во тој случај по сила на закон се препоставува дека на третото лице му било познато дека должникот со своето располагање им нанесува штета на доверителите¹⁰. Во пракса тоа значи дека субјективниот елемент на страна на третото лице - знаењето или можноста да се знае за намерите на должникот за оштетување на доверителите нема потреба да се докажува од доверителот, бидејќи постои претпоставка дека на погоре наведените личности кои имаат семејна врска со должникот („роднини под сомнеж“ – *familia suspecta*) тоа им било познато. Секако, оваа претпоставка е соборлива, што значи дека може да се докажува спротивното, но товарот на докажувањето овој пат е на страна на третото лице – сродник кој е должен да докаже непостоење на неговото знаење или на можноста да знае за оштетувањето на доверителите.

- Квази-паулијанска тужба (*actio quasi Pauliana*) претставува тужба за побивање на бесплатните (даровни) располагања и со нив изедначените правни дејствија на должникот. Таа се поднесува кога должникот презел ваков вид на правни дејствија и во тој случај по сила на закон се смета дека должникот знаел дека со преземеното располагање им нанесува штета на доверителите. За побивањето на вакво дејствие воопшто не се бара на третото лице тоа да му било познато или да можело да му биде познато¹¹. За разлика од семејната, кај квази-паулијанската тужба претпоставката за знаењето, односно можноста за знаење за оштетување на доверителите на страна на должникот и третото лице е несоборлива. Тие не можат да го докажуваат спротивното. Ваквата строгост спрема страните кај бесплатното располагање се објаснува, првично, преку правното начело дека никој не може да дава подароци на сметка на своите доверители (*nemo liberalis nisi libertatus*). Понатаму, тука е околноста и дека стекнувањето на третото лице овде не е поврзано со било каква жртва од негова страна, со која инаку се оправдува посложениот начин на побивање кај товарното стекнување¹².

Посебен е случајот кога бесплатното располагање е направено со привиден договор, каде одредбите од ЗОО за побивање на должникови правни дејствија не можат да најдат примена. Во оваа правна ситуација се применуваат одредбите од ЗОО за ништовност на привидните договори¹³. Ваквото законско решение е логична последица на суштинската карактеристика на паулијанската тужба, според која предмет на побивање

¹⁰ Чл.270 ст.2 од ЗОО

¹¹ Чл.270 ст.3 од ЗОО

¹² Проф. Д-р. Борислав Т.Благојевиќ, Проф. Д-р.Врлета Круљ (1980), *Op. cit.*, стр.718

¹³ Чл.270 ст.5 од ЗОО

можат да бидат само дозволени т.е. законити и полноважни правни дејствија на должникот со трети лица. Секоја правна работа што не е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи е ништовна¹⁴, што значи не го исполнува основниот услов за побивање. Истото се однесува и за привидниот (симулиран) договор за кој законот определува дека нема дејство помеѓу договорните страни¹⁵. Поради тоа, кога бесплатното располагање е направено со ваков договор, тоа не може да биде предмет на побивање туку договорот може да се соборува со тужба за утврдување ништовност.

Законот предвидува и исклучок од правилото за побивање на бесплатните располагања. Така, не можат да се побиваат поради оштетување на доверителите вообичаените пригодни подароци, наградните подароци, како ни подароци направени од благородност, но само доколку тие се сразмерни со материјалните можности на должникот¹⁶.

2. Процесно-правни аспекти на побивањето на должникови правни дејствија

Според правилата на Законот за облигационите односи, побивање на должникови правни дејствија може да се врши со тужба или со приговор¹⁷. Активно легитимиран за поднесување на тужба или приговор за побивање е само доверителот чие ненамирено побарување е предмет на заштита. Затоа, тој првенствено во постапката пред судот мора да го докаже својството на доверител спрема должникот чие дејствие го побива, а потоа своето тужбено барање, односно приговор, да го заснова на тврдењето дека се исполнети сите општи претпоставки за побивање за кои претходно стана збор, како и најмалку една од посебните препоставки предвидени кај посебните видови на паулијанска тужба.

Тужбата за побивање се поднесува против третото лице со кое, или во чија корист е преземено правното дејствие што се побива, или против неговите универзални правни следбеници¹⁸. Доколку пак третото лице со некоја товарна работа ја оттуѓил користа прибавена со располагањето кое се побива, тужбата може да се поднесе против прибавувачот, но само ако тој знаел дека прибавувањето на неговите претходници можело да се побива. Ако пак прибавувачот користа ја

¹⁴ За ништовноста на договорите види чл.95 од ЗОО

¹⁵ За привидните договори види чл.58 ст.1 од ЗОО

¹⁶ Чл.271 од ЗОО

¹⁷ Чл.272 ст.1 од ЗОО

¹⁸ Чл.272 ст.2 од ЗОО

отуѓил со работа без надомест, тужбата може да се подигне против него и ако тој не го знаел тоа¹⁹. Иако законските одредби кои на овој начин ја дефинираат пасивната легитимација за тужба за побивање се прилично јасни и прецизни, во пракса честопати се поднесуваат тужби за побивање поднесени против должникот и против третото лице, како сопарничари. Ваквата поставеност на тужбата е погрешна, од причина што според постојното законско решение должникот кај паулијанската тужба не е пасивно легитимиран, што значи дека спрема него судот ќе го одбие тужбеното барање, без оглед на исходот на спорот спрема третото лице. Тужба за побивање може да се поднесе и против универзалните правни следбеници на третото лице, а тие одговараат за нивниот претходник како во поглед на фактичката основаност на побивањето, така и во поглед на неговиот обем. Ако се работи за наследници, тие одговараат во висина на вредноста на наследениот имот²⁰.

Во историјатот на тужбата треба да бидат изнесени правните основи и претпоставки за побивањето и доказите преку кои доверителот, како тужител, има намера да ги докаже решителните факти пред судот. Покрај ова, од особена важност е правилно да се постави тужбеното барање. Имено, петитумот²¹ на тужбата треба да содржи две барања: прво, да се утврди дека определеното правно дејствие на должникот е без дејство спрема доверителот (тужителот) и второ, на кој начин и преку што третото лице –противник на побивањето (тужениот) треба нешто да стори или да трпи за да може доверителот да го наплати своето побарување. Обемот и начинот на сторувањето, односно трпењето на тужениот се определени до износот на ненаплатеното побарување на доверителот со сите споредни побарувања (камата и парнични трошоци доколку претходно била водена судска постапка за наплата)²².

Правните последици од побивањето се ефектуираат на таков начин што, доколку судот го усвои поставеното тужбено барање, правното дејствие го губи дејството само спрема тужителот и само толку колку што е потребно за исполнување на неговите побарувања²³. Тоа значи дека побиеното правно дејствие на должникот и третото лице не е правно неважечко, ниту се раскинува, туку само се суспендира неговото правно дејство спрема доверителот. Всушност, се работи за релативна неважност на побиеното правно дејствие бидејќи со одлуката на судот

¹⁹ Чл.272 ст.3 од ЗОО

²⁰ Чл. види чл.137 од Законот за наследување (Сл.Весник на РМ бр.47/1996)

²¹ Чл.176 ст.1 од ЗПП – „Тужбата треба да содржи определено барање во поглед на главната работа и споредните барања...“

²² Проф. Д-р. Борислав Т.Благојевиќ, Проф. Д-р. Врлета Круљ (1980), *Op. cit.*, стр.720

²³ Чл.273 од ЗОО

само е ограничено неговото дејство и со тоа е отстранет неговиот штетен ефект спрема доверителот. Побиеното правно дејствие спрема сите останати страни останува во правна сила. Со тоа во сила остануваат и сите права кои трети лица ги стекнале врз предметот на побивање после должниковото располагање кое се побива (на пример, заложно право, службеност и сл.), доколку тие права исто така не подлежат на побивање²⁴.

Секако, усвојувањето на тужбено барање за побивање повлекува со себе и извесен број на секундарни правни последици. Така, како последица на сторувањето или трпењето наложено од судот, противникот на побивањето во зависност од околностите на случајот може да бара регрес од должникот, односно од својот претходник, или по основ на надомест на штета, или по основ на одговорност за евикција, според општите правила на граѓанското право. Истото се однесува и за парничните и останатите трошоци кои ги имал противникот во врска со побивањето.

Поаѓајќи од фактот дека цел на побивањето е намирување на доверителовото побарување, во законот е предвидено дека тужениот може да го избегне побивањето ако ја исполни должниковата обврска²⁵. Од содржината на ваквата законска одредба произлегува дека до ова може да дојде само после заведување на спорот по тужбата за побивање, каде противникот на побивањето стекнал својство на тужена страна. Меѓутоа, ваквото ослободување не секогаш е препорачливо за противникот (тужениот), бидејќи ако тој доброволно го намири побарувањето на должникот ќе остави можност и други доверители повторно да го побиваат истото правно дејствие спрема него за целокупната вредност што ја стекнал со правното дејствие, што не би било случај доколку тој трпи намирување врз основа на пресуда со која се врши побивањето.

Од процесно-правна гледна точка, доколку противникот на побивањето (тужениот) во текот на спорот доброволно го намири побарувањето на доверителот (тужителот), а тој самиот не ја повлече тужбата²⁶, судот ќе го одбие тужбеното барање како неосновано. Ова заради фактот што во текот на постапката отпаднал еден од кумулативно потребните услови за побивање – постоење на ненамирено побарување на доверителот-тужител.

Од друга страна, правото на тужениот на доброволно исполнување на должниковата обврска трае до донесување на првостепената

²⁴ Мг. sc. Hrvoje Momcinovic (2006), Op. cit., стр.535

²⁵ Чл.272 ст.4 од ЗОО

²⁶ Во таков случај тужителот би имал право на надомест на парничните трошоци заради повлекување на тужба поради исполнување на тужбеното барање од тужениот, во смисла на чл.152 ст.1 од ЗПП

пресуда на судот. Потребно е да напоменеме дека откако ќе биде донесена пресуда за побивање на правното дејствие, ваквото право на исполнување на тужениот не претставува негова факултативна обврска (*facultas alternativa*)²⁷, што значи дека во таков случај останува обврската на тужениот за намирување на побарувањето на доверителот исклучиво на начинот кој е определен од страна на судот.

Во законот е пропишан и рок за поднесување тужба за побивање, а истиот изнесува 3 години²⁸. Се работи за преклузивен рок кој е од материјално-правна природа, што значи дека доколку тужбата не се поднесе во тој рок тужителот го губи правото на правна заштита пред судот. Во случај на поднесување на тужба по истек на овој рок, судот ќе го одбие тужбеното барање како неосновано, а нема да ја отфрли тужбата како ненавремена во смисла на чл.267 ст.1 од ЗПП.

Ваквиот карактер на рокот за поднесување на тужба за побивање се појаснува во одредбата од чл.359 од ЗОО, каде законот пропишува разграничување помеѓу правилата на застареност и роковите за подигање на тужба под закана на губење на правото. За разлика од процесно-правните преклузивни рокови кои се пропишани во процесните закони, рокот за поднесување на тужба за побивање е пропишан во ЗОО како материјален закон и го означува периодот во рамки на кој мора да се оствари правната заштита, под закана за губење на правото. Со пропуштањето да се преземат определени активности до истекот на материјално-правниот преклузивен рок, имателот на субјективното право не ја губи само можноста присилно да го оствари своето право, туку го губи и самото субјективно право. Како што тоа е случај кај сите материјално-правни преклузивни рокови, и кај рокот за поднесување тужба за побивање не може да настане застој или прекинување во смисла на правилата за застареност, а судот внимава на неговиот истек по службена должност.

Рокот за поднесување на тужба за побивање се смета од денот кога е преземено правното дејствие кое се побива, односно од денот кога требало да се преземе пропуштеното дејствие²⁹. При практична примена на ваквото законско решение, основано се поставува прашањето за почетокот на засметувањето на рокот за побивање кај должниковите правни дејствија кои се состојат од повеќе одвоени акти. Во правната теорија е заземено стојалиште дека во ваквите случаи се смета дека правното дејствие е преземено во моментот кога е преземен последниот акт со кој дејствието завршува, а ако се работи за дејствие поврзано

²⁷ Види чл.398 од ЗОО и чл.313 од ЗПП

²⁸ Чл.274 ст.1 од ЗПП

²⁹ Чл.274 ст.2 од ЗОО

со запишување на правото во јавна книга, во тој случај рокот ќе почне да тече од денот кога правото е запишано во јавната книга на име на стекнувачот³⁰.

Веќе е споменато дека покрај тужбата за побивање, правно средство за побивање е и приговорот кој може да дојде во предвид во две ситуации. Во првиот случај, ако побиваното дејствие се состои во некоја обврска која должникот ја има кон противникот на побивањето, па тој повел парница каде бара исполнување на обврската, доверителот може со приговор да го побива тоа барање. Во вториот случај, ако во должниковиот имот се наоѓа некој предмет врз кој противникот на побивањето стекнал приоритетно и појако право и бара тој предмет да се из земе од извршување, доверителот може да истакне приговор дека противникот тоа право го стекнал со правно дејствие кое подлежи на побивање³¹.

Кога се зборува за приговорот како средство за побивање на должникови правни дејствија, важно е да се има во вид дека се работи за материјално-правен приговор кој се истакнува во веќе поведена судска постапка чие главно барање не е побивање на дејствието на кое се однесува приговорот, така што во овој случај судот ќе расправа по приговорот за побивање само од аспект на претходно прашање³² од чие решавање ќе зависи и исходот на спорот во поглед на главното барање.

3. Односот помеѓу побивањето на должникови правни дејствија и неважноста на договорите согласно одредбите од Законот за облигационите односи

Општата асоцијација на зборот „побивање“ несомнено упатува на поништување на правните дела. Но, веднаш е потребно да се нагласи дека преку поништувањето на правните дела доаѓа до израз начелото на релативност на облигационо-правните односи. Според тоа начело, облигациониот однос има правно дејство само спрема договорните страни на тој однос, а не и спрема трети лица³³. За разлика од ова, побивањето

³⁰ Проф. Д-р. Кирил Чавдар, Доц. Д-р Кимо Чавдар (2012), *Op. cit.*, стр.450, исто и Проф. Д-р. Борислав Т.Благојевиќ, Проф. Д-р. Врлета Круљ (1980), *Op. cit.*, стр.725

³¹ Проф. Д-р. Кирил Чавдар, Доц. Д-р Кимо Чавдар (2012), *Op. cit.*, стр.448, исто и Проф. Д-р. Борислав Т.Благојевиќ, Проф. Д-р. Врлета Круљ (1980), *Op. cit.*, стр.720

³² За претходно прашање, види чл.11 од ЗПП

³³ Z. Slakoper, V. Skorup (2012), O zastari i prekluziji kod paulijanske tužbe, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveucilista u Rijeci, v. 33, br. 1, стр.313-335

на правните дејствија има пошироко правно дејство и не треба да се поистоветува со поништувањето на т.н. неполноважни правни дела.

Во одредбите содржани во Глава II Отсек 4 на ЗОО³⁴ е уредено прашањето на неважноста т.е. неполноважноста на договорите, како граѓанско-правна санкција за оние договори што имаат определени недостатоци и не се склучени во согласност со сите правни претпоставки и барања на законот за полноважност на правните дела.

Следејќи ги современите правни системи, и македонскиот Закон за облигационите односи во основа предвидува двостепеност на неполноважноста на договорите, разликувајќи ништовни и рушливи договори. Ваквата градација е поставена врз основа на апсолутниот или релативниот карактер на нивната противправност и неполноважност, како и врз основа на тоа што цел на ништовноста е меѓудругото, да се заштити и општиот интерес, додека рушливоста има за цел да го заштити приватниот интерес. Ништовноста е последица на спротивноста на договорот со Уставот, законите и добрите обичаи, а на неа судот внимава по службена должност. Од друга страна, рушливоста претставува посебна категорија на неважност изразена во постоење на недостатоци во деловната способност на договорните страни или постоење мани во поглед на нивната волја за склучување на договорот, како и други случаи определени со закон или друг пропис.

И ништовниот и рушливиот договор, во случај кога е огласен за ништовен, односно поништен, се смета дека не произведува правно дејство и меѓу договорните страни мора да биде извршено враќање во поранешна состојба т.е. секоја страна е должна на другата да ѝ го врати она што од неа го примила, освен ако со законот не е предвидено нешто друго³⁵. Секако, законот пропишува и определени отстапувања од начелото на враќање на применото, односно од начелото на почетна неважност на таквите договори, како што е случајот на конверзија на договор³⁶ и други правно регулирани ситуации во кои под одредени услови договорите делумно или во целост може да останат во сила.

Поаѓајќи од функцијата на институтот побивање на должникови правни дејствија кој исто така има за цел отстранување на правните последици од конкретни правни работи, неспорен е заклучокот дека според правната природа, се работи за сродни правни средства. Ова пред сè заради фактот што и ништовноста и рушливоста (поништувањето) се граѓанско-правни инструменти со кои се отстранува ефектот на определено

³⁴ Од чл.95 до чл.109 од ЗОО

³⁵ Чл.96 и чл.105 ст.1 од ЗОО

³⁶ Чл.98 од ЗОО

правно дело. Но, од аспект на правилно и ефикасно остварување на граѓанско-правната заштита во различни правни ситуации, мора да се има во предвид дека помеѓу побивањето и поништувањето на правните дела постојат и значителни разлики.

Така, помеѓу побивањето и поништување на договорите постои разлика во однос на опфатот - предмет на побивање можат да бидат најразлични должникови правни дејствија (вклучително и процесни дејствија, еднострани изјави на волја, пропуштања, итн.), додека предмет на поништување се конкретни договори како производ на облигационо-правните односи во потесна смисла на зборот. Друга разлика се состои во тоа што побивањето како институт секогаш содржи право на трето лице (доверител) да го „оспори“ правното дело преземено помеѓу други лица (должникот и трето лице), како и правните работи кои должникот ги презел или пропуштил да ги преземе спрема друго лице, за разлика од поништувањето на кое по правило, може да се повика договорната страна, а по исклучок, трето лице кое има правен интерес. Разлика постои и во последиците – побивањето го „соборува“ правното дејствие само спрема доверителот и само во обем потребен за намиравање на неговото побарување, додека поништувањето на договорите има значително пошироко правно дејство во правниот промет.

Меѓутоа, она што суштински ги разграничува овие правни институти е самиот поим на „полноважност“ на правните дела, како правен стандард од чие исполнување зависи која правна работа може да биде предмет на побивање, а која предмет на утврдување ништовност, односно поништување според ЗОО. Имено, веќе е изнесено дека објект на побивање можат да бидат само полноважни правни дејствија на должникот. За правното дејствие да биде полноважно, потребно е истото да ги исполни сите законски претпоставки за негов настанок и егзистирање во правниот промет. Токму во тоа се состои и основната разлика помеѓу побивањето и утврдувањето неважност на правните дела. Доколку едно правно дело ги исполнува условите за негова неполноважност (ништовност или рушливост), истото во никој случај не може да биде предмет на побивање со паулијанска тужба. Тоа значи дека во една иста правна ситуација, не постои можност за комбинирање на одредбите од законот за побивање со одредбите за поништување на правни дела, бидејќи истите меѓусебно се исклучуваат.

Во оваа насока, од судската практика на Врховниот суд на Република Северна Македонија, може да се издвои следното правно сфаќање³⁷:

„Со тужбата за побивање на правното дејствие на должникот,

³⁷ Решение на Врховен суд на РМ Рев.бр.1316/98 од 25.01.2001 година

доверителот не може да бара поништување на договорот за дар, туку може да бара да се утврди дека дарот извршен на трето лице нема правно дејство спрема него до висината на неговото побарување и третото лице да се задолжи да трпи доверителот да се наплати од предметот на дарот.“

Затоа, важно е да се напомене дека пред поднесување на тужба за побивање на правни дејствија, за правните практичари е од особена важност правилно да проценат дали во конкретниот случај се работи за правно дело кое може да биде објект на побивање, или пак станува збор за правна работа која не е полноважна и треба да биде предмет на тужба за утврдување ништовност, односно поништување.

4. Односот помеѓу побивањето на должникови правни дејствија и поништувањето на трансакции според Законот за извршување

Кога се анализира практичната примена на вонстечајната тужба за побивање на правни дејствија според одредбите од ЗОО, мора да се земе во предвид одредена состојба која во правниот систем се наметнува како последица на нормативната поставеност на конкретно законско решение пропишано во Законот за извршување³⁸. Се работи за одредбата содржана во членот 27 од ЗИ, чиј наслов гласи „Поништување на трансакции“. Според содржината на оваа одредба, трансакциите преземени пред извршувањето на извршната исправа, кои се неопходни за исполнување на побарувањата на доверителот, или со кои одредени доверители се ставаат во поповолна положба, или кои се преземаат само со цел да се спречи извршувањето врз тој предмет или право врз таа сопственост, нема да имаат правно значење врз извршувањето на извршната исправа. Овие трансакции ќе се сметаат за ништовни ако се преземени во период од шест месеци пред донесувањето на извршната исправа, а ништовноста на трансакциите се утврдува со правосилна одлука донесена во парнична постапка³⁹.

Доколку ваквото законско решение го анализираме во релација со одредбите од ЗОО кои ја уредуваат паулијанската тужба, лесно може да се примети дека се работи за одредена модификација на институтот побивање на должникови правни дејствија. Но, оваа конкретна одредба од ЗИ создава дилеми во однос на нејзината практична примена.

Прво, насловот на членот 27 од ЗИ не е сообразен со содржината на одредбата, имајќи во предвид дека насловот упатува на „поништување“

³⁸ Сл.Весник на РМ бр.72/16, 142/16 и 233/18 – во понатамошниот текст ЗИ

³⁹ Чл.27 од ЗИ

на трансакции, додека самата законска одредба зборува за утврдување „ништовност“ на трансакциите. Второ, ништовноста, како граѓанско-правен институт по правило има апсолутно дејство во правниот промет, но спротивно на тоа, законското решение упатува дека во случај на утврдување ништовност на трансакции според ЗИ пресудата на судот ќе има правно дејство само врз извршувањето на една конкретна извршна исправа, што значи дека овде ништовноста има релативно правно дејство. Третата дилема која се наметнува е поврзана со степенот на усогласеност на одредбата од чл.27 од ЗИ со системските одредби за побивање содржани во ЗОО, особено во контекст на фактот дека се работи за правни средства кои имаат скоро идентична правна природа и во пракса можат да најдат примена во една иста правна ситуација.

Затоа, според некои автори, одредбите од чл.27 од ЗИ треба да се применуваат само во согласност и во смисла на одредбите од чл.269-270 од ЗОО. Секое поинакво толкување и примена би ја довело во прашање секоја трансакција во правниот промет и би ја загрозило правната сигурност на секое совесно лице кое прибавува нешто со какви и да е трансакции или имотни вредности од кое било лице, за кое во иднина ќе се покаже дека било должник на кого било⁴⁰. Ваквото правно стојалиште својата оправданост ја наоѓа во фактот што одредбите од чл.27 од ЗИ се поставени прешироко и воопшто не ги доуредуваат правните претпоставки врз основа на кои судот би можел да ја утврди целта на трансакциите во насока на постоење намера за повластување на одредени доверители или во насока да се спречи извршувањето, ниту водат сметка за постоењето на субјективен елемент -совесност на стекнувачот при оценка на ова правно прашање.

Дополнителна несообразност на овие два институти на граѓанското право предизвикува и рокот во кој може да се остварува правната заштита со тужба за побивање според ЗОО, наспроти рокот за правна заштита со тужба за поништување на трансакции според ЗИ. Имено, веќе е кажано дека правното дејствие може да се побива ако е преземено најдоцна 3 години пред денот на поднесување на тужбата, додека трансакциите, во смисла на чл.27 од ЗИ може да се утврдат за ништовни ако се преземени најдоцна 6 месеци пред донесувањето на извршната исправа. Ако се има во предвид дека извршувањето на одлуки на суд и друг надлежен орган застарува дури по 10 години од извршноста на исправата⁴¹, а откако ќе се

⁴⁰ Проф. Д-р. Кирил Чавдар, Проф. Д-р Кимо Чавдар (2016), Закон за извршување со коментари, судска практика, примери на поднесоци и предметен регистар, Академик, Скопје; стр.176-177

⁴¹ Чл.368 од ЗОО

повеќе извршувањето повеќе воопшто и не тече рокот на застареност⁴², тоа значи дека тужба за поништување на трансакции би можела да се поднесе после многу долг период од преземање на трансакцијата (на пример, дури и после 15-20 години), што дополнително ја доведува во прашање правната сигурност на договорните страни во правниот промет.

Од процесно-правен аспект, во практиката често може да се сретне определена, пред сè, нормативна дилема на правните практичари при поднесување на тужби за побивање на правни дејствија за кои доверителот веќе повел присилно извршување кое е без успех (што е најчест случај во пракса), така што во тужбата за побивање, тужителот, покрај на одредбите за побивање од ЗОО се повикува и на одредбите од чл.27 од ЗИ со кои е уредено поништувањето на трансакции.

Меѓутоа, треба да се има во предвид дека се работи за два одвоени правни институти кои иако имаат за цел да овозможат присилно намирување на побарување на конкретен доверител на начин што ќе го отстранат правното значење на одредени правни дејствија – вклучително и трансакции на должникот со трети лица, сепак не можат да се комбинираат во една иста парница. Кај побивањето на правни дејствија според ЗОО, тужбата мора да содржи тужбено барање да се утврди дека побиваното дејствие го губи правното дејство спрема тужителот, додека кај поништувањето на трансакции според ЗИ тужбата мора да содржи барање за утврдување ништовност на трансакциите со правно дејство спрема конкретна извршна исправа. Иако судот не е врзан за правниот основ кој тужителот го навел во тужбата⁴³, сепак тој е врзан за содржината на конкретно поставеното тужбено барање во чии граници одлучува⁴⁴. Следствено на тоа, од поставеноста на тужбеното барање на тужителот ќе зависи и дали спорот ќе се решава со примена на одредбите за побивање на должникови правни дејствија од ЗОО или со примена на одредбите за поништување трансакции од ЗИ.

ЗАКЛУЧОК

Институтот побивање на должниковите правни дејствија несомнено претставува ефикасен граѓанско-правен инструмент кои служи за заштита на правата на доверителите и спречување на злоупотребите од страна на

⁴² Чл.377 од ЗОО

⁴³ Чл.176 ст.3 од ЗПП – одраз на правното начело *iura novit curia* – „судот го познава правото“, што значи дека судот не е врзан за правното сфаќање на тужителот, но треба да означи според кој правен пропис го решил спорниот однос помеѓу странките

⁴⁴ Чл.2 ст.1 од ЗПП: „Во парничната постапка судот одлучува во границите на барањата што се ставени во постапката.“

должниците. Со оглед на фактот дека од досега изложеното може да се види дека се работи за комплексно правно средство, се наметнува потребата правните практичари континуирано да ги продлабочуваат своите знаења за оваа сложена правна проблематика. Тоа ќе придонесе кон зголемување на бројот на успешно завршени парнични постапки за побивање на правни дејствија, посебно имајќи во вид дека успешното поставување на овој правен инструмент во полн правен промет како познато и признато средство за граѓанско правна заштита на доверителите не е само во нивен интерес, туку и во општ интерес насочен кон одржување на стабилноста на деловниот и економски промет и во функција на спречување на злоупотребите на правото и остварување на начелото на владеењето на правото како темелна вредност на нашиот уставен поредок.

Aleksandar Shopov, LL.M.
Judge and President of the Basic Court Veles
aleksandar.shopov@gmail.com

PREVENTING ABUSE OF LAW BY REFUTING DEBTOR'S LEGAL ACTIONS

Abstract: *In today's modern business environment we are facing various abuses of debtors that aim to avoid fulfilling obligations towards their creditors. In case of reduced solvency, the debtor often tries to evade his obligations by undertaking activities in order to make collection the receivables from his assets difficult or even impossible. This rises a need for establishing a legal mechanism that will undermine these kind of fraudulent attempts, by refutation of debtor's legal actions.*

The claim for refuting legal actions (the so-called Actio Pauliana) is one of the most important legal remedies for civil-law protection against debtor's valid and effective transactions that have been taken to the detriment of creditors, by suspending the legal consequences of such dispositions in relation to specific creditors. This legal instrument provides operationalization of the principle of Rule of law, by sanctioning activities by which debtors have abused their right to free disposal of property and creating a legal basis for creditors to forcibly settle their claims from debtor's former assets that has been transferred into a third party's property.

The author analyzes the legal framework for refutation of legal actions in the Republic of North Macedonia in compliance with the Law on Obligation Relations, referring also to the relation with other similar civil remedies that aim to terminate legal consequences of certain disposals of the parties, such as the voidity of contracts regulated by the Law on Obligation Relations and the nullity of transactions regulated by the Law on Enforcement.

Key words: *Abuse of law; refuting legal actions; validity; contracts, nullity; transactions.*

Ксенија Димитријевић *

НАКНАДА ЗА ОБРАДУ КРЕДИТНОГ ЗАХТЕВА У СУДСКОЈ ПРАКСИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

UDK:347.5:347.133.26]:336.77(497.11)(094.8)
Professional papers

Апстракт: Судска пракса судова Републике Србије (надаље: РС), свакодневно је богатија умножавањем судских спорова који се воде против банака по разнима основима. Доминантан међу њима јесте спор поводом наплате накнаде за обраду кредитног захтева (*Origination fee*). Феномен "масовних утужења" није новум правосуђа РС. Оно што се последњих година дешава у Србији, давно је препознато у страним правним системима. Тако на пример *mass tort* у правној теорији система Сједињених америчких држава, у Немачкој *massenklagen*, Русији (массовые иски), и сл. постоје деценијама.

Специфичност масовних утужења против банака по основу, како то тужиоци сматрају: противзаконито наплаћене накнаде за обраду кредитног захтева у Србији је та што се тужбени захтеви, иако истоветни по својој садржини, у пресудама судова третирају и подводе под две различите правне категорије: 1) накнаде као услуге и 2) трошкове процеса пружања услуге, те су и судске одлуке дијаметралне. С једне стране постоје одлуке које накнаду третирају трошковима, те у том смислу судови пресуде доносе у корист тужилаца, и обратно, судови који накнаду третирају као услугу и пресуђују у корист банака. У раду се анализирају најчешће грешке које се праве у току трајања судских поступака, који су, према мишљењу аутора, највећи кривац критикованих одлука, ослањајући се на институт који се у правној теорији назива: *origination fee*.

Кључне речи: судска пракса, накнада за обраду кредитног захтева, трошкови.

* Адвокат из Ниша, ksenija.dimitrijevic@gmail.com

УВОД

Судска пракса судова Републике Србије (надаље: РС), свакодневно је богатија умножавањем судских спорова који се воде против банака по разнима основима. Доминантан међу њима јесте спор поводом наплате накнаде за обраду кредитног захтева (*Origination fee*).

Феномен “масовних утужења” није новум правосуђа РС. Оно што се последњих година дешава у Србији, давно је препознато у страним правним системима. Тако на пример *mass tort*¹ у правној теорији система Сједињених америчких држава, у Немачкој *massenklagen*², Русији (*массовые иски*³), и сл. постоје деценијама.

Специфичност масовних утужења против банака по основу, како то тужиоци сматрају: противзаконито наплаћене накнаде за обраду кредитног захтева у Србији је та што се тужбени захтеви, иако истоветни по својој садржини, у пресудама судова третирају и подводе под две различите правне категорије: 1) накнаде као услуге и 2) трошкове процеса пружања услуге, те су и судске одлуке дијаметралне. С једне стране постоје одлуке које накнаду третирају трошковима, те у том смислу судови пресуде доносе у корист тужилаца, и обратно, судови који накнаду третирају као услугу и пресуђују у корист банака. У раду се анализирају најчешће грешке које се праве у току трајања судских поступака, који су, према мишљењу аутора, највећи кривац критикованих одлука, ослањајући се на институт који се у правној теорији назива: *origination fee*.

ТУЖБА КАО ИНИЦИЈАЛНИ АКТ

Тужбом тужиоци траже утврђење ништавости одредбе уговора којом је уговорена накнада за обраду кредитног захтева. Чак и уколико је не траже, позивају се на одредбе Закона о облигационим односима који обавезују суд да на ништавост пазе по службеној дужности. Тужиоци сматрају да је уговором заправо уговорено плаћање трошкова обраде кредитног захтева, те како трошкови нису образложени (банка им није пре закључења уговора приложила дивизиону калкулацију⁴ нити било

¹ Sanders, Joseph (1998). *Bendectin on Trial: A Study of Mass Tort Litigation*. University of Michigan Press. ISBN 978-0472096015.

² Stancke, Fabian (2018) *Rechtliche Rahmenbedingungen kartellrechtlicher Massenklagen. Wirtschaft und Wettbewerb : Competition and trade regulation = Concurrence et marché* ISSN 0043-6151, Vol.68, №.2 page 59-65

³ Аболонин, Глеб Олегович, (2011). *Массовые иски* Wolters Kluwer, Москва ISBN 978-5-466-00496-0 416.стр.

⁴ Дивизиона калкулација примењује се за распоређивање трошкова на

који други акт из кога би се видео преглед насталих трошкова), то они сматрају такву одредбу ништавом и траже да им се врате уплаћена средства по правилима стеченог без основа. У току поступка, ако не и у уз саму тужбу, инсистира се на вештачењу вештака економско-финансијске струке ради утврђивања износа који је плаћен, као и чињенице да је банка оспоравни износ приходовала, а није користила ради покрића ‘’недефинисаних’’ трошкова.

Најчешћи је захтев банкама као туженима, да доставе преглед трошкова које су имале ради обраде кредитног захтева, као и доказе о истим, који је захтев сам по себи несхватљив. Наиме, банке су финансијске институције које имају огромне трошкове за све банкарске операције. Достављање података о трошковима за конкретан банкарски посао уз достављање доказа је захтев који је апсурдан сам по себи. Документација се вероватно мери стотинама, можда и хиљадама папира, а утврђивање колико кошта папир, тонер, рад радника, софтвер, надзор, осигурање ... и све оно што је банка у обавези да ради зарад обраде кредитног захтева је немогућа мисија, нити је то, наравно потребно. Међутим, судови често, уместо да одбијају захтеве за извођењем доказа вештачењем, управо усвајају такве захтеве и дају налоге вештаку да:

“... утврди да ли су постојали трошкови, уколико јесу о којим трошковима се радило, колико износе појединачно и да утврди на који начин је наплаћен износ укњижен у књигама банке, и у ком износу ...”.

ПРАВНИ ОКВИР

Сама чињеница да је ЗОО донет давне 1978. године, те да је појава приватног банкарског сектора и промена социјалистичког режима, нужно сама по себи захтевала бројне новине у области законодавства, утицала је на то да Република Србија током наредних деценија донесе и друге посебне законе, који се, поред ЗОО-а, на детаљнији начин регулисали питање банкарског сектора, пословања и процеса и услова издавања банкарских кредита. Ово је рађено не само да би се заштитили интереси клијента банака (и њихова права), већ и да би се заштитили интереси банака, тј. и да би банке биле сигурне да ће њихов пласирани новац имати правну заштиту.

хомогене(једнородне) производе или услуге. Поступак дивизионе калкулације састоји се у утврђивању укупних трошкова насталих на одређеном месту трошкова (погону, сектору, служби и сл) и дељењу-дивизији-тих трошкова укупном количином производа/услуга произведеном/пруженом на том месту. Више видети на: <https://prezi.com/9jzkyvs9yzh7/kalkulacijaobracuntroskova/> доступно на дан: 28.3.2019. године

Важећи Закон о Банкама, почев од 01.04.2005. године надаље дао законско овлашћење банкама да могу својим Општим условима пословања да слободно пропишу опште услове за обављање трансакције са клијентима⁵, наравно, уз ограничења која им евентуално може наметнути Народна банка Србије⁶. Такође, почев од 01.04.2005. године надаље, члан 43. Закона о банкама (који је по својој природи *lex specialis* у односу на ЗОО када су у питању уговори о кредиту, а свакако је по законодавном рангу једнак ЗОО-у) је први пут регулисао (до тада постојећу правну празнину) и то тако што је дао овлашћење банкама да, осим камате, могу да обрачунавају и објављују и друге трошкове и накнаде банкарских услуга. Након тога, на основу овлашћења из члана 43. Закона о банкама, Народна банка Србије је преко два своја подзаконска акта - Одлуке о јединственом начину обрачуна и објављивања ефективне каматне стопе на депозите и кредите⁷ и Одлуке о начину и поступку спровођења општих услова пословања које банка примењује у односу с клијентима физичким лицима⁸ (које су биле на снази од 01.10.2006. године до 05.12.2011. године), као и преко сада важеће Одлуке (која је на снази од 05.12.2011. године надаље), додатно регулисала и прецизирала ову област, дајући јасне инструкције банкама. Наиме, Банке су задржале право да самостално обрачунавају висину и наплаћују од клијента накнаде за обраду и пуштање кредита у течај, и то као посебну категорију која је део ефективне каматне стопе (која се тада као појам први пут уводи у ову правну област). Наиме, тада су први пут (додуше подзаконским актом) као појмови раздвојене номинална каматна стопа (камата на износ кредита) од ефективне каматне стопе (која је у себи, поред номиналне каматне стопе, садржала и све те друге накнаде и трошкове банке).

Тужена банка у споровима истиче да је спорну накнаду наплатила у складу са Уговором о кредиту, као и да између парничних странака није постојао неспоразум о правној природи, основу и предмету конкретних обавеза, а нису постојале ни мане у погледу воље уговорних страна, с обзиром на то да су уговорне стране биле у моменту закључења Уговора свесне врсте и предмета уговора са свим посебним елементима одобравања, коришћења и враћања кредита. Тужилац се сагласио са свим одредбама Уговора укључујући и спорне одредбе.

Своје пословање тужена води транспарентно и све услове о кредитима које нуди клијентима објављује јавно, у својим пословницима као и на својој званичној web страници, а исти чине и део Општих услова

⁵ Видети члан 42. Закон о банкама, *op.cit.*

⁶ Видети члан 43. Закона о банкама, *op.cit.*

⁷ "Службени гласник РС", број 57/2006.

⁸ "Службени гласник РС", број 74/2009.

пословања који су јавни и доступни свим клијентима, те су њени клијенти упознати са свим условима под којима тужена одобрава своје производе, о чему се прилажу писани докази.

С обзиром да је тужилац одлучио да закључи Уговор о кредиту са туженом јасно је да су услови истог у том тренутку били најповољнији за њега. Он се својеволјно, као пословно способан учесник у правном промету определио да Уговор закључи са туженом, а сви услови одобравања кредита су били познати и јасни свим учесницима у конкретном правном послу, пре његовог закључења.

Како је тужилац првенствено самоволјно изабрао тужену као финансијску институцију од које ће узети кредит на основу понуђених услова, а затим својеволјно приступио закључењу предметног уговора, то се исти, сходно чл. 10. и 26. Закон о облигационим односима (надаље: ЗОО)⁹ сагласио и са свим његовим одредбама, које регулишу услове одобрења и враћања кредита из члана 1066. ЗОО (у које услове спада и обавеза плаћања спорне накнаде).

Из наведеног произлази необорива претпоставка да је тужилац у правном промету поступао у свему са пажњом која се од њега очекује, да се упознао са свим елементима конкретног уговорног односа у које је својеволјно ступио и да је код њега у тренутку закључења конкретног уговора постојала слободна воља за закључење истих будући да је био упознат са економским последицама које преузима закључењем уговора. Тужена даље у поступцима истиче да је обавеза тужиоца на плаћање спорне банкарске накнаде унета прецизно у садржину Обавезних елемената уговора, затим у садржај Понуде, као и у План отплате кредита, те је потписивањем ових докумената тужилац изразио своју сагласност са таквим обавезама. Како сходно одредбама ЗОО, Уговор о кредиту мора бити закључен у писаној форми неспорна је чињеница да га унапред сачињава Банка, као професионална финансијска институција. Међутим, као и код сваког уговора тако и код Уговора о кредиту уговорне стране преговарају о битним елементима истог, као што је дужина трајања отплате, цена кредита, висина новчаних средстава који се одобрава клијенту, на које услове клијент може да пристане или не, те је сама одлука о закључењу уговора искључиво и само на клијенту, односно тужиоцу.

Доказ да су између тужиоца и тужене вођени преговори о условима под којима ће уговор о кредиту бити закључен јесте Понуда за закључење уговора, коју је тужилац пре закључења уговора о кредиту у целини

⁹ “Сл. лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, “Сл. лист СРЈ”, бр. 31/93 и “Сл. лист СЦГ”, бр. 1/2003 - Уставна повеља

прихватио. Тужилац није био у обавези да Уговор о кредиту закључи баш са туженом, имајући у виду опште познату чињеницу да у последње две деценије на територији Републике Србије послује око тридесетак пословних банака, које су са својим клијентима закључивале овакву врсту уговора, те се не може говорити о монополском положају тужене у конкретном правном послу.

Оно што је тек оквирно предвиђено Законом о облигационим односима и Законом о банкама¹⁰ прецизно је дефинисано Законом о заштити корисника финансијских услуга¹¹, који треба примењивати на конкретни правни однос, јер је у питању посебан закон који регулише управо правне односе између пружаоца (банака, лизинг кућа) и корисника финансијских услуга, физичких лица и предузетника. Наиме, одредбом члана 19. ст. 1. тачка 1. Закона о заштити корисника финансијских услуга прописано је да Уговор о кредиту, као свој обавезни елемент мора садржати одређење врсте и висине накнада које падају на терет корисника финансијских услуга, уз одређење да ли су фиксне или променљиве, а ако су променљиве, уговор о кредиту обавезно мора садржати периоде у којима ће их Банка мењати, као и врсту и висину других трошкова (порези, накнаде). Законом о заштити корисника финансијских услуга, у чл. 19. механизам настанка "реалних трошкова" накнаде за обраду кредитног захтева, као и трошкови који чине накнаду за обраду кредитног захтева, нису предвиђени као обавезни елемент уговора о кредиту те тужена није у обавези да их уговорно предвиди (такву одредбу би било немогуће спровести у пракси). Такође, члан 9. став 3. истог закона прописује да банке кроз Опште услове пословања упознају клијенте са трошковима и накнадама у вези кредита и то на тај начин што: Општи услови пословања обухватају и акте којима се утврђују накнаде и други трошкови које давалац финансијских услуга наплаћује корисницима (нпр. тарифа накнаде) док чл. 11. у ставу 2. алинеја 2. прецизира да новчани трошкови укључују: "трошкове које корисник финансијских услуга плаћа (нпр. камате, накнаде, порези и сл)."

Банка у поступцима посебно истиче да је упознала тужиоца са свим условима одобравања кредита у предуговорној фази на тај начин што је тужиоцу као кориснику кредита доставила Понуду за закључење спорног уговора, и оваквим својим поступањем тужена је у свему поступила сходно чл. 17. ст. 1 Закона о заштити корисника финансијских услуга, којим је предвиђена обавеза Банке да кориснику пружи све информације и одговарајућа обавештења о условима који се односе на

¹⁰ "Сл. гласник РС", бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015

¹¹ "Сл. гласник РС", бр. 36/2011 и 139/2014

Уговор о кредиту за који је корисник показао интересовње и то на начин који ће кориснику омогућити да упореди Понуде различитих давалаца истих услуга и проценити да ли понуђени услови одговарају његовим потребама што је тужилац потврдио потписивањем Уговора.

У својим поднесцима, банка подсећа да камата представља цену која се плаћа за коришћење новчаних средстава Банке за одређени временски период и уколико је изражена процентуално представља каматну стопу. Висина каматне стопе зависи од врсте кредита, рока отплате, средстава обезбеђења, услова на тржишту, конкуренције, стопе инфлације итд. Приликом сагледавања чињеница, мора се узети у обзир разлика између номиналне и ефективне каматне стопе. Номиналана каматна стопа је проценат који се примењује на износ главнице и то је износ камате који клијент плаћа на месечној или годишњој основи. Може бити фиксна или променљива. Ефективна каматна стопа (ЕКС) претставља стварну цену кредита и омогућава клијенту да лакше сагледа и упореди услове под којима различите банке нуде исте кредите. Закон о заштити корисника финансијских услуга дефинише и једну и другу. Сходно одредбама члана 2. Номинална каматна стопа означава каматну стопу изражену као фиксни или променљиви проценат који се на годишњем нивоу примењује на износ повучених кредитних средстава, односно износ нето финансирања лизинга, односно примљени депозит. Годишња ефективна каматна стопа и ефективна стопа лизинг накнаде (у даљем тексту: ефективна каматна стопа) исказују укупне трошкове кредита и других финансијских услуга које плаћа, односно прима корисник тих услуга, при чему су ти трошкови изражени као проценат укупног износа ових услуга на годишњем нивоу. Даље, члан 11. Закона о заштити корисника финансијских услуга предвиђа да је ефективна каматна стопа дисконтна стопа која изједначава, на годишњој основи, садашње вредности свих новчаних токова, односно садашње вредности свих новчаних примања са садашњим вредностима свих новчаних издатака по основу коришћења финансијских услуга а који су познати у моменту исказивања ове стопе. Наведени новчани токови укључују све отплате и исплате кредита, трошкове које корисник финансијских услуга плаћа (нпр. камате, накнаде, порези и сл.), трошкове у вези са споредним услугама које претстављају услов за коришћење финансијске услуге, односно за њено коришћење на одређени начин (нпр. трошкови осигурања живота, имовине и лица и др.), а уколико је услов за коришћење финансијске услуге отварање рачуна, у новчане токове из става 1. овог члана укључују се и трошкови отварања и вођења тог рачуна, као и сви трошкови у вези са извршењем тих новчаних токова, а начин обрачуна ефективне каматне стопе ближе је

уређен Одлуком о условима и начину обрачуна ефективне каматне стопе и изгледу и садржини образаца који се уручују кориснику¹².

Чланом 42. Закона о банкама је прописано да је банка дужна да опште услове пословања, као и њихове измене и допуне, истакне у својим пословним просторијама на видном месту, и то најкасније 15 дана пре њихове примене. Примена општих услова пословања обезбеђује се писменим уговором закљученим између банке и клијента. Општим условима пословања у смислу закона, сматра се сваки документ који садржи стандардне услове пословања применљиве на све клијенте банке, опште услове за успостављање односа између клијената и банке, поступак комуникације између клијента и банке и опште услове за обављање трансакција између клијената и банке, а тужилац је потписивањем уговора потврдио да је упознат са Општим условима пословања (кроз посебну одредбу уговора која указује на документацију предочену клијенту пре закључивања уговора).

Одлуком НБС о условима обрачуна ефективне каматне стопе и изгледу и садржини образаца који се уручују кориснику, донетом на основу члана 11., 17., и 25. Закона о заштити корисника финасијских услуга (која се примењује од 05.12.2011. године надаље) је прописано да се њоме ближе утврђују услови и начин обрачуна ефективне каматне стопе, изглед и садржина образаца на којима се понуда уручује кориснику, као и форма и садржина образаца плана отплате кредита, финансијског лизинга, исплате депозита и прегледа обавезних елемената кредита, финансијског лизинга, депозита. Ефективна каматна стопа је дисконтна стопа исказана на годишњој основи, која изједначава садашњу вредност свих новчаних токова по основу коришћења финансијских услуга. Под новчаним токовима подразумевају се сва новчана примања и сви новчани издаци корисника који настају поводом коришћења кредита, лизинга, односно полагања депозита чији је период настанка уређен уговором. Ефективна каматна стопа је најмање једнака уговореној каматној стопи. Дакле ефективна каматна стопа, поред номиналне каматне стопе, укључује накнаде и провизије које клијент плаћа банци за одобравање кредита. Ефективна каматна стопа такође обухвата накнаде за обраду кредитног захтева, годишњу провизију на име накнаде за администрирање кредита као и друге накнаде и трошкове у вези са споредним услугама које су услов за коришћење кредита а које сноси корисник. Увидом у све наведене прописе, јасно је да спорна накнада улази у структуру ефективне каматне стопе коју је тужилац био дужан да плати.

Банка, је дакле, наплаћујући уговорену накнаду у потпуности

¹² ‘‘Сл. гласник РС’’ бр. 65/2011

поступила и у складу са чланом 1065. Закона о облигационим односима јер је све накнаде и трошкове које је имала у вези са конкретним Уговорима о кредиту укалкулисала у годишњу ефективну камату и у којој су укалкулисани све накнаде и сви трошкови у вези са конкретним уговором о кредиту, а која служи као параметар за упоређивање Понуда различитих банака јер исказује стварну цену коштања кредита тј. цену камате увећану за износ свих трошкова и накнада које падају на терет корисника кредита.

НАКНАДЕ ИЛИ ТРОШКОВИ ?

Мишљење Народне банке Србије¹³, која, у поступку контроле рада Банака, није утврдила да су Банке прекршиле Закон приликом задуживања клијената за накнаду за обраду кредитног захтева. У својој препоруци упућеној Банкама НБС наводи:

“Имајући на уму да је једна од законом утврђених функција НБС и заштита корисника финансијских услуга, указујемо Вам да накнаде и трошкови које Банка напаћује за своје услуге без сумње улазе у обрачун ЕКС-а и морају бити јасно предочени кориснику већ у предуговорној фази, тако да корисник буде упознат на транспарентан начин о свим накнадама и трошковима који падају на његов терет, а чиме би се избегла било каква могућност да корисник буде доведен у заблуду.”

Такође, став заузет на седници Врховног касационог суда одржаној дана 22.05.2018. године, иде у прилог тврдњама тужене да је основано наплатила спорну накнаду, с обзиром да исти гласи да Банка има право на наплату трошкова и накнада банкарских услуга уколико је са истима недвосмислено упознала клијента и уколико исти улазе у структуру ефективне каматне стопе, што је у огромном броју спорова управо случај.

Став Врховног касационог суда гласи:

“ Банка има право на наплату трошкова и накнада банкарских услуга, па одредба уговора о кредиту којом се корисник кредита обавезује да банци плати трошкове кредита није ништава уколико је понуда банке садржала јасне и недвосмислене

¹³ Препорука НБС: “Накнаде и трошкови које банке наплаћују у вези са реализацијом кредита (трошак обраде кредита, праћења и администрирање кредита)”, јул, 2017. године

податке о трошковима кредита.

Трошкови обраде кредита и пуштања кредита у течај, као и други трошкови које банка обрачунава кориснику приликом одобравања кредита или који су познати на дан обрачуна и које банка обрачунава кориснику у току реализације уговора о кредиту, могу бити исказани у процентуалном износу и наплаћују се само кроз обрачун ефективне каматне стопе. ‘’

Ако је стање овакво какво је приказано, поставља се питање где је онда проблем? Зашто би се неко и усудио да тужи банку, да тражи утврђивање ништавости уговорне одредбе, а потом и повраћај датог? Једини логичан одговор би био: услед погрешне интерпретације и нераздевања банкарског пословања и правне природе накнаде за обраду кредитног захтева.

Најпре, треба разумети да уговарање права на наплату уговорне камате не искључује право банке да на корисника кредита пренесе и део трошкова око одобравања и праћења коришћења кредита. Наиме, Банка је привредни субјект који своју делатност обавља као профитабилни субјект, а у циљу стицања добити, па је у том смислу овлашћена да Уговором предвиди на терет друге уговорне стране накнаду за трошкове свог пословања, који обухватају рад око обраде кредитног захтева и других активности око праћења и отплате кредита. Уговорна камата претставља приход од пласмана, али њено уговарање не обухвата и обрачунате трошкове пословања, те се исти могу и самостално уговорити. Поред наведеног треба правилно препознати правну природу накнаде за обраду кредитног захтева и администрирања истог. Оне се не састоје од ‘’реалних трошкова’’ чији је механизам настанка тужиоцима нејасан, већ су она сама по себи реалан трошак за тужиоца из разлога што представљају цену услуге обраде кредитног захтева које тужена врши за тужиоца и коју је тужилац дужан да плати туженој, а која је одређена у складу са позитивно правним прописима, Општим условима пословања тужене, и Уговором о кредиту. При том, треба водити рачуна и о чињеници да је новац специфична роба чија је цена камата. Између цене новца - камате и цене банкарских услуга никако се не може ставити знак једнакости. Оне претстављају посебне категорије и посебно се наплаћују.

Нити један позитивноправни пропис обавезује Банку да изврши спецификацију свих трошкова које има приликом пружања услуге обраде кредитног захтева клијенту. То што клијент тумачећи одредбе Закона о облигационим односима сматра да банка осим уговора о кредиту са корисником не може да закључи ниједан други уговор је проблем

тужиоца, а не банке као тужене. Иако се документ који се потписује пре пласирања средстава зове Уговор о кредиту, он у себи садржи и одредбе које се тичу других банкарских производа, пратећих у односу на главни: уговор о кредиту.

Недостатак банкарског искуства, и недовољно познавање банкарског пословања, доводи до тога да се у пракси не прави разлика између трошкова насталих поводом реализације Уговора о кредиту и пратећих банкарских послова, те се у судским поступцима прихватају предлози за извођење доказа вештачењем вештака финансијске струке. Тумачење прописа није у домену вештака економско финансијске струке већ суда. Све спорне чињенице се могу утврдити из писаних доказа, приложеним у списима предмета, те је нејасно, да суд, који је у обавези да познаје право, па и банкарске прописе, прихвата предлоге за одређивање вештачења. Недопустиво је да се и суд руководи одредбама члана 1065.300 којим није изричито дозвољено да уговор о кредиту може садржати одредбу којом се корисник кредита обавезује да банци накнади трошкове или плати накнаде за пратеће услуге настале у вези са кредитом. Међутим, наведена законска одредба је општег карактера и дефинише само битне (основне) елементе уговора о кредиту (новчани износ кредита, уговорена камата, време и начин враћања кредита), што трошкови и накнаде у вези кредитног захтева и праћења испуњења уговора нису. Члан 1065. Закона о облигационим односима се ни на који начин не може посматрати одвојено од члана 1066. истог Закона, којим је предвиђено да се прецизнији услови давања, коришћења и враћања кредита, утврђују управо Уговором о кредиту. На овај начин законодавац ближе одређење услова конкретног кредитног посла оставља диспозицији уговорних страна.

САВЕСНОСТ

Имајући у виду да се тражи повраћај датог по основу правила стицања без основа, оцена савесности је кључан услов за доношење одлуке. Чак и по том питању долази до различитих одлука у ситуацијама када је чињенично стање идентично. Банка је све накнаде наплатила у складу са Уговором, а услугу обраде кредитног захтева је свакако пружила. Међутим, судске одлуке у многим случајевима образлажу да је понашање тужене било несавесно јер је наплатила трошкове а није исте образложила. Дакле, одлуке донешене услед неразумевања постојања пратећих послова и накнаде за одобравање кредитног захтева (origination fee). Чланом 214. 300 прописано је да: “Кад се враћа оно што је стечено

без основа морају се вратити плодови и платити затезна камата, и то, ако је стицалац несавестан, од дана стицања, а иначе од дана подношења захтева”. Чак и ако се донесе пресуда у корист тужиоца у конкретним чињеничним ситуацијама, тешко да има оправдања да се тражи камата од дана плаћања. Камата би могла бити досуђена само од тренутка пресуђења, јер је банка савесна.

Уколико тужиоцу није одговарало то што је било уговорено да туженој плати спорне накнаде, тужилац је то требало да каже пре потписивања уговора и да одбије да предметни уговор закључи са туженом, већ да потражи другу банку која према Општим условима није предвиђала обавезу плаћања ових накнада. Поставља се питање колико је савестан тужилац коме је све одговарало када је узимао кредит, а очигледно касније, када је кредит или у поодмаклој фази враћања или чак исплаћен у целости, тужиоцу почело нешто да смета?

Примећено је да су многе колеге које бране банке тражиле изузеће поступајућих судија услед чињенице да су узимали кредите код банака те да су у том смислу пристрасни јер имају интерес да се пресуди у корист тужилаца.

Право странака јесте да у поступцима траже изузеће судија. Међутим, усвајање захтева за изузеће судија могло би да доведе до колапса, јер је тужби све више, а број судија се споро повећава. Готово да нема човека у радном односу који некада у животу није узео кредит од банке да би задовољио неку своју потребу. Оцена пристрасности само према чињеници да је поступајући судија некада узео кредит је вероватно неоправдана.

ЗАКЉУЧАК

У описаним чињеничним ситуацијама суд нема тежак посао. На суду је да утврди да ли се ради о трошковима или накнади по принципу: *da mihi factum dabo tibi ius* (дај ми чињенице, даћу ти право) као и да утврди да ли је тужена банка са износом трошкова или накнаде, у зависности да ли је са тужиоцем као корисником кредита уговорила плаћање накнаде или трошкова, упознала корисника кредита пре закључења Уговора о кредиту, односно у предуговорној фази на тај начин што је исте недвосмислено исказала у својој Понуди за закључење Уговора о кредиту. Такође суд мора водити рачуна и о чињеници да ли износ накнаде или трошкова у збиру са другим давањима по основу спорног уговорног односа чини укупан износ који корисник кредита треба да плати у вези са конкретним уговорним односом, а на основу ког износа се одређује

ефективна каматна стопа у процентним поенима. Ако су тужилац и тужени уговорили плаћање трошкова, суд ће ценити њихово постојање, оправданост, висину и др. Уколико је уговорено плаћање накнаде за обраду кредитног захтева (origination fee), а тужена банка је са истим упознала тужиоца као корисника кредита у предуговорној фази и исти износ је ушао у структуру ефективне каматне стопе, суду не преостаје ништа друго него да тужбени захтев одбије.

DUBLIN IV- KORAK NAZAD U ZAŠTITI NAJBOLJEG INTERESA DJETETA U POSTUPKU TRAŽENJA AZILA?

UDK:341.43-053.2/.6:341.645.5(4-672EU)
Original Research Paper

Abstract: Maloljetnici bez pratnje posebna su i ranjiva skupina tražitelja azila. Postupovna pravila Uredbe Dublin II o premještanju maloljetnika bez pratnje prema kriteriju odgovornosti u državu prvog ulaska, dovela su do kontradiktornosti u stavovima između institucija Europske unije. U slučaju *MA and others v. Secretary of State* Sud Europske unije je presedanski riješio da se na maloljetnika bez pratnje ne može i ne smije primjenjivati opće pravilo o određivanju države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za azil jer takvo premještanje nikako nije u najboljem interesu djeteta. Umjesto toga, prema mišljenju Suda, država članica u kojoj je zatečen maloljetnik bez pratnje odgovorna je za razmatranje takvog zahtjeva za azil. U prijedlogu Dublin IV, Komisija preinačuje pretpostavku koju je dao Sud i time stavlja na dijete nerazmjerno opterećenje kako bi pokazalo da transfer nije u njegovom najboljem interesu. Iz toga je jasno grubo zanemarivanje odluke Suda. Prijedlogom za izmjenu Eurodac uredbe također se zanemaruje odluka Suda, što je samo refleksija onoga predloženog u Dublin IV. U ovom radu analizirat će se odredbe članka 8. stavka 4. Prijedloga Dublin IV, Prijedlog za izmjenu Eurodac uredbe i presuda Suda u slučaju *MA and others v. Secretary of State* kako bi se ukazalo da je predložena izmjena Dublinskog sustava u pogledu premještanja maloljetnika bez pratnje korak nazad u zaštiti najboljeg interesa djeteta. S jedne strane države članice su vezane odlukom Suda, a s druge postoje prijedlozi za izmjenu Dublinskog sustava koje govore suprotno tome. Posljedice ovakvih kontradiktornosti između institucija EU mogu biti velike.

Ključne riječi: maloljetnici bez pratnje, Dublin IV, načelo prvog ulaska,

* PhD student in European Studies, Sveučilište J.J. Strossmayera u Osijeku, Akademija za umjetnost i kulturu u Osijeku, mcepo@aukos.hr

UVOD

Uredba br. 343/2003 o uvođenju kriterija i mehanizama za utvrđivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za azil koji državljanin treće zemlje podnosi u jednoj od država članica¹ (u daljnjem tekstu: Uredba Dublin II), koja je u trenutku donošenja presude Suda u slučaju *MA and others v. Secretary of State*² (u daljnjem tekstu: *MA* slučaj) bila na snazi, uređivala je pitanje određivanja države odgovorne za postupanje po zahtjevu za azil. Postupovna pravila koja je predviđala navedena uredba, nisu izuzimala maloljetnike bez pratnje i djecu od primjene općeg pravila propisanog uredbom koji određuje vraćanje podnositelja zahtjeva u državu u kojoj je prvi put podnio zahtjev za azil. Jedino izuzeće od općeg pravila bilo je propisano u slučaju kada maloljetnik bez pratnje ima rođake na području neke od država članica, tada ta država članica preuzima odgovornost, ali pitanje koje nije izričito bilo riješeno je što ukoliko maloljetnik bez pratnje nema rođaka na području neke od država članica Europske unije (u daljnjem tekstu: EU)? Što će se dogoditi s maloljetnikom bez pratnje koji nema rođaka na području EU i koji je podnio zahtjev za azil u nekoliko država članica? Je li najbolji interes djeteta odlučujući faktor za državu članicu koja postupi po zahtjevu ukoliko maloljetnik bez pratnje nema rođaka na području EU? Upravo zbog uočenih pravnih nedosljednosti Uredbe Dublin II, takva i slična pitanja pojavila su se pred Sudom Europske unije (u daljnjem tekstu: Sud) u *MA* slučaju gdje je Sud zauzeo stav da je najbolji interes djeteta uvijek najbitniji i odlučujući čimbenik u postupanju te da je država članica u kojoj se maloljetnik bez pratnje nalazi, odgovorna za postupanje po zahtjevu za azil. Budući da je prijedlog za izmjenu Uredbe Dublin II tada bio u postupku, Komisija je uzela u obzir mišljenje Suda prilikom donošenja Uredbe br. 604/2013 o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva³ (u

¹ Uredba Vijeća (EZ) br. 343/2003 o uvođenju kriterija i mehanizama za utvrđivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za azil koji državljanin treće zemlje podnosi u jednoj od država članica, OJ L 222, 5.9.2003, p. 3–23 (Uredba Dublin II)

² Predmet C-648/11, presuda Suda od 06. lipnja 2013. *MA i drugi protiv Secretary of State for the Home Department*, Zahtjev za prethodnu odluku podnesen po Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)

³ Uredba (EU) br. 604/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za

daljnjem tekstu: Uredba Dublin III). Danas, nakon izbjegličke i migracijske krize 2015. godine, kada su svi nedostaci Dublinskog sustava izašli na vidjelo, Komisija predlaže i novu izmjenu tog sustava s tzv. Dublin IV prijedlogom.⁴ Ono što je bitno napomenuti kada se govori o Prijedlogu Dublin IV, a vezano je za maloljetnike bez pratnje i njihov najbolji interes je da se zapravo tim prijedlogom vraća na rješenje koje je bilo predviđeno Dublin II uredbom, odnosno da se ponovno propisuje da se maloljetnika bez pratnje treba vratiti u državu prvog ulaska, odnosno da država prvog ulaska treba biti odgovorna za postupanje prema zahtjevu maloljetnika bez pratnje. Takav transfer nije u najboljem interesu djeteta i u suprotnosti je s Poveljom Europske unije o temeljnim pravima⁵ (u daljnjem tekstu: Povelja EU) kao i s Konvencijom o pravima djeteta.⁶ Komisija je u Prijedlogu Dublin IV potpuno ignorirala stav Suda koji je dao u *MA* slučaju te je odredbe Uredbe Dublin III promijenila na rješenje predviđeno ranijom Uredbom Dublin II i time, prema mišljenju autorice, napravila korak nazad u zaštiti najboljeg interesa djeteta. Države članice vezane su odlukama Suda, što će se dogoditi ako Prijedlog Dublin IV bude usvojen s takvim rješenjem kada države članice budu vezane i odlukom Suda i uredbom koja ima izravan učinak? U ovom radu analizirat će se odredbe Uredbe Dublin II, Uredbe Dublin III i Prijedloga Dublin IV, kao i presuda Suda u *MA* slučaju kako bi se pravnodogmatskom metodom i analizom pravnih rješenja dokazalo da je Prijedlog Dublin IV zapravo korak nazad u zaštiti najboljeg interesa djeteta. Ukoliko pođemo od pretpostavke koju je Sud dao u *MA* presudi da se opća pravila Uredbe Dublin II ne primjenjuju na maloljetnike bez pratnje, nema smisla donošenje suprotnih odredbi u Prijedlogu Dublin IV, kao i prijedlogu za izmjenu Uredbe o uspostavi sustava „Eurodac” za usporedbu otisaka prstiju za učinkovitu primjenu Uredbe Dublin III (u daljnjem tekstu: Eurodac uredba) po pitanju smanjenja dobi djeteta za uzimanje otisaka prsta s ciljem lakšeg utvrđivanja države prvog ulaska.⁷ Takve

međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka) OJ L 180, 29.6.2013, p. 31–59 (Uredba Dublin III)

⁴ Prijedlog uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka) COM/2016/0270 final/2 - 2016/0133 (COD) (Prijedlog Dublin IV)

⁵ Povelja Europske unije o temeljnim pravima, OJ C 303, 14.12.2007, p. 1–16

⁶ Konvencija o pravima djeteta, usvojena na 44. zasjedanju Opće skupštine Ujedinjenih naroda 20. studenoga 1989. godine (rezolucija br. 44/25), stupila na snagu 2. rujna 1990. godine

⁷ Uredba (EU) br. 603/2013 Europskog parlamenta i Vijeća od 26. lipnja 2013. o uspostavi sustava „Eurodac” za usporedbu otisaka prstiju za učinkovitu primjenu Uredbe (EU) br. 604/2013 o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio

kontradiktornosti, koje do sada nisu sustavno raspravljane mogu imati velike posljedice i donijeti niz pravnih nedosljednosti uprimjeni te svakako utjecati na unifikaciju i stvaranje Zajedničkog europskog sustava azila (u daljnjem tekstu: CEAS). U ovom radu napraviti će se analiza utjecaja odluke Suda u *MA* slučaju na zaštitu najboljeg interesa djeteta u postupku traženja azila, kao i rješenja suprotnih odluci Suda u Prijedlogu za izmjenu Dublinskog sustava koje Komisija donosi te će se ukazati na probleme koji time mogu nastati u praksi. Na kraju rada, na temelju predložiti će se *de lege ferenda* smjernice za rješavanje takvih pravnih nedosljednosti u budućnosti.

1. PRAVA DJETETA KOJE TRAŽI IZBJEGLIČKI STATUS I NJEGOV NAJBOLJI INTERES - MEĐUNARODNI I EUROPSKI PRAVNI OKVIR - de lege ferenda SMJERNICE

Temeljni i najvažniji međunarodni dokument kojim se štite prava djeteta je Konvencija o pravima djeteta, koja o najboljem interesu djeteta govori već u članku 3. te propisuje:

“U svim akcijama koje u svezi s djecom poduzimaju javne ili privatne ustanove socijalne skrbi, sudovi, državna uprava ili zakonodavna tijela, mora se prvenstveno voditi računa o interesima djeteta.”

Konvencija, nadalje, *inter alia* govori i o pravima djece koja traže izbjeglički status ili koje se drže izbjeglicom prema međunarodnom i domaćem pravu, odnosno govori o obvezi država stranaka prema takvoj djeci, bilo da dolaze u pratnji obitelji ili bez pratnje obitelji ili rođaka.⁸ Isti članak propisuje i da se u slučajevima kad se djetetovi roditelji ili članovi obitelji ne mogu pronaći, njemu mora osigurati ista zaštita kao i svoj drugoj djeci kojoj je iz bilo kojeg razloga privremeno ili trajno uskraćena njihova obiteljska sredina.⁹ Takva odredba zapravo upućuje na raniji članak 20. iste Konvencije koji propisuje sljedeće:

“Dijete kojemu je privremeno ili trajno uskraćena obiteljska sredina, ili koje zbog svoje dobrobiti u njoj ne smije ostati, ima pravo na posebnu zaštitu i pomoć države. Države stranke će u skladu sa svojim nacionalnim zakonodavstvom takvom djetetu osigurati zamjensku zaštitu. Takva zaštita može, inter alia, uključivati smještaj kod udomitelja, kafalu po islamskom

državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva i o zahtjevima za usporodbu s podacima iz Eurodac-a od strane tijela kaznenog progona država članica i Europol-a u svrhu kaznenog progona te o izmjeni Uredbe (EU) br. 1077/2011 o osnivanju Europske agencije za operativno upravljanje opsežnim informacijskim sustavima u području slobode, sigurnosti i pravde (preinaka) OJ L 180, 29.6.2013, p. 1–30 (Eurodac uredba)

⁸ Konvencija o pravima djeteta, čl. 22. st.1.

⁹ Ibid. čl. 22. st. 2.

zakonu, posvojenje ili, po potrebi, smještaj u odgovarajuće ustanove za skrb o djeci. Pri donošenju rješenja, osobita pozornost mora se posvetiti osiguranju kontinuiteta u djetetovu odgoju, kao i njegovu etničkom, vjerskom, kulturnom ili jezičnom podrijetlu.”

Iz ovakve odredbe proizlazi upućivanje na primjenu nacionalnog zakonodavstva kako bi se djetetu bez određene obiteljske zaštite, u ovom slučaju maloljetniku bez pratnje koji traži izbjeglički status, osigurala zamjenska zaštita. Primjena nacionalnog zakonodavstva je u takvim slučajevima prijeko potrebna jer je najbliža tom djetetu u datom trenutku i može najbrže djelovati u najboljem interesu djeteta. Iako Europska unija nije stranka Konvencije, postoji međunarodna obveza država članica za njezinu primjenu. Samim time, pitanja koja su vezana uz najbolji interes djeteta potpadaju pod međunarodnu obvezu te države članice prvenstveno moraju primijeniti Konvenciju, a koja u slučaju maloljetnika bez pratnje i njegovih interesa upućuje na nacionalno zakonodavstvo države članice u kojoj su državni organi ili druge institucije u situaciji da odlučuju o njegovim interesima, dakle države u kojoj se dijete nalazi. Jednako tako države članice imaju međunarodnu obvezu kada se radi o izbjeglicama, prema Konvenciji o statusu izbjeglica iz 1951. godine.¹⁰ Kako pravo EU mora biti usklađeno s međunarodnim pravom, tako Povelja o temeljnim pravima EU u članku 24. stavku 1. propisuje gotovo jednaku odredbu o najboljem interesu djeteta onoj u Konvenciji:

“U svakom djelovanju koje se odnosi na djecu, bez obzira na to provode li ga tijela javne vlasti ili privatne institucije, primarni cilj mora biti zaštita interesa djeteta.”

Povelja dosta šturo i usko definira prava djece, ali uzmemo li u obzir da su sve članice EU potpisnice Konvencije o pravima djece, koja najšire određuje sva prava djece, onda je ovakva šturost zapravo prihvatljiva.¹¹ Budući da su nacionalna zakonodavstva usklađena s pravnom stečevinom EU i s preuzetim međunarodnim obvezama, neminovno je kako u slučaju maloljetnika bez pratnje postoji pravno rješenje upisano u međunarodni ugovor, time i pravo EU koje bi trebalo dovesti do primjene nacionalnog zakonodavstva upravo zbog najboljeg interesa djeteta. Kompletno pitanje migracija i azila zapravo je odnos i preklapanje međunarodnog, europskog i nacionalnog prava, što je dokaz o kompleksnosti i težini tog područja.¹² Najčešći problem, kako

¹⁰ Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine, dopunjena Protokolom o statusu izbjeglica iz 1967. godine.

¹¹ Habar, D., *Prava djece u Europskoj uniji - pravni okvir*, u: Bodiroga-Vukobrat, N. et al, *Europsko obiteljsko pravo*, Narodne novine, Zagreb, svibanj 2013., str. 58.

¹² See further: Goldner Lang, I.: *The European Union and Migration: An Interplay of National, Regional, and International Law*, *American journal of international law*, 111, 2017, p. 509-513

i Schuster smatra¹³ je zapravo pretvaranje izbjeglica u migrante. Kako Hathaway i Foster¹⁴ smatraju, izbjeglicom netko ne postaje jer je prepoznat kao izbjeglica i dobio status već je izbjeglica čim je ispunio uvjete postavljene međunarodnim pravom. Razlikovanje migranata od izbjeglica u praksi donosi brojne probleme, a kada se radi o ranjivoj skupini izbjeglica, poput maloljetnika bez pratnje, takve su pogreške nedopustive. Stvaranje CEAS-a¹⁵ je svakako primarni cilj EU, koji ne može opstati niti nastati bez solidarnosti i zajedničke podjele odgovornosti, na kojoj se temelji čitav Dublinski sustav,¹⁶ ali jednako tako i bez sinkronizirane suradnje glavnih institucija EU.

2. DUBLINSKI SUSTAV I ZAŠTITA NAJBOLJEG INTERESA DJETETA - MALOLJETNIKA BEZ PRATNJE

Kroz povijest se pokazalo kako se često odstupalo od rješenja da o najboljem interesu djeteta treba odlučiti najbliži nacionalni sud, odnosno sud gdje se dijete, odnosno maloljetnik bez pratnje nalazi. Tako je čitav Dublinski sustav do danas mijenjao pristup i pravna rješenja koja je nudio po pitanju nadležnosti u postupanju sa zahtjevom za azil koje podnosi maloljetnik bez pratnje. Analizom tih rješenja, u nastavku ovoga rada, kronološki će se prikazati dva pristupa koja je EU u datim trenucima imala u razvoju Dublinskog sustava, kao i utjecaj presude Suda u *MA* slučaju na promjenu u području najboljeg interesa djeteta u Dublinskom sustavu. Ono što je bitno napomenuti je da se u analizi koriste samo odredbe vezane za određivanje nadležnog suda u slučaju kada je zahtjev za azil podnesen od strane maloljetnika bez pratnje. Rasprava koja će se voditi je vezana za prijedpor treba li se na dijete, odnosno maloljetnika bez pratnje primjenjivati opće pravilo o određivanju nadležnog suda, odnosno treba li maloljetnika bez pratnje vraćati u državu prvog ulaska, tj. u državu gdje je prvi put podnio zahtjev za azil. Pravna doktrina je jasna po tom pitanju i dijeli mišljenje Suda u presudi *MA* slučaja, stoga nije jasno što je dovelo do mijenjanja stava Komisije po tom pitanju. Presuda u *MA* slučaju je rasvijetlila put i donijela rješenje kojima je vezala sve nacionalne sudove, ali Prijedlogom Dublin IV, Komisija donosi potpuno drugačije rješenje. Posljedice takvih kontradiktornosti mogu pitanje najboljeg interesa djeteta staviti ispod političkih i pravnih interesa država članica, kao i utjecati na razvoj CEAS-a.

¹³ Schuster, L., Turning refugees into 'illegal migrants': Afghan asylum seekers in Europe, *Ethnic and Racial Studies*, vol. 34, - Issue 8: Irregular Migrants: Policy, Politics, Motives and Everyday Lives, 2011, p. 1392-1407

¹⁴ Hathaway, C. J.; Foster, M., *The Law of Refugee Status*, Cambridge University Press, 2014, p. 1-16

¹⁵ See more in: Lalić, G., *Razvoj zajedničkog europskog sustava azila*, Hrvatska i komparativna javna uprava: časopis za teoriju i praksu javne uprave, vol. 7 No. 4, 2007

¹⁶ Goldner, Lang, I., op.cit. Bilješka 19, str. 512

“Ako je podnositelj zahtjeva za azil maloljetna osoba bez pratnje, država članica odgovorna za razmatranje zahtjeva je ona u kojoj se član njegove ili njene obitelji nalazi u skladu sa zakonom, pod uvjetom da je to u interesu maloljetne osobe. Ako nema člana obitelji, država članica odgovorna za razmatranje zahtjeva je ona u kojoj je maloljetna osoba podnijela svoj zahtjev za azil.”¹⁷

U odredbama Dublin II uredbe, načelo najboljeg interesa djeteta nije izričito navedeno niti u jednoj odredbi, osim onih koje su se ticale spajanja maloljetnika s obitelji gdje se kod takvog spajanja moralo voditi računa da je to u najboljem interesu djeteta.¹⁸ Upravo nedorečenost Dublin II uredbe u području najboljeg interesa djeteta dovela je u praksi do zauzimanja različitih stavova država članica o pitanju premještanja maloljetnika bez pratnje u državu u kojoj je prvi put podnio zahtjev za azil. Neke države članice su negodovale oko povratka maloljetnika bez pratnje, dok su druge to redovno činile. Prema stavu Komisije, povratak u državu u kojoj je zahtjev za azil prvi put podnesen trebao bi se u svakom slučaju primjenjivati i na maloljetnike bez pratnje, uz naznaku da bez obzira na to, najbolji interes djeteta i dalje treba biti odlučujući faktor i treba uvijek prevagnuti.¹⁹ Ono što je za ovaj rad bitno naglasiti je da Uredba Dublin II propisuje da je za postupanje po zahtjevu za azil koji je podnio maloljetnik bez pratnje, a koji nema obitelj na području država članica, odgovorna država u kojoj je takav zahtjev podnesen. Time je u praksi došlo do velike slobode i neovisnosti nacionalnih sudova da samostalno, svaka za sebe štiti najbolji interes maloljetnika bez pratnje i odluči hoće li ga vraćati u državu gdje je zahtjev prvi put podnio ili preuzeti odgovornost za njega. Za razliku od Uredbe Dublin II, Uredba Dublin III izričito preuzima obvezu zaštite najboljeg interesa djeteta te u članku 6. propisuje obvezu da u provedbi svih postupaka predviđenih uredbom, najbolji interes djeteta mora biti primarna briga država članica.²⁰ Pri ocjeni najboljih interesa djeteta, države članice tijesno međusobno surađuju i posebno uzimaju u obzir sljedeće čimbenike:

- mogućnosti ponovnog spajanja obitelji;
- dobrobit i socijalni razvoj maloljetnika;
- pitanja vezana uz sigurnost i zaštitu, posebno kada postoji opasnost da je maloljetnik žrtva trgovine ljudima;

¹⁷ Uredba Dublin II, čl. 6.

¹⁸ Ibid., čl. 6.1.

¹⁹ Vidi više: Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the evaluation of the Dublin system, SEC 742, COM299 final, Brussels, 2007.

²⁰ Članak 6. Uredbe Dublin III zapravo preslikava odredbe Konvencije o pravima djeteta na jednak način, čime je zakonodavac htio dati do znanja da je najbolji interes djeteta stavljen kao visoki prioritet u novom Dublinskom sustavu.

-mišljenje maloljetnika u skladu s njegovom dobi i zrelošću.²¹

Unošenje takvih zaštitnih mjera za maloljetnike u uredbu, značilo je potpunu implementaciju načela najboljeg interesa djeteta u Dublinski sustav što je zajedno s člankom 8. značilo velik pomak u odnosu na Uredbu Dublin II.²²

“Kada je podnositelj zahtjeva maloljetnik bez pratnje koji ima rođaka koji je zakonito prisutan u drugoj državi članici i kada se na temelju pojedinačnog razmatranja utvrdi, da se rođak može brinuti za maloljetnika, ta država članica spaja maloljetnika s njegovim rođakom i odgovorna je država članica, pod uvjetom da je to u najboljem interesu maloljetnika.²³ U odsutnosti člana obitelji, brata ili sestre ili rođaka, odgovorna je ona država članica u kojoj je maloljetnik bez pratnje podnio zahtjev za međunarodnu zaštitu, pod uvjetom da je to u najboljem interesu maloljetnika.”²⁴

Člankom 8. Uredbe Dublin III se zapravo ne mijenja način određivanja države članice odgovorne za postupanje po zahtjevu za međunarodnu zaštitu koju podnese maloljetnik bez pratnje, čak ni u pogledu maloljetnika bez rođaka na području država članica. Jedina velika razlika u odnosu na Uredbu Dublin II je zapravo dizanje zaštite najboljeg interesa djeteta na visoku razinu u Dublinskom sustavu. Ponovno ostaje pitanje, što ako je maloljetnik bez pratnje podnio takve zahtjeve u više država članica ili ako se nalazi u državi članici u kojoj nije podnio takav zahtjev. Hoće li ga ta država članica vratiti u državu članicu gdje je takav zahtjev podnio ili će preuzeti odgovornost na temelju vlastite odluke kako bi zaštitila najbolji interes djeteta u tom slučaju? Upravo ta ista pitanja postojala su i nakon donošenja Uredbe Dublin II, gdje je Komisija dala do znanja da se sustav ima primjenjivati i na maloljetnike bez pratnje, ali uvažavajući najbolji interes djeteta i time se ogradila od svih mogućih posljedica i napada na takav sustav. Ostavila je državama članicama mogućnost da preuzmu odgovornost o donošenju odluke u svakom pojedinom slučaju. Takve nedoumice riješene su pred Sudom u *MA* slučaju, još kada je Uredba Dublin III bila u pripremi, a čiji će se utjecaj presude analizirati u nastavku

²¹ Uredba Dublin III, čl. 6. st. 3.

²² Hruscha, B., Maiani, F.; Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast), in: Hailbronner, K.; Thym D., (eds.), *EU Immigration and Asylum Law, A Commentary*, 2nd edition, C.H.Beck/Hart/Nomos, 2016, str. 1507.

²³ Uredba Dublin III, čl. 8.

²⁴ *Ibid.*, čl. 8. st. 4.

2.1. C-684/11 *MA i drugi protiv Secretary of State* - UTJECAJ PRESUDE NA REFORMU DUBLINSKOG SUSTAVA

Dvoje maloljetnika eritrejske nacionalnosti i maloljetnik iračke nacionalnosti zatražili su azil u Ujedinjenom Kraljevstvu. Nijedan član njihovih obitelji nije legalno bio prisutan u drugoj državi članici EU-a. Vlasti Ujedinjenog Kraljevstva utvrdile su da su već podnijele zahtjeve za azil u drugim državama članicama, točnije u Italiji i u Nizozemskoj. Stoga je odlučeno da maloljetnici budu premješteni u one države koje su se smatrale odgovornima za ispitivanje njihovih zahtjeva za azil. Ako je podnositelj zahtjeva za azil maloljetnik bez pratnje, Uredbom Dublin II predviđeno je da država članica odgovorna za ispitivanje zahtjeva bude ona u kojoj je član njegove obitelji legalno prisutan, pod uvjetom da je to u najboljem interesu maloljetnika. U nedostatku člana obitelji, država članica odgovorna za ispitivanje zahtjeva treba biti ona u kojoj je maloljetnik podnio zahtjev za azil, iako uredba ne određuje je li to prvi zahtjev koji je maloljetnik podnio u državi članici ili najnoviji zahtjev podnesen u drugoj državi članici. Prema klauzuli o suverenitetu²⁵, svaka država članica može ispitati zahtjev za azil, čak i ako takvo ispitivanje nije njegova odgovornost prema kriterijima utvrđenim u uredbi. Međutim, pitanje na koje je Sud odgovorio je da li je rezultat u ta tri slučaja, odnosno preuzimanje obveze i odgovornosti za postupanje po zahtjevu za azil obvezno prema Uredbi Dublin II upravo zbog najboljeg interesa djeteta, odnosno maloljetnika bez pratnje. U svojoj presudi Sud izjavljuje da kada je maloljetnik bez pratnje čiji članovi obitelji nisu zakonito prisutni na teritoriju države članice, podnio zahtjev za azil u više država članica, država članica odgovorna za ispitivanje istog bit će ona u kojoj je maloljetnik prisutan nakon što je tamo podnio zahtjev. Taj zaključak proizlazi iz konteksta i cilja uredbe koja želi jamčiti učinkovit pristup procjeni izbjegličkog statusa tražitelja azila, istovremeno usredotočujući se posebno na maloljetnike bez pratnje. Dakle, budući da maloljetnici bez pratnje čine kategoriju posebno ranjive osobe, važno je ne produžavati više nego što je nužno potreban postupak za određivanje odgovorne države članice, što znači da se u pravilu, maloljetnici bez pratnje ne bi trebali premjestiti u drugu državu članicu. Ova razmatranja podržana su zahtjevom da se temeljna prava EU-a treba poštivati i to u svim radnjama koje se odnose na djecu, bilo da ih poduzimaju državne vlasti ili privatne ustanove, prioritet bi trebali biti djetetovi interesi. U skladu s tim, u interesu maloljetnika bez pratnje je ne produžiti nepotreban postupak za određivanje odgovorne države članice i osiguranje da maloljetnici bez pratnje imaju brz pristup postupcima utvrđivanja izbjegličkog statusa.

Osjetljivost pitanja maloljetnika bez pratnje u postupku traženja azila, odnosno

²⁵ Uredba Dublin III, čl. 3. st. 2.

u Dublinskom postupku vidljiva je i kroz praksu Europskog suda za ljudska prava, gdje je sud donosio presude protiv država upravo zbog ne vođenja računa o najboljim interesima djeteta.²⁶ Sudovi, dakle zauzimaju stav da je najbolji interes djeteta prioritetan i nadilazi Dublinski sustav te se oslanja na temeljna prava propisana Poveljom EU i Konvencijom o pravima djeteta. Nakon donošenja ovakve odluke Suda, Komisija je podnijela prijedlog za izmjenu članka 8. st. 4. Uredbe Dublin III u smislu uređivanja pitanja odgovornosti države u kojoj je maloljetnik bez pratnje prisutan, a koji nema rođaka na području EU.²⁷ U tom prijedlogu bile su predviđene dvije opcije, jedna je bila vezana za dijete koje se nalazi na teritoriju države članice i podnio je tamo zahtjev za međunarodnu zaštitu, a druga je predviđala situacije kada dijete nije zatražilo međunarodnu zaštitu na području te države članice. U slučaju da je maloljetnik bez pratnje zatražio međunarodnu zaštitu u državi gdje je prisutan, ta država postaje odgovorna za postupanje po zahtjevu, bez obzira što nije država u kojoj je prvo podnio zahtjev. U slučaju da nije podnio zahtjev, prijedlogom se predviđao postupak upoznavanja djeteta s pravom da zatraži međunarodnu zaštitu u toj državi i tada bi dijete imalo pravo odlučiti hoće li podnijeti takav zahtjev ili neće. Takav prijedlog Komisije bio je postavljen u skladu s odlukom Suda, ali u isto vrijeme u Vijeću je postojala velika volja da se takav prijedlog odbije, odnosno zalagali su se da se dijete treba vratiti u državu u kojoj je prvi puta podnio zahtjev za azil, vodeći pri tome računa o najboljem interesu djeteta. U nedavnom pristupu izrade Prijedloga Dublin IV, Komisija je iz nepoznatih razloga ignorirala stav Suda i slijedila takvo mišljenje Vijeća.

2.1. PRIJEDLOG ZA IZMJENU UREDBE DUBLIN III

Bez obzira što Prijedlog Dublin IV na prvi pogled štiti najbolji interes djeteta na najvišoj razini do sada, to u suštini nije tako. Dokaz tome je izmjena dosadašnjeg članka 8. stavka 4. gdje Komisija jasno ignorira presedansku odluku Suda i donosi odredbu koja određuje da je država u kojoj je prvi puta maloljetnik bez pratnje podnio zahtjev za međunarodnu zaštitu, zapravo odgovorna za postupanje po takvom zahtjevu.²⁸ To u praksi znači da će se tog maloljetnika bez pratnje podvrgnuti dodatnim stresovima, putovanjima i da će se nepotrebno produljiti rok za postupanje po zahtjevu za međunarodnu zaštitu,

²⁶ Vidi više: Rantsev protiv Cipra, Application no. 25965/04, Tarakhel protiv Švicarske, Application no. 29217/12, Rahimi protiv Grčke, Application no. 8687/08, Elmi i Abubakar protiv Malte, Application no. 25794/13 i 28151/13.

²⁷ Vidi više: Legislative proposal published COM(2014)0382, i; European Commission, Clearer EU rules for unaccompanied minors seeking international protection, Press release, 2014.

²⁸ Prijedlog Dublin IV, čl. 10. st. 5., Komisija dodaje sintaksu “prvi put” kako bi naznačila izmjenu da je država članica odgovorna za postupanje po zahtjevu za azil maloljetnika bez

što svakako nije u najboljem interesu djeteta.²⁹ Ono što je Sud neminovno utvrdio u svojoj odluci je da se odluke vezane za dijete trebaju rješavati u što kraćem roku i to u državi u kojoj je dijete prisutno³⁰, a ovim Prijedlogom Dublin IV je upravo to ignorirano i produljuje se postupak dodjele međunarodne zaštite maloljetniku bez pratnje. Osim toga, na dijete se stavlja prevelik teret da dokaže kako takav premještaj nije u njegovom najboljem interesu, a u drugu ruku mu otežava i činjenica da novim izmjenama uredbe Komisija skraćuje i vrijeme za žalbu na odluku o premještaju. Sud je izričito naglasio i da premještaj maloljetnika nikada nije u njegovom najboljem interesu, što znači da je ovakav prijedlog izmjene u suštoj suprotnosti s takvom odlukom i da predstavlja korak nazad u zaštiti najboljeg interesa djeteta, odnosno maloljetnika bez pratnje koji se nalazi na teritoriju neke od država članica i nema rođaka na području EU. Ovakav prijedlog izmjene, ukoliko bude usvojen značio bi teško oglašivanje na nalog i mišljenje Suda od strane Komisije i Vijeća, a takve kontradiktornosti mogle bi stvoriti velike nesporazume i dovesti u praksi država članica do ugrožavanja najboljeg interesa maloljetnika bez pratnje u postupku traženja međunarodne zaštite, upravo zbog nejasnoća i nedosljednosti glavnih institucija EU u postupanju. Države članice vezane su odlukama Suda i trebale bi u praksi primjenjivati sve odredbe koje Sud donese kroz svoju praksu, a s druge strane uredbe imaju izravan učinak u državama članicama te bi tako došlo do vrlo nezgodne i neriješene situacije po pitanju najvažnije skupine azilanata i migranata, a to su djeca. Nedopustivo je da najvažnije institucije EU donesu potpuno drugačija rješenja za isti problem i da Komisija ignorira presudu Suda koja presedanski rješava pitanje koje je do tada bilo nejasno u praksi. Doktrina već neko vrijeme analizira i kritizira Dublinski sustav, kao i novi Prijedlog Dublin IV, tako Bačić³¹ smatra da je prenošenje nadležnosti u pitanjima azila s nacionalne razine na europsku zapravo dovelo do nejednake distribucije odgovornosti i nefunkcioniranja Dublinskog sustava u cijelosti, kao i upitnu primjenu Ženevske konvencije u cijelosti. Progin-Theuerkauf³² smatra kako je, s obzirom na značajnu praksu Suda u području azila³³, Prijedlog Dublin IV nekoherentan i preuranjen te da ne donosi nikakvo značajno poboljšanje dosadašnjem sustavu, naprotiv,

pratnje zapravo ona u kojoj je prvi put podnio takav zahtjev.

²⁹ Vidi: ECRE Comments on the Commission Proposal for a Dublin IV Regulation COM(2016) 270

³⁰ Presuda Suda u slučaju MA and others vs. Secretary of States, par. 66.

³¹ Bačić Selanec, N., Asylum Policy in Europe – the competences of the European Union and inefficiency of the Dublin system, Croatian Yearbook of European Law and Policy, vol. 8, No. 8, 2012, p. 41-76

³² Sarah Progin-Theuerkauf, The «Dublin IV» Proposal: Towards more solidarity and protection of individual rights?, sui generis, 2017., str. 61.-67.

³³ For instance Judgment of the Court (Fourth Chamber) C-648/11 of 6 June 2013 (MA,

smatra ga će u velikoj mjeri otežati već teški položaj migranata i izbjeglica u EU. Smatra i kako je Prijedlog Dublin IV zapravo nastao kao brzi odgovor EU na migracijsku i izbjegličku krizu i kako ozbiljno ugrožava temeljna ljudska prava migranata i azilanata. Kada se radi o maloljetnicima bez pratnje, takvi propusti se ne smiju događati. Osim toga, Prijedlog Dublin IV predviđa tzv. alokacijski mehanizam kojim će preopterećene države članice rasteretiti tako što će premještati tražitelje azila u druge države članice. To pak pretpostavlja da bi se maloljetnika bez pratnje moglo čak dva puta premještati, prvi put aktiviranjem korektivnog alokacijskog mehanizma³⁴ i drugi put kada bi se trebali spojiti s obitelji, ukoliko imaju rođaka na području države članice. Ukoliko nemaju rođaka na području države članice, svakako bi ga drugi put premještali kada bi ga vraćali u državu u kojoj je podnio prvi zahtjev za azil.³⁵ Spriječiti da se dijete nepotrebno premješta iz jedne u drugu državu članicu je u najboljem interesu djeteta. Osim toga, postavljanje posebnog skrbnika maloljetniku bez pratnje unutar 5 dana je pozitivan pomak i vidljiva briga za djetetov interes, ali odredba govori o postavljanju posebnog skrbnika djetetu u državi gdje je obvezan biti, a ne u državi gdje je trenutno prisutan. Takva odredba je u suprotnosti s europskom legislativom koju je Sud postavio u MA slučaju, gdje je jasno naglasio da je država u kojoj je maloljetnik bez pratnje prisutan, odgovorna za postupanje po zahtjevu za azil, bez obzira što je takve zahtjeve podnio ranije i u drugim državama članicama.

3. ZAŠTITA NAJBOLJEG INTERESA DJETETA U DUBLINSKOM SUSTAVU - *de lege ferenda*

Najbolji interes djeteta³⁶ u svim postupcima treba biti prioritet državama članicama, tako i kod pitanja azila i drugih oblika međunarodne zaštite djeteta. Kako bi olakšali državama članicama u određivanju najboljeg interesa djeteta, UNCHR je izdao Smjernice za određivanje najboljeg interesa djeteta³⁷, koje ne definiraju točan pojam, ali svakako pomažu državama

BT, DA versus Secretary of State for the Home Department); Judgment of the Court (Grand Chamber) C-411/10 and 493/10 of 21 December 2011

³⁴ Vidi i: Georges Van Wolleghem, P., If Dublin IV were in place during the refugee crisis...A simulation of the effect of mandatory relocation, Paper ISMU, Fondazione, Milano, 2018

³⁵ O tome vidi više: Komentar na Prijedlog Komisije za izmjenu Uredbe o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva (preinaka), COM (2016) 270 final

³⁶ Župan, M. "The best interest of the child – a guiding principle in administering cross border child related matters?", in: T. Liefgaard and J. Sloth-Nielsen (eds.) The United Nations Convention on the Rights of the Child. Taking Stock after 25 Years and Looking Ahead. Brill | Nijhoff, 2017. (213-229)

³⁷ UNHCR, UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, 2008.

članicama u odlučivanju. Prijedlog Dublin IV odredbama koje impliciraju transfer maloljetnika bez pratnje u državu gdje je podnio prvi zahtjev za azil, odugovlači postupak odlučivanja o dodjeli međunarodne zaštite, što nikako nije u djetetovom najboljem interesu. Nakon obavljenog intervjua, za potrebe ovoga rada s osobama koje rade u hrvatskim institucijama zaduženim za postupanje s maloljetnicima bez pratnje, konkretno Centar za socijalnu skrb i Dom za odgoj djece i mladeži, dolazi se do zaključka kako su sva djeca koja su bila u takvim institucijama doživjela velike traume prilikom transfera u drugu državu članicu koje su često rezultirale i bijegom kako bi ih izbjegli. Čelnici obje institucije naglašavaju ranjivost i osjetljivost djece u takvim situacijama, kao i povjerenje koje steknu u takve institucije gdje nađu sigurnost i brigu, nakon čega je transfer u drugu državu članicu za njih velika agonija. Razgovarajući s dva maloljetnika bez pratnje koja su zatečena u Domu za odgoj djece i mladeži, dolazi se do zaključka kako je strah od premještaja, nove okoline i ponovne prilagodbe zapravo najveći strah koji posjeduju.³⁸ Autorica ovog rada smatra da je pitanje najboljeg interesa djeteta zapravo pitanje međunarodnog prava i da se u situaciji kada europsko sekundarno zakonodavstvo nije usklađeno s međunarodnim ili nisu doneseni u duhu onoga što propisuju, države članice trebaju preuzeti odgovornost i samostalno odlučivati o pitanjima koja se tiču djece, a na temelju Konvencije o pravima djeteta. Autorica predlaže da Komisija prilikom donošenja nove uredbe u istu unese odredbe o nepremještanju maloljetnika bez pratnje iz države u kojoj je prisutan i postavljanje posebnih skrbnika u državi u kojoj je prisutan, što je u skladu s odlukom Suda u *MA* slučaju. Smatra i da je prilikom izmjena potrebno uvesti odredbu o mogućnosti premještaja djeteta u drugu državu članicu isključivo kada to zatraži maloljetnik bez pratnje i kada država u koju maloljetnik želi biti prebačen osigura uvjete za takav premještaj i uvjete za njegovo zbrinjavanje. Mišljenje djeteta se mora čuti i ono je bitno, u skladu i razini njegovih godina. Izmjena koja je također bitna, prema mišljenju čelnika institucija i maloljetnika bez pratnje, a koji su proizašli kao rezultat istraživanja je zbrinjavanje maloljetnika bez pratnje u adekvatnije smještaje³⁹ i što ranije uključivanje u obrazovni sustav. U tom području je vidljivo mnogo propusta.⁴⁰ Nadalje, u skladu s presudom Suda u *MA* slučaju, potrebno je

³⁸ Informacije dobivene obavljanjem dubinskog intervjua, obavljenog dana 18.6.2019. godine s čelnicima Doma za odgoj djece i mladeži u Osijeku i posebne skrbnice dva maloljetnika bez pratnje zatečena u domu.

³⁹ Ono što je istraživanje pokazalo da iznimno brine zatečene maloljetnike bez pratnje (14 i 16 godina) u Domu za odgoj i obrazovanje u Osijeku je to što samo smještanje u dom takve vrste stvara u društvu negativne konotacije.

⁴⁰ Prema hrvatskim propisima, za upis u osnovnu i srednju školu potrebno je imati valjane osobne dokumente, što se u mnogim slučajevima maloljetnika bez pratnje koji su zbrinuti u

pristupiti i izmjeni Eurodac uredbe čiji prijedlog za izmjenu sadrži odredbu o snižavanju dobi djeteta za uzimanje otisaka prsta kako bi se moglo lakše odrediti u kojoj je državi prvi puta podnio zahtjev za azil kako bi ga se moglo premjestiti u tu državu i započeti s postupkom dodjele međunarodne zaštite. Takva odredba je također u suprotnosti s odlukom Suda, upravo iz razloga jer se maloljetnika bez pratnje ne bi trebalo premještati iz države u kojoj je prisutan, stoga takva odredba postaje bespotrebna. Mišljenje savjetodavne skupine pravnih službi Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije o prijedlogu za izmjenu Eurodac uredbe je bilo negativno, odnosno smatrali su da takav prijedlog sadrži samo kodifikaciju već postojećeg teksta i ničim ne doprinosi razvitku politike azila i migracija. Također smatraju da je takav prijedlog nastao kao odgovor na migracijski u izbjegličku krizu kako bi popratio novi prijedlog Uredbe Dublin IV.⁴¹ Osim toga, sadrži odredbe koje su u suprotnosti s europskom legislativom postavljenom od strane Suda.

4. ZAKLJUČAK

Što će se dogoditi s Prijedlogom Dublin IV, ostaje vidjeti. Trenutno, jedino što veže države članice je presuda Suda u MA slučaju, na koju se mogu pozvati u svim situacijama kada odlučuju o najboljem interesu djeteta, a je li Prijedlog Dublin IV donesen iz političkih razloga ili je mijenjan baš u području maloljetnika bez pratnje iz takvih razloga, ostaje pitanje na koje će se teško dobiti odgovor. Potvrđivanje takvog prijedloga u cijelosti, bilo bi na štetu migranata i izbjeglica, a najviše na štetu maloljetnika bez pratnje kao posebno ranjive skupine čije interese mora štiti država na najbrži i najučinkovitiji način te im pružiti zaštitu i brigu koja im je potrebna.

Hrvatskoj pokazalo kao problem i što je u praksi dovelo do kasnog uključivanja obrazovni sustav.

⁴¹ Mišljenje savjetodavne skupine pravnih službi Europskog parlamenta, Vijeća i Komisije o Prijedlogu uredbe Europskog parlamenta i Vijeća o uspostavi sustava „Eurodac” za usporedbu otisaka prstiju za učinkovitu primjenu Uredbe (EU) br. 604/2013 o utvrđivanju kriterija i mehanizama za određivanje države članice odgovorne za razmatranje zahtjeva za međunarodnu zaštitu koji je u jednoj od država članica podnio državljanin treće zemlje ili osoba bez državljanstva radi identificiranja državljanina treće zemlje ili osobe bez državljanstva s nezakonitim boravkom i o zahtjevima za usporedbu s podacima iz Eurodaca od strane tijela kaznenog progona država članica i Europolu u svrhu kaznenog progona (preinaka), [COM\(2016\)0272](#) od 4.5.2016. – [2016/0132\(COD\)](#), Bruxelles, 2017.

THE “DUBLIN IV” PROPOSAL– A STEP BACKWARDS IN PROTECTING THE BEST INTEREST OF THE CHILD DURING THE ASYLUM PROCEDURE?

Abstract: *Unaccompanied minors form a specific and vulnerable category of asylum seekers. Procedural rules laid down in the Dublin III Regulation concerning the transfer of unaccompanied minors to the state of first entry under the responsibility criteria have given rise to conflicting views among the institutions of the European Union. In the Case MA and others v. Secretary of State, the Court of Justice of the European Union set a precedent by ruling that the general rule of determining the Member State responsible for examining an asylum application cannot and must not be applied to unaccompanied minors since such transfer is not in the best interest of the child. Instead, the Court finds that the Member State in which the unaccompanied minor is present is to be designated as responsible for examining the asylum application. In its Proposal for Dublin IV, the Commission recasts the Court’s premise, thereby imposing a disproportionate burden on the child in order to demonstrate that the transfer is not in his/her best interest. This clearly shows gross disregard for the Court’s decision. Moreover, the Proposal for amending the Eurodac Regulation neglects the Court’s decision as well, merely reflecting the Proposal for Dublin IV. This paper will analyze the provisions of Article 8(4) of the Proposal for Dublin IV, the Proposal for amending the Eurodac Regulation, the judgment of the Court in Case MA and others v. Secretary of State, as well as the opinion of the Advocate General, with the aim of demonstrating that the proposed change of the Dublin system regarding the transfer of unaccompanied minors is in fact a step backwards in protecting the best interest of the child. On one hand, Member States are bound by the Court’s decision, while on the other, there are proposals to amend the Dublin system proving the opposite. Such conflicting views among the EU institutions could have significant implications.*

Key words: *unaccompanied minors, Dublin IV, principle of first entry, transfer, best interest of the child, Court of Justice of the European Union*

NEW EU COPYRIGHT RULES IN THE DIGITAL SINGLE MARKET

UDK:347.78:004.738.5]:341.24(4-672EU)

Review paper

Abstract: *On April 15th, 2019, the Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market was endorsed. Alongside, the Council adopted three related legal acts: (i) Directive laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organizations and retransmissions of television and radio programmes, and amending Council Directive 93/83/EEC; (ii) Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services; and (iii) Directive on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC. The modernization of the existing EU legal framework on copyright is aimed at making it fit-for-purpose in today's digital environment. The recently established rules ensure adequate protection for authors and artists, while unfolding new opportunities for accessing and sharing copyright-protected content online throughout the European Union. Consequent to the publication of the Directive in the EU Official Journal, Member States would be favored with 24 months to transpose the novel rules into their national law.*

Key words: *EU copyright rules, Digital Single Market, radio and TV transmission, supply of digital content, cross-border licensing, consumer goods*

* PhD candidate in IP Law Sofia University "St. Kliment Ohridski", r.ruscheva@gmail.com

I. INTRODUCTION

On September 14th, 2016 the European Commission proposed¹ a modernization of the European Union copyright rules in order for the European culture to flourish and proliferate, as part of the Digital Single Market Strategy². The reform concerns EU rules, traced back to 2001 – a period, characterized by a lack of social media, video on demand, digitized art collections, and online courses. Ultimate step of the legislative process and subsequent to the approval of the European Parliament, on April 15th, 2019, the Council adopted the new Directive on copyright and related rights in the Digital Single Market, amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC³. Concomitantly, the Council adopted three other related legal acts – Directive laying down rules on the exercise of copyright and related rights applicable to certain online transmissions of broadcasting organizations and retransmissions of television and radio programmes, and amending Council Directive 93/83/EEC⁴, Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, Directive on certain aspects concerning contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC⁵.

II. THE NEW COPYRIGHT RULES IN BRIEF

A. The Copyright Directive

1. Benefits, manifested by the EU legislator

In essence, the new Copyright Directive addresses many issues and produces advantages, which could be grouped, as follows:

¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market COM/2016/0593 final – 2016/0280 (COD)

² Communication from the Commission “A Digital Single Market Strategy for Europe” of May 6th, 2015, COM (2015) 192 final

³ The final text of the Directive is not available as yet. Only a draft version has been uploaded at the Council Registry, available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/PE-51-2019-INIT/en/pdf>

⁴ For further information, see Council Press release of April 15th, 2019, available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/04/15/eu-set-to-enhance-cross-border-access-to-online-content/>

⁵ For further information, see Council Press release of April 15th, 2019, available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2019/04/15/eu-adopts-new-rules-on-sales-contracts-for-goods-and-digital-content/>

1.1 Adaptation of copyright exceptions/limitations to the digital and cross-border environment

The Directive introduces mandatory exceptions to copyright for the purposes of text and data mining, online teaching activities, the preservation and online dissemination of cultural heritage.

1.2 Improvement of licensing practices to ensure wider access to creative content

The Directive provides for harmonized rules facilitating: the exploitation of works, which have ceased being commercialized (out-of-commerce works), the issue of collective licenses with extended effect, rights clearance for films by video-on-demand platforms.

1.3 Achievement of a well-functioning marketplace for copyright

The Directive introduces a new right for press publishers on the online use of their press publications. Authors of works, incorporated in the press publication, would be entitled to a share of the press publisher's revenue, deriving from this novelty. With regards to online content-sharing platforms, based on the "user-uploaded content" model, the Directive clarifies the legal framework, within which they operate. Such platforms would need to obtain a license for copyright-protected works, uploaded by users, unless a number of conditions, enlisted in the Directive, are met. Right holders would, therefore, be capable of better negotiating the conditions for the exploitation of their online works, and be remunerated for the online use of their content by these platforms. Simultaneously, the Directive provides a right for users to generate and upload content freely, for purposes of quotation, criticism, review, caricature, parody and pastiche. To that effect, it transforms the aforementioned exceptions, currently optional for Member States, into mandatory aspects of the specific type of use.

The Directive also envelops authors' and performers' rights to appropriate and proportionate remuneration upon the licensing or the transferring of their rights, and introduces a transparency obligation, concerning the exploitation of licensed works, as well as a remuneration adjustment mechanism, accompanied by an alternative dispute resolution mechanism. Software developers are excluded from these rules.

2. The Copyright Directive as subjected to criticism

2.1 Article 17 – the "upload filter" rule

The Copyright Directive has been equally subject to severe criticism by

various stakeholders. Its most controversial component is present in Article 17 (former Article 13 of the initial text, issued by the Commission), or the “upload filter” rule, which requires online content-sharing providers⁶ to filter or remove copyrighted material from their websites. If no authorization is granted, OCSPs would be liable for unauthorized acts of communication and making available to the public of copyright-protected works and other subject matter, unless they demonstrate they have made best efforts to obtain an authorization (Article 17(4)(a)), and done so in accordance to high industry standards of professional diligence.

A proportion of the industry claims that the major issue with the new “upload filter” rule lays within its attacking of tech giants by making them liable for copyright infringements, and supposedly directing more revenue from them towards artists and journalists. In addition, Article 17, also known as the “meme ban”, since it does not clarify whether memes, which are often based on copyrighted images, would enter the scope of this regulation. Proponents of the legislation claim that memes are protected as parodies and thus are to be excluded from the Directive, but others argue that filters would not succeed in distinguishing between memes and other copyrighted material, therefore they are enveloped by the new rules.

2.2 Article 15 – the “link tax” rule

The other problematic provision is Article 15 (former Article 11 of the initial text of the Commission), or the “link tax” rule, which demands news aggregator sites (e.g. Google News) to pay publishers for using snippets of their articles on their platforms. There is no certainty as for the manner, in which this regulation would work in practice. In particular, what amount needs to have been shared before a platform is required to pay the publisher? The Directive states that platforms would not be obliged to pay in case they are merely “hyperlinking”, coupled with individual words (Article 15(1)), but, since most links are accompanied by more than a couple of words, it suggests that many platforms and news aggregators would be bound by this rule. However, it manifests an exemption for “private and non-commercial use of press publications by individual users”, therefore on *prima vista* individuals, sharing links on social platforms, might not be impacted. Nevertheless, this statement remains open to interpretation, as it is not certain whether a person with a vast following on social media, who posts adverts to that audience, is

⁶ This term is defined in Article 2(6) of the final text, as information society service provider, which main purpose is to store and provide public access to a large amount of copyright-protected works or other protected subject matter, uploaded by its users, which it then organizes and promotes for profit-making purposes.

perceived as a “private and non-commercial” entity.

2.3 Opposing Member States

In addition to the industry’s denunciation, described beforehand, five Member States voted against the Copyright Directive, by stating that:

“The objectives of this Directive were to enhance the good functioning of the internal market and to stimulate innovation, creativity, investment, and production of new content, also in the digital environment. (...) However, in our view, the final text of the Directive fails to deliver adequately on the abovementioned aims. We believe that the Directive in its current form is a step backwards for the Digital Single Market, rather than a step forward. Most notably, we regret that the Directive does not strike the right balance between the protection of right holders and the interests of EU citizens and companies. It, therefore, risks to hinder innovation, rather than promote it, and to have a negative impact on the competitiveness of the European Digital Single Market. Furthermore, we feel that the Directive, by lacking of legal clarity, will lead to legal uncertainty for many stakeholders concerned and may encroach upon EU citizens’ rights.”⁷

B. Related Directives

1. Directive on transmission of radio and TV broadcasting

The objective of this refashioned Directive is to facilitate the licensing of copyright-protected material, contained in TV and radio programmes available online, so that they could be made available throughout the EU. Changes and improvements, produced by this Directive, are to be summarized, as follows:

1.1 Facilitating clearance of rights for online services ancillary to broadcasts

Users increasingly expect to obtain access to television and radio programmes at a time and place to their liking. Broadcasting organizations are, therefore, increasingly offering, in addition to their traditional broadcasts of television and radio programmes, online services ancillary to their broadcast. Such services consist of parallel transmissions on the Internet (the so-called

⁷ Joint statement by the Netherlands, Luxembourg, Poland, Italy and Finland, Estonia and Germany on the proposal, published at the Council Registry, available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/en/pdf>

“simulcasting”) and the opportunity to watch or listen to a programme, subsequent to the time of the original broadcast.

In order to make these services available across borders, broadcasting organizations need to clear the rights to works and other protected subject matter, contained in their broadcasts for all relevant territories. The Directive would facilitate this rights clearance by allowing broadcasting organizations to clear all relevant rights in the Member State of their principal establishment.

This legal act covers all radio programmes, TV news and daily affairs programmes, as well as TV programmes, which are fully financed own productions of the broadcasting organizations. Existing contracts would remain unaffected for a period of four years following the entry into force of the Directive. The Commission is to assess the need for extending this coverage to additional types of TV programmes six years after the entry into force of the Directive.

1.2 Clearance of cross-border retransmission rights

The Directive facilitates the clearance of rights in case of a radio or TV programme broadcast in one Member State is retransmitted simultaneously, unaltered and unabridged in another Member State. It covers retransmissions, carried out via cable, satellite, digital terrestrial, closed circuit IP-based or mobile networks. It also envelopes retransmissions, carried through the Open Internet, provided that they take place in a managed environment, i.e. they are subject to a kind of digital identification.

1.3 Direct injection

The Directive clarifies the legal status of the so-called “direct injection” technique, i.e. when a broadcaster transmits its programme-carrying signals to signal distributors in such a way that these signals are not accessible to the public during the transmission. In that case, only a single act of communication to the public is deemed to occur. This means that both the broadcaster and the signal distributor would need to clear the underlying rights.

2. The Digital Content Directive and the Sales of Goods Directive

The objective of the reform of these two Directives is to provide a high level of protection and legal certainty for European consumers, in particular

when buying across borders, as well as to provide facilitation for businesses, especially SMEs, to sell EU-wide.

The Digital Content Directive concerns the supply of digital content and covers data produced and supplied in digital form (e.g. music, online videos, etc.), services allowing for the creation, processing or storage of data in digital form (e.g. cloud storage), services allowing for the sharing of data (e.g. Facebook, YouTube, etc.), and any durable medium used exclusively as a carrier of digital content (e.g. DVDs). “Over the top” interpersonal communication services, bundle contracts and the processing of personal data are also included within its scope.

The new Digital Content Directive introduces a high level of protection for consumers, paying for a service, but also for those, providing data in exchange for such a service. The novel rules foresee in particular that, in case it is not possible to fix defects within a reasonable amount of time, the consumer to be entitled to a price reduction or full reimbursement. Moreover, the guarantee period cannot be shorter than two years.

The Sales of Goods Directive concerns all sales of goods, regardless of process being carried out physically, online or via distant sale. Goods with a digital component (e.g. smart fridges or intelligent watches) are covered by this Directive. The new rules introduce a two-year minimum guarantee period (from the time the consumer receives the good) and a one-year period for the reversed burden of proof in favour of the consumer.

Both directives are based on the principle of maximum harmonization, which ensures that Member States cannot deviate from the requirements.

III. CONCLUSION

In sum, the reform of the EU copyright rules produces a vast scope of advantages to the EU consumers, artists and journalists. Simultaneously, the reaction of the industry and of some Member States towards the Copyright Directive implies that some of its provisions hold controversy. Proponents of the Copyright Directive claim that it would balance between American tech giants and European content creators, thus providing copyright holders with control over the manners, in which internet platforms distribute their content. Opponents perceive it as vague and poorly constructed, restricting the means of online content-sharing, stifling innovation and freedom of speech.

However, it is yet untimely to cast prognoses of how the new rules would be enforced and what their impact would be. The Directives set obligations for the Member States and not for the market parties directly, therefore how the EU governments would implement the new requirements through their national legislative instruments, in order to achieve the Directives' objectives, remains to be observed.



IURIDICA PRIMA

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

5-та Меѓународна научна конференција

ОХРИДСКА ШКОЛА НА ПРАВОТО
2019

*Злоупотреба на правото и „ненормалното“ право
наспроти владеење на правото
Посветена во чест на животот и делото на
Акад. Проф. д-р Слободан Перовиќ –
основнopolожник на Копаоничката школа на природното право*

9-12 Мај Охрид 2019

Конференцијата и издавањето на зборниците го помогнаа:
Комора на извршители на РСМ, Аполонија, Ацибадем Систина, Кнауф,
Витаминка, Адвокатско друштво Апостолски, Геомонд, Раде Влаховиќ,
Агрија, Аксон, Нотарска комора на РМ, Анизор, Некстсенс.
Институтот IURIDICA PRIMA изразува голема благодарност до нашите
пријатели за укажаната доверба и несебична поддршка за развојот на
правната мисла и реформите во правото.

FIAT IUSTITIA ET PEREAT MUNDUS!