

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“  
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ – СКОПЈЕ

ГОДИШНИК

НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ  
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE

DE LA FACULTÉ DE DROIT  
„IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE



ВО ЧЕСТ НА  
ПРОФ. Д-Р МИОДРАГ МИЦАЈКОВ

СКОПЈЕ, 2018

ГОДИШНИК  
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ  
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ГОДИШНИК	ТОМ 58	СКОПЈЕ SKOPJE	2018
----------	--------	------------------	------

ANNUAIRE  
DE LA FACULTÉ DE DROIT  
„IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE

РЕДАКЦИСКИ ОДБОР

Уредничка на Годишникот:

проф. д-р Каролина Ристова - Астеруд

Уредувачки одбор на Годишникот во чест на проф. д-р Миодраг Мицајков, редовен професор во пензија на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје:

проф. д-р Добринка Тасковска (Северна Македонија),  
проф. д-р Јасна Бачовска Недиќ (Северна Македонија),  
проф. д-р Ирена Рајчиновска Пандева (Северна Македонија),  
проф. д-р Петра Дебушер (Белгија),  
проф. д-р Златан Мешкиќ (Босна и Херцеговина),  
проф. д-р Ана Лисе Кјаер (Данска),  
проф. д-р Ричард Матланд (САД),  
проф. д-р Славко Ѓорѓевиќ (Србија),  
проф. д-р Марија Игњатовиќ (Србија),  
проф. д-р Ченкер Гокер (Турција),  
проф. д-р Али Ресул (Турција),  
доц. д-р Александар Спасов (Северна Македонија),  
доц. д-р Драги Рашковски (Северна Македонија),  
д-р. Штефан Пирнер (Германија).

Секретар на Годишникот: асс. м-р Илија Манасиев

Правен факултет „Јустинијан Први“,  
ул. Гоце Делчев 9б 1000 Скопје, Република Северна Македонија

Лектура: Дениз Тесторидес и Славчо Пеев

Печати: Печатница НАПРЕДОК - Тетово

Тираж: 150

Објавувањето на овој Годишник и подготовката на трудови чии што автор(к)и се вработен на Правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје е во рамки на проект „Евроинтеграцијата на општествениот, правниот и политичкиот систем на Република Северна Македонија“.

ГОДИШНИК  
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ  
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE  
DE LA FACULTÉ DE DROIT  
„IUSTINIANUS PRIMUS“ DE SKOPJE



ВО ЧЕСТ НА  
ПРОФ. Д-Р МИОДРАГ МИЦАЈКОВ

СКОПЈЕ, 2018

СОДРЖИНА  
НА ГОДИШНИК НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ  
ВО ЧЕСТ НА ПРОФ. Д-Р МИОДРАГ МИЦАЈКОВ

**ВОВЕДНА РЕЧ ВО ЧЕСТ НА ПРОФ. Д-Р МИОДРАГ МИЦАЈКОВ ..... V**

1. Каролина Ристова-Астеруд ПРАВНИОТ ЛАТИНСКИ ЈАЗИК КАКО <i>LINGUA FRANCA</i> ВО ПРАВНИОТ ПРОСТОР НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА (Аргументи, дилеми и состојби) .....	1
2. Јасна Бачовска Недиќ, Ирена Рајчиновска Пандева ПОЛИТИЧКАТА ТОЛЕРАНЦИЈА, СЛОБОДАТА НА ГОВОР И МРЕЖНОТО ОПШТЕСТВО (СТУДИЈА НА СЛУЧАЈ – ТУРЦИЈА) .....	27
3. Драги Рашковски ОДРЕДУВАЊЕ НА НАДЛЕЖНОСТА НА СУДОТ ВО СПОРОВИТЕ КОИ ПРОИЗЛЕГУВААТ ОД УПОТРЕБАТА НА ОБЛАК (CLOUD) ТЕХНОЛОГИЈАТА .....	55
4. Илија Манасиев ВИДОВИ НА ПРАВЕН ОДНОС .....	71
5. Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, Елена Давитковска, Ивана Шумановска-Спасовска ПРАВНА ЗАШТИТА НА КОРИСНИЦИТЕ НА ЈАВНИ УСЛУГИ СОГЛАСНО ЗАКОНОТ ЗА ОПШТА УПРАВНА ПОСТАПКА .....	87
6. Тања Каракамишева – Јовановска CONSTITUTIONAL ANALYSIS OF THE DRAFT-LAW ON THE USE OF LANGUAGES OF 2017 .....	111
7. Јелена Трајковска-Христовска СИСТЕМОТ НА КОНТРОЛА НА УСТАВНОСТА НА ПРАВНИТЕ АКТИ ВО РЕПУБЛИКА ИТАЛИЈА .....	133
8. Александар Спасеновски НЕКОИ АСПЕКТИ НА ОДНОСОТ НА СЛОБОДАТА НА ВЕРОИСПОВЕД СО ДРУГИ ЧОВЕКОВИ ПРАВА И СЛОБОДИ .....	153
9. Љубомир Д. Фрчкоски ПРАВОТО И НАСИЛСТВОТО .....	161

10. Владимир Божиновски ПРИДОНЕСОТ НА СХОЛАСТИКАТА И ДЕЛОТО НА СВ. ТОМА АКВИНСКИ ВО СОЗДАВАЊЕТО НА ЕДИНСТВЕН КУЛТУРЕН И ПОЛИТИЧКИ ИДЕНТИТЕТ ВО СРЕДНОВЕКОВНА ЕВРОПА .....	173	21. Горан Коевски, Дарко Спасевски ТРГОВЕЦ -ПОЕДИНЕЦ И НЕГОВИОТ СТАТУС ВО СТЕЧАЛНАТА ПОСТАПКА .....	399
11. Христина Рунчева Тасев ВЛИЈАНИЕТО НА ГРЧКАТА ПРАВНО-ФИЛОЗОФСКА МИСЛА ВРЗ ИДЕИТЕ НА РИМСКАТА <i>RES PUBLICA</i> .....	183	22. Биљана Петревска, Ванчо Узунов ПРЕДИЗВИЦИ ВО РЕГУЛИРАЊЕТО И ПОТТИКНУВАЊЕТО НА СОЦИЈАЛНОТО ПРЕТПРИЕМАШТВО .....	419
12. Владо Бучковски, Гоце Наумовски, Есин Кранли Бајрам РИМСКОТО ПОЛИТИЧКО ГОВОРНИШТВО НИЗ ПРИМЕРОТ НА <i>MARCUS PORTIUS CATO</i> (КАТОН СТАРИОТ) .....	197	23. Елена Нешовска Косева ИНСТИТУТОТ „ДАНОЧНА АРБИТРАЖА“ КАКО ИНСТРУМЕНТ ЗА ПОДОБРУВАЊЕ НА ЕФИКАСНОСТА НА ЗАЕМНАТА ПОМОШ ВО ДАНОЧНИТЕ РАБОТИ .....	435
13. Гале Галев, Јадранка Дабовиќ Анастасовска НАЧЕЛОТО НА СОВЕСНОСТ И ЧЕСНОСТ – ФУНДАМЕНТАЛНО НАЧЕЛО НА ОБЛИГАЦИОНОТО ПРАВО .....	211	24. Ангел Ристов ТЕМЕЛНОТО УРЕДУВАЊЕ НА ИМОТНИТЕ ОДНОСИ НА БРАЧНИТЕ ПАРТНЕРИ: „ЉУБОВ БЕЗ СМЕТКА ИЛИ ЉУБОВ СО ЧИСТА СМЕТКА“ .....	451
14. Неда Здравева „УГЛЕД И ЧЕСТ“ ИЛИ „НАВРЕДА И КЛЕВЕТА“ –ОДГОВОРНОСТА НАСПРОТИ ЗАКОНСКОТО УРЕДУВАЊЕ .....	251	25. Елена Игновска ЕВРОПСКИОТ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА И ПРАВОТО НА ИНФОРМАЦИЈА ЗА ГЕНЕТСКОТО ПОТЕКЛО НА ПОСВОЕНИТЕ ДЕЦА .....	471
15. Тони Дескоски, Вангел Доковски ПРИЧИНИ ЗА ПРИФАЌАЊЕ НА АВТОНОМИЈАТА НА ВОЛЈАТА ВО МЕЃУНАРОДНОТО ПРИВАТНО ПРАВО .....	277	26. Драгана Кипријановска ЕВОЛУЦИЈА НА ПСИХИЈАТРИСКО-ПРАВНИТЕ СФАЌАЊА ЗА ДУШЕВНИТЕ РАСТРОЈСТВА И ПОСТАПУВАЊЕТО СО ДУШЕВНО БОЛНИТЕ ДЕЛИКВЕНТИ .....	491
16. Елена Михајлова Стратилати УЛОГАТА НА ДРЖАВАТА ВО СПРАВУВАЊЕТО СО ДЕЛАТА ОД ОМРАЗА НИЗ ПРАВОТО .....	299	27. Владо Поповски ДЕНОМИНАЦИЈА И ПОДЕЛБА – ЗАМИСЛУВАЈЌИ ГО БАЛКАНОТ БЕЗ МАКЕДОНИЈА И МАКЕДОНЦИТЕ .....	513
17. Беким Нухија ПРАВНИ АСПЕКТИ НА ХУМАНИТАРНАТА ИНТЕРВЕНЦИЈА .....	309	28. Билјана Поповска, Иванка Василевска МАКЕДОНСКОТО РЕВОЛУЦИОНЕРНО ДВИЖЕЊЕ ОД СОЗДАВАЊЕТО НА МАКЕДОНСКАТА РЕВОЛУЦИОНЕРНА ОРГАНИЗАЦИЈА ДО ПОЧЕТОКОТ НА ВТОРАТА СВЕТСКА ВОЈНА .....	527
18. Љупчо Стојковски СОВЕТОТ ЗА БЕЗБЕДНОСТ НА ООН И „НОВИТЕ ВОЈНИ“ .....	327		
19. Џудитен Скорфилд МекЛахлан (Judithanne Scourfield McLauchlan) PRESIDENTIAL CORRESPONDENCE DURING THE CLINTON ADMINISTRATION: STAYING IN TOUCH WITH THE AMERICAN PEOPLE .....	341		
20. Александар Климовски ПРИЧИНИТЕ ЗА ПОЈАВАТА НА АКЦИОНЕРСКИОТ АКТИВИЗАМ И РАЗВОЈОТ НА АКЦИОНЕРСКАТА ДЕМОКРАТИЈА .....	369		

проф. д-р Тони Дескоски<sup>1</sup>  
доц. д-р Вангел Доковски<sup>2</sup>

## ПРИЧИНИ ЗА ПРИФАЌАЊЕ НА АВТОНОМИЈАТА НА ВОЛЈАТА ВО МЕЃУНАРОДНОТО ПРИВАТНО ПРАВО

Изворна научна статија  
УДК:347.441.4:341.9

### Резиме

Во овој текст авторите ги анализираат причините кои доведуваат до прифаќање на автономијата на волјата како точка на врзувањето во меѓународното приватно право. Авторите поаѓаат од премисата дека слободата на договарањето во домашното право претставува основа врз која се појавува *lex voluntatis* во делот на меѓународното приватно право. Посебно внимание во овој текст е дадено на класичното сфаќање за меѓународното приватно право и неговиот однос кон автономијата на волјата и појавата на новата, транснационална теорија за меѓународното приватно право. Според авторите, секој правен систем во мноштвото правни норми наоѓа место и за едно подрачје во кое има повеќе простор за индивидуалните активности. Тоа е доменот, барем во принцип, на иницијативата на странките и можноста за регулирање на нивните односи согласно изјавената волја, секако, во граници на законски утврдените правила. Од тие причини, авторите сметаат дека постои и можност за теоретско објаснување на прифаќањето на автономијата на волјата согласно принципот на *in dubio libertas*. Со цел да се согледаат различните причини за прифаќањето и улогата на автономијата на волјата во меѓународното приватно право, во овој текст посебно се анализирани и причините за прифаќањето на автономијата на волјата кај различните видови судири на законите (пред сè, судирот кај договорните и вондоговорните односи).

**Клучни зборови:** *lex voluntatis*, *in dubio libertas*, слобода на договарање, најтесна врска, судир на законите

<sup>1</sup> Редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.

<sup>2</sup> Доцент на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје.

## 1. Вовед

Во секојдневниот живот, секој поединец постојано е исправен пред различни избори и може самиот да определи дали сака да стапи во определен правен однос или да не го стори тоа. Од страна на правниот поредок, на странките им е дадена определена слобода на договорно уредување на нивните односи, слобода на одлучување и избор.<sup>3</sup> Таа т.н. **слобода на договарањето** во правниот поредок била присутна уште многу години наназад. Токму автономијата на волјата е основата на облигационото право, и својот развој како правен институт го должи на таа правна гранка. Појавата на автономијата на волјата во меѓународното приватно право се поврзува со XVI век и со француската теорија на статутите. Нејзин најзначаен претставник е Charles Dumoulin (Шарл Димулен). Овој париски адвокат, кој од дадени автори е опишан како „еден од најголемите гении“ во областа на меѓународното приватно право, е творец на доктрината на автономија на волјата на странките, според која субјектите на правниот однос самите можат да го определат меродавниот кутим (обичај) на нивниот правен однос.<sup>4</sup> На нормативен план, принципот на автономија на волјата започнал да се развива дури во деветнаесеттиот век. Всушност, автономијата на волјата се засновала на избор на меродавно право во договорите.<sup>5</sup> Во оваа смисла, посебно е интересен ставот на изготвувачот на Првиот рестејмент (First Restatement of Conflicts) Joseph H. Beale (Џозеф Х. Беал) дека дозволувањето на странките да го изберат меродавното право, во суштина, означува и претставува дозвола странките да создадат легислативен акт.<sup>6</sup>

Кога говориме за меѓународното приватно право, особено во делот на судирот на законите, најнапред е потребно да укажеме на различниот развој на науката и доктрината која постои помеѓу традиционалните европски сфаќања и американската конфликтна револуција. Така, додека во Европа, меѓународното приватно право остана на ниво на апстрактни колизионни норми со многу мала флексибилност во конкретните случаи, во САД, правецот на меѓународното приватно право се насочи токму

<sup>3</sup> Perović, S., *Obligaciono pravo, knjiga I, četvrto izdanje*, Beograd, 1980, стр. 153.

<sup>4</sup> Гавроска, П., Дескоски, Т., *Меѓународно приватно право*, стр. 99.

<sup>5</sup> Dursun, S., *A critical examination of the role of party autonomy in international commercial arbitration and an assessment of its role and extent*, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2012/1), стр. 161.

<sup>6</sup> Beale H. J., *A Treatise on the Conflict of Laws*, 1935, стр.1080.

кон флексибилноста и правичноста потребна во секој конкретен случај.<sup>7</sup> Сепак, дваесеттиот век не се гледа само како трансатлантска разлика во судирот на законите. Во суштина, по долги години дебата, правните системи од двете страни на Атлантскиот Океан усвоија ист пристап во делот на меѓународното приватно право за договорите. И американското и европското право го следат принципот на автономија на волјата, и така, им овозможуваат на странките да го изберат меродавното право.<sup>8</sup>

Во однос на прифаќањето на автономијата на волјата како точка на врзување, постојат неколку теории во литературата кои можат да ни послужат како добра основа за анализа на причините зошто истата се прифаќа. Така, литературата за трансакциските трошоци и трошоците на третите лица се насочува кон моментот и моделот на изборот на странките. Литературата за јавен избор го објаснува процесот на одлучување во смисла на вградување на индивидуалните преференции на странките во мрежа на влијанија и интереси. Бихевиористичкото право и економија се занимаваат со однесувањето на човекот преку моделите на избор.<sup>9</sup> Но, наведените теории можат да ни помогнат само во однос на разбирањето на однесувањето на поединецот во определени случаи и се погодни за објаснување, на пример, на моделите на облигационото право, а не и во однос на меѓународното приватно право. Зошто е така тоа? Затоа што во делот на меѓународното приватно право, правните и филозофските дилеми се различни затоа што тука станува збор за т.н. „судир на суверенитети“ и можноста странките да определат на кој суверенитет ќе дадат доверба, во смисла на заштита на правата и обврските и нивно регулирање. Се чини дека мислењето на Brand (Бренд) е сосема исправно кога тврди дека едноставниот (и авторитативен) пристап би бил секогаш да се потчини волјата на странките за регулирање на нивните односи под волјата на државата. Сепак, идејата дека странките можат да „излезат“ надвор од многу национални правни правила стана секојдневна практика во XX век. Почитувањето на автономијата на волјата на странките во

<sup>7</sup> Така и: Mandrey, M., *Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations, A European and Anglo-Common Law perspective on the freedom of choice of law in the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Peter Lang GmbH, 2014, стр. 89.

<sup>8</sup> Ruhl, G., *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*, објавено во: Conflict of Laws in Globalized World, Gottschalk, E., Michael, R., Ruhl, G., Von Hein, J. (eds.), Oxford University Press, 2007, стр. 153.

<sup>9</sup> Johns, F., *Performing party autonomy*, Law and Contemporary Problems, Vol. 71, No. 3, 2008, стр. 245-246.

приватните односи стана камен-темелник на модерното меѓународно приватно право.<sup>10</sup> Денес, сè повеќе се отвораат вратите на различните видови граѓанскоправни односи со странски елемент кон автономијата на волјата, и тоа, токму во деловите на меѓународното приватно право во кои традиционално, автономијата на волјата беше исклучена – како на пример: вондоговорната одговорност, личниот статус на лицето (личното име на физичкото лице) и семејните односи (кај разводот на бракот).<sup>11</sup>

## 2. Причини за прифаќање на автономијата на волјата во меѓународното приватно право – различни концепти и потрага по теоретска основа

Автономијата на волјата денес е водечки концепт во модерното меѓународно приватно право на Европската Унија. Истата е широко прифатена во комерцијалните односи помеѓу странките каде што тие се слободни да изберат меродавно право за нивниот договорен или вондоговорен однос. Но, истата со голема брзина навлегува, како што кажавме, и во останатите делови на меѓународното приватно право, па се очекува набрзо да постигне триумф во меѓународното приватно право на Европската Унија. Покрај успехот што автономијата на волјата го постигнува во меѓународното приватно право на Европската Унија, не можеме да го пренебрегнеме ниту фактот дека истата го има најдено своето место и во законодавствата на останатите држави во светот кои не се членки на Европската Унија. Ако се има предвид обврската за државите кои имаат аспирации да станат полноправни држави членки на Европската Унија, како што е, на пример, Република Северна Македонија, со право може да се очекува и следење на трендовите на современ развој на европското меѓународно приватно право од страна на меѓународното приватно право на третите земји. Тука се согледува и

<sup>10</sup> Brand A. R., *Balancing Sovereignty and Party Autonomy in Private International Law: Regression at the European Court of Justice*, University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series, paper 25, достапен на <http://law.bepress.com>, стр. 8.

<sup>11</sup> Во таа смисла, види ги Регулативата Рим II; Регулативата на Советот (ЕУ) бр. 1259/2010 од 20 декември 2010 година за имплементирање заемна соработка во полето на меродавното право за развод и правна разделба; Регулатива (ЕУ) бр. 650/2012 на Европскиот парламент и на Советот од 4 јули 2012 година за надлежност, меродавно право, признавање и извршување одлуки и прифаќање и извршување автентични инструменти во наследните односи и за создавање Европски сертификат за наследување. Во наведените регулативи е прифатена автономијата на волјата, и тоа, за прашања за кои традиционално автономијата на волјата беше исклучена.

процесот на апроксимација на правото на Европската Унија од страна на државите кандидатки за полноправно членство.

Погрешен би бил и заклучокот дека автономијата на волјата е ексклузивитет загарантиран само за државите од Европскиот Континент. Новиот закон за меѓународно приватно право на Јапонија е само еден од многуте примери. Автономијата на волјата се користи во сè повеќе области од приватното право, како што се: деликтите, семејството, наследувањето. Основното оправдување веќе не се доведува ниту во прашање.<sup>12</sup> Ако подетално го анализираме она што имаат кажано и одлучено во однос на автономијата на волјата, најпрвин треба да обрнеме внимание на случајот Канзас од *Midland Saving and Loan Company v. Solomon*, каде што судот одлучил дека странките на договорот можат да стипулираат дека нивниот договор ќе биде подведен под правото на државата по нивен избор. Заклучено е дека, доколку стипулирањето е направено чесно и во добра вера, „должност е на судот на која било друга држава, во која е поведена постапка во врска со договорот, да даде ефект на таквото стипулирање.“<sup>13</sup> Вистинското прашање кое можеме да го поставиме тука е следново: „Зошто автономијата на волјата се прифаќа во меѓународното приватно право, дали постои теоретска основа за истото прифаќање?“ Сосема е логично да се постави ова прашање затоа што автономијата на волјата не може да се оправда преку традиционалниот пристап на меѓународното приватно право. Ако, пак, земеме дека меѓународното приватно право за свој предмет го има решавањето на судирот на законите и судирот на јурисдикциите, во тој случај општото оправдување за прифаќањето на автономијата на волјата треба да ги задоволи и споменатите два елемента – во делот на судирот на јурисдикциите, автономијата на волјата како основа за воспоставување меѓународна надлежност,<sup>14</sup> и во делот на судирот на законите, како точка на врзувањето која односот ќе го поврзе со меродавното право. Но дали општото оправдување треба да го гледаме низ призмата на теоријата или, пак, низ призмата на секојдневните потреби на современиот свет во кој секојдневно во извонредно голем број односи стапуваат субјекти

<sup>12</sup> Michael Ralf, *Party Autonomy – A New Paradigm without a Foundation?* Japanese Association of Private International Law, June 2, 2013, достапен на: [www.pilaj.jp/data/2013\\_0602\\_Party\\_Autonomy.pdf](http://www.pilaj.jp/data/2013_0602_Party_Autonomy.pdf), стр. 2.

<sup>13</sup> James, C. L., *Effects of the Autonomy of the Parties on Conflict of Laws Contracts*, Chicago-Kent Law Review, vol. 36, no. 2, 1956, стр. 90.

<sup>14</sup> Поопширно види кај: Watt, M.H., *Party Autonomy in International Contracts: from makings of a myth to the requirements of global governance*, ERCL 3/2010, стр. 15-33.

од најразлични држави, секој под влијание на својата култура и правно окружување?

Принципот луѓето да можат самите да ги определуваат своите обврски и да се врзани со она што самите го определиле е многу стара правна и етичка идеја. Кант смета дека извршувањето на преземените обврски е највисока морална должност. Меѓутоа, ова не е идеја својствена само на западноевропската филозофија или римското право. Овој принцип бил јасно поставен и во другите постари култури.<sup>15</sup> Во делот на судирот на законите, тоа би означувало должност на странките да постапуваат во согласност со правото кое го определиле како меродавно право за регулирање на нивните права и обврски, додека преведено на јазикот на меѓународното приватно процесно право, истото означува должност странките да ги почитуваат спогодбите со кои се обврзале нивните спорови да бидат решавани од страна на определен суд, се разбира, во рамките на границите поставени од страна на законодавецот.<sup>16</sup> Покрај наведените корелативни права и обврски за странките, автономијата на волјата, кога е искористена од страна на странките, настанува и обврска за судот. Така, судот треба да го примени она право кое во рамките на законските овластувања го избрале странките. На тој начин, судот треба да го примени одбраното право, независно дали станува збор за домашното право (*lex fori*) или за право на странска држава. Станува збор за позиција која судовите ја следат, и се чини дека барем во делот на примената на одбраното право, не постојат недоследности. Овој став е поддржан и во одлуката на Окружниот суд на Њујорк во спорот *Born v. Norwegian America Line Inc* (Борн против Норвешкиан Америка лајн инк.) каде што примената на клаузула со која се предвидува примена на странско право воопшто не е доведена во прашање.<sup>17</sup> Во наведениот случај, тужителот барал надомест за повреди претрпени во странство

<sup>15</sup> Гавроска, П., *Судир на законите*, стр. 109.

<sup>16</sup> Сепак, можноста странките со своја спогодба да изберат надлежен суд е прифатена подоцна, за разлика од можноста за избор на меродавно право. Така, во САД, до 1972 година, судовите не ја прифаќале автономијата на волјата на странките за избор на надлежен суд врз основа на сфаќањето според кое надлежноста на судот се воспоставува врз основа на критериумот на соодветност. Прифатената доктрина на *forum non conveniens* широко ја поставила можноста за непризнавање на автономијата на волјата во доменот на процесното право преку одбивање на надлежноста на судовите на САД во случаи кога странките ја договориле нејзината надлежност. Поопширно види кај: Gruson, M., *Forum-Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, *Illionis Law Review*, 1982, стр. 133.

<sup>17</sup> Текстот на одлуката е достапен на следниов линк: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts>.

на бродот на тужениот додека патувал од Њујорк до Данска. Тужителот го купил билетот во Њу Џерси и се потпишал на сметката која го претставувала договорот за превоз. Договорот предвидувал: „Сите прашања кои произлегуваат од овој договор билет ќе бидат решени според правото на Норвешка, со повикување кое е направено во овој договор.“<sup>18</sup>

### 3. Класичното сфаќање за меѓународното приватно право – неспојливост на автономијата на волјата со целта на меѓународното приватно право

Иако автономијата на волјата долг период се користи како точка на врзувањето во делот на меѓународното приватно право, отсуствува поголема анализа на причините за нејзиното прифаќање како основа која ќе го поврзе правниот однос со меродавното право. Многу повеќе во правната литература се користи пристап според кој се укажува на неспојливоста на автономијата на волјата со целта на меѓународното приватно право, која, пак, е поврзување на односот со материјалното право на држава којашто е најзаинтересирана да ги примени сопствените правила. Притоа, станува збор за колизионоправна правичност, која не е насочена кон задоволување на материјалноправната правичност. Во САД, на пример, каде што автономијата на волјата кај договорните односи е прифатена во Вториот рестејтмент, не постои никакво објаснување за нејзиното прифаќање. Дотолку повеќе што и во самиот Рестејтмент делот за автономијата на волјата е нејасен.<sup>19</sup> Класичното сфаќање за меѓународното приватно право, во суштина, ги опфаќа традиционалните методи за определување на меродавното право. Европскоконтиненталната правна школа ја претставува статутарната теорија за меѓународното приватно право која смета дека законодавецот е оној кој ги создава правилата, а смислата на самите правила е да се прими правото кое претходно *in abstracto* е определено како меродавно. За разлика од наведената школа, англисаксонската правна школа ја прифаќа теоријата за стекнатите права според која државата е онаа којашто ги признава правата, а не странките кои се титулари на тие права. Прв кој ја формулира теоријата за стекнати права е Daisy (Дајси),

<sup>18</sup> Johnston, R., *Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law*, *William & Mary Law Review*, (1966) Vol. 7, no. 37, стр. 42.

<sup>19</sup> Така и Weinberger D. A., *Party autonomy and choice-of-law: The Restatement (Second), Interest Analysis, and the search for a Methodological Synthesis*, *Hofstra Law Review*, 1976, Vol. 4, стр. 612.



неприкосновениот теоретичар на англиското уставно право и англиското меѓународно приватно право. Дајси сметал дека: „Судовите, на пример, на Англија, никогаш не го признаваат странското право; кога тие велат дека тоа го прават, тие не го признаваат странското право, туку правата кои се стекнати според странското право.“ Суверенитетот ги спречува судовите да го применат странското право; оправданите поединечни интереси предизвикуваат да се признаат правата стекнати во странство.<sup>20</sup> Теоријата за стекнати права лесно може да се примени за „поедноставни ситуации“ (*straightforward situations*) во меѓународното приватно право. Нејзината примена е лесна, особено доколку се спореди со теоријата за територијално право на Кук (*Cook's local law theory*) која е неоправдано сложена, дури и во едноставните ситуации. Но, примената на теоријата е едноставна доколку нема несоодветности и недоследности, кои се релевантни кога теоријата треба да биде ставена на потезоктест.<sup>21</sup> Логично би било да се постави прашањето: „Дали треба да се признае право кое е стекнато според право коешто странките самите го определиле?“ Ако суверенитетот го создава правото од кое потекнуваат правата на странките, тогаш не може самите странки да определат според кое право ќе ги стекнуваат правата. Тоа е целосно спротивно со теоријата за стекнати права. Според ниту една од наведените теории не можеме да најдеме оправдување за примената на автономијата на волјата во меѓународното приватно право. Можеби и посоодветно би било да кажеме дека автономијата на волјата е контрадикторна со традиционалните методи на меѓународното приватно право. Во класичната наука за меѓународното приватно право, како посебна теорија се појавува и теоријата за најблиска врска, односно, принципот на најтесна врска. Од тие причини, потребно е да се анализира следното: Дали може да се оправда автономијата на волјата низ призмата на теоријата за најблиска врска? Најтесната врска на граѓанскоправниот однос со правото на одредена држава денес е признаена како основен принцип во конструкцијата на објективното меѓународно приватно право.<sup>22</sup> Така, теоријата за најтесна врска во САД е една од највлијателните теории во делот на судирот на законите.

<sup>20</sup> Michael, R., *EU Law as Private International Law? Reconceptualizing the country-of-origin principle as vested-rights theory*, Journal of Private International Law, 2006, Vol. 2., No. 2., стр. 214.

<sup>21</sup> Carswell, R. D., *The Doctrine of Vested Rights in Private International Law*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 8, No. 2 (Apr., 1959), стр. 279.

<sup>22</sup> Dovgert, A., *Codification of Private International Law in Ukraine*, Yearbook of Private International Law, 2005, Vol. VII, Sarčević, P., Volken, P., Bonomi, A., Sellier (eds.), стр. 147.

Вториот рестејтмент за судирот на законите ја прифати оваа теорија за прв пат во меѓународното приватно право. Оттогаш, сè повеќе и повеќе јурисдикции ја прифаќаат оваа теорија.<sup>23</sup>

Станува збор за нов принцип на меѓународното приватно право кој прво е применет кај договорите, а сега се применува во останатите области на меѓународното приватно право, како што се граѓанскоправните деликти, интелектуалната сопственост итн. Во некои држави, овој принцип се смета за основен, фундаментален принцип за сите прашања поврзани со определувањето меродавно право.<sup>24</sup> Но, споменатиот принцип го поврзува односот со правото кое е во најтесна врска, а притоа, судијата е оној кој определува кое право е во најтесна врска. Дотолку повеќе што и законодавецот може да постави насоки за тоа што претставува најтесна врска. Судијата е оној кој врз основа на околностите во кои се засновал односот, определува кој суверенитет е најмногу заинтересиран да го регулира односот, во смисла на примена на материјалното право на најмногу заинтересираниот суверенитет. Сите околности на односот, кој е предмет на расправа, даваат одговор на прашањето кое право е во најтесна врска. На пример, додека за еден однос, некоја околност се смета дека е значајна и дека ќе го поврзе односот со правото на една држава, може истата таа околност за некој друг однос да се смета дека е безначајна и да не биде земена предвид при определувањето на меродавното право. Ако смислата на принципот на најтесна врска е да го поврзе односот со правниот поредок кој е најмногу заинтересиран да го регулира односот, во тој случај, истата не може да се користи како основа за оправдувањето на прифаќањето на автономијата на волјата како точка на врзувањето. Сосема е очигледен негативниот одговор според кој класичната теорија не може да послужи како основа да даде теоретско оправдување за прифаќањето на автономијата на волјата во меѓународното приватно право. Автономијата на волјата означува можност странките да изберат и право кое не е во никаква врска со односот кој настанал помеѓу нив. Ако можат да изберат право кое не е во никаква врска со односот помеѓу странките, тогаш тоа право, најмалку што претставува, е право кое е во најтесна врска со односот. На тој начин, обидите да се даде теоретска основа за прифаќањето на

<sup>23</sup> Shuhong, Y., Yongping, X. and Baoshi, W., *The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China*, Chinese Journal of International Law (2009), Vol. 8, No. 2, стр. 423.

<sup>24</sup> Jin, H., Guomin, L., *New Developments in Chinese Private International Law*, Yearbook of Private International Law, 1999, Vol. I, Sarčević, P., Volken P., Bonomi, A., Sellier (eds.), стр. 146.

волјата на странките во делот на меѓународното приватно право преку класичното изучување на истото се чини дека е неостварлива правна и филозофска дилема. Од анализата на класичната наука за меѓународното приватно право можеме само да заклучиме дека основите на автономијата на волјата треба да ги бараме или во нова теорија или преку едноставно прифаќање на ставот дека истата постои и е дозволена.

#### 4. Патот кон транснационална теорија за меѓународното приватно право – можност за теоретско објаснување на автономијата на волјата

Од анализата на класичното изучување на меѓународното приватно право заклучивме дека не можеме да најдеме теоретска основа за прифаќањето на автономијата на волјата како точка на врзувањето, во рамките на ова изучување. Тоа можеби е првиот сигнал дека е потребно да се изврши поместување на интересот во научните кругови во насока на поставување нова теорија за целта на меѓународното приватно право. Или како што Duncan (Данкан) предлага во однос на автономијата на волјата, трансформација на теоријата за волјата во принцип на приватна автономија.<sup>25</sup> Ако класичната наука како основна цел ја поставуваше потребата да се изврши поврзување на односот со правото на државата која е најмногу заинтересирана да се примени нејзиното право, затоа што „седиштето“ на односот е во таа држава, ние предлагаме прифаќање на една нова теорија – **транснационална теорија за меѓународното приватно право**. Која е целта на транснационалната теорија за меѓународното приватно право? Да изврши конвергенција на националното право на државите и да се создадат услови граѓанскоправните односи да бидат регулирани во согласност со волјата на странките, секако, во рамките на разумно поставените граници од страна на законодавецот. Кога говориме за конвергенцијата на националното право, во суштина, мислиме на постепено усогласување на националните решенија помеѓу различните држави за еден ист вид односи. Како сметаме дека истото ќе се постигне? Токму преку меѓународното приватно право кое ќе се применува во секој однос каде што се појавил странски елемент. На кој начин тоа ќе биде постигнато? На тој начин што судот, постапувајќи во конкретните случаи кога ќе го применува странското право, ќе може да

<sup>25</sup> Поопширно види кај: Kennedy, D., *From the will theory to the principle of private autonomy* Lon Fuller's "Consideration and Form", Columbia Law Review, 2000, Vol. 100:94, стр. 94-175.

ги увиди предностите кои ги нудат решенијата во странското право и на посреден начин ќе биде во позиција да укаже на потребите од промени во домашното право. Тоа во ниту еден случај не значи дека судовите директно ќе го менуваат материјалното право, но полека, со примена на странското право, ќе придонесат кон размислување за менување на пристапот од „судир на законите“ кон „коегзистенција и конципација на законите“.

Но, каде е тука објаснувањето за прифаќањето на автономијата на волјата во меѓународното приватно право? Се чини дека е потребно да истакнеме оти автономијата на волјата, кога се користи како точка на врзувањето, им овозможува на странките да ги планираат своите очекувања на тој начин што знаат кое право ќе биде применето за да се регулира нивниот однос. Странките знаат што може да очекуваат од граѓанскоправниот однос кој го засновале и притоа се чувствуваат сигурни во однос на нивните очекувања. Постигнувањето на сигурноста кај странките и почитувањето на нивните оправдани очекувања, во суштина, доведуваат до ситуации судот да примени избрано право на држава и на тој начин, да изврши постепена конвергенција на националното право, секако не во општа смисла. Такви би биле ситуациите во кои судот би дозволил да се примени право на странска држава, дури и кога требало да се примени домашното право, со една цел – да се одржат во сила (да се остварат) разумните очекувања на странките.<sup>26</sup> Во секој случај, секако дека сме свесни за приговорот кој тука може да биде истакнат, а кој ги доведува во прашање разумните очекувања на странките. Доколку на странките не им е дозволено да изберат меродавно право, тогаш тие не можат да очекуваат дека нивниот договор ќе биде земен предвид. Така, тие немаат разумно очекување дека избраното право ќе биде применето.<sup>27</sup> Сепак, овој приговор би бил оправдан доколку го гледаме единствено низ призмата на заштита на интересите на државата која го регулира судирот на законите. Ако понудиме објаснување дека повторно интересите на државата можат да бидат заштитени преку нормите со непосредна примена и јавниот поредок, во тој случај странките би имале разумни очекувања да се почитува нивниот избор на

<sup>26</sup> Така и Maarja, T., *Party Autonomy in Private International Law as a tool for Converging National Laws*, текст достапен на следниов линк: [www.tf.vu.lt/dokumentai/Admin/Doktorant](http://www.tf.vu.lt/dokumentai/Admin/Doktorant), стр. 354.

<sup>27</sup> Lehmann, M., *Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2008, Vol. 41:381, стр. 392.

меродавно право, сè додека истиот е во границите определени од страна на законодавецот. Законодавецот поставува граници и во внатрешното право, преку пропишување на императивните одредби. Секако дека императивните одредби не се секогаш составен дел на јавниот поредок, особено не составен дел на меѓународниот јавен поредок. Така што, ако законодавецот ја прифаќа слободата на договарањето помеѓу странките во внатрешното материјално право, во тој случај истиот треба да ја прифати и во меѓународното приватно право. За да се прифати едно вакво објаснување се чини дека е неопходно да го разгледаме и прашањето за хиерархискиот однос помеѓу волјата на државата и волјата на странките. Не би требало автоматски овој однос да го разгледуваме според правилата на субординација, туку да го разгледуваме од аспект на различните сфери на дејствувањето. Волјата на странките означува волја да ги регулираат своите меѓусебни односи според правила содржани во некоја држава, додека, пак, волјата на државата означува почитување на нејзиниот суверенитет кој е изразен како во материјалното право, така и во однос на правилата на меѓународното приватно право. Но, на кој начин државата обезбедува почитување на нејзините основни правила? Преку пропишување одредби кои имаат задолжителен карактер и кои би се применувале независно од колизионите норми за оние видови односи за кои државата е витално заинтересирана да го примени сопственото *материјално право*, волјата на странките разумно се ограничува од една страна, а од друга страна, и понатаму се почитува истата како основен принцип на меѓународното приватно право. Можноста странките самостојно да склучуваат договори и истите да ги регулираат своите договорни права и обврски, потоа можноста да се регулираат брачно-имотните односи, прашањата од наследноправна природа, укажува на прифаќањето на волјата на странките во материјалното право. И тоа е принцип прифатен во сите држави во светот. Тоа укажува на постоење транснационален материјален принцип кој им овозможува на странките да ги регулираат сопствените односи. Оттука произлегува дека слободата на договарање е транснационален принцип кој државите го прифаќаат и кај меѓународното приватно право затоа што на тоа упатуваат и правилата за меѓународна соработка. Сметаме дека транснационалната теорија за природата на меѓународното приватно право најдобро ги објаснува причините за прифаќањето на автономијата на волјата во меѓународното приватно право. Преку оваа теорија се отстрануваат

приговорите за неспојливоста на автономијата на волјата со целта на меѓународното приватно право затоа што прашањето за суверенитет на државите и поврзување на односот со државата, која е најзаинтересирана за регулирање на односот, се заменува со прашањето за соработка на државите и почитување на разумните очекувања на странките кај граѓанскоправните односи. Дотолку повеќе што традиционалната теорија би го заменила со „*волева поврзаност на односот*“. Суверенитетот на државите во никој случај не би се повредил со дозволување избор на меродавно право, и тоа, како правото на држава, така и изборот на *lex mercatoria*. Истиот секогаш ќе биде заштитен или преку пропишување норми со непосредна примена, со кои ќе се исклучи колизионите механизми, или со примена на јавниот поредок со кој ќе се отстранат ефектите на колизионите норми.

#### 5. *In dubio libertas* - доволен аргумент, самиот по себе, за прифаќање на автономијата на волјата во меѓународното приватно право?

Претходно истакнавме дека слободата на договарање во внатрешното право е широко прифатена во националните законодавства на државите во светот. Истото договарање сè повеќе се прифаќа и во меѓународното приватно право. Ако законодавецот дозволува странките самите да можат да изберат меродавно право, тогаш може да се смета дека тоа е доволен аргумент самиот по себе. Се чини дека не е потребно никакво дополнително објаснување за прифаќањето на автономијата на волјата во меѓународното приватно право. Истата е прифатена, и не е потребна натамошна расправа. Во суштина, сметаме дека станува збор за практичен пристап кон меѓународното приватно право и кон автономијата на волјата – истата постои и е прифатена. На прашањето за причините за прифаќање на автономијата на волјата не е посветено поголемо внимание ниту во литературата која се однесува на материјалното граѓанско право, ниту, пак, во литературата за меѓународното приватно право. Така, сè уште останува неодговорено прашањето: „Зошто им се дозволува на странките да изберат меродавно право?“ Денес, автономијата на волјата во меѓународното приватно право се прифаќа сè повеќе и на тој начин, го предизвикува и вниманието како на научната јавност, така и на судовите

кои се обидуваат да изградат став во однос на нејзината примена.<sup>28</sup> Но, расправата останува само на едно воопштено ниво затоа што не се нуди прецизен одговор на прашањето на кое ние бараме одговор: „Зошто е прифатена автономијата на волјата?“

Во Р.С. Македонија, автономијата на волјата како точка на врзувањето е прифатена кај: договорните односи со странски елемент,<sup>29</sup> кај вондоговорната одговорност<sup>30</sup> и кај договорните имотни односи помеѓу брачните другари.<sup>31</sup> Исто така, автономијата на волјата има најдено свое место и во македонското меѓународно приватно процесно право, каде што автономијата на волјата на странките е основ за воспоставување избрана меѓународна судска надлежност на суд на Р.С. Македонија.<sup>32</sup> Што се однесува до македонската литература, не постои објаснување зошто се прифаќа автономијата на волјата, туку се врши само презентација на фактичката законска состојба. Македонските судови, исто така, не посветуваат внимание во делот на автономијата на волјата. Дотолку повеќе што, за жал, македонските судови и воопшто не посветуваат внимание на колизионото решавање на приватноправните односи со странски елемент. Ситуацијата со меѓународното приватно право на Европската Унија укажува на тенденција за прифаќање на автономијата на волјата и кај некои области од меѓународното приватно право во кои традиционално истата не беше прифатена од страна на државите членки на Европската Унија. Државите членки на Европската Унија, сè до моментот на создавањето на меѓународното приватно право на Европската Унија (преку донесување на соодветни регулативи), ѝ даваа простор на автономијата на волјата главно во делот на договорните односи. Но, ситуацијата се менува со огромна брзина. Така, на пример, спротивно на традиционалниот пристап на националните правни системи, автономијата на волјата денес стана општ принцип на европското семејно право.<sup>33</sup> Денес, некои автори сметаат дека постои и процес на конституционализација на автономијата на волјата во рамките на европското семејно право. Единствениот европски пазар

<sup>28</sup> Во таа смисла, види кај: Weinberger D. A., *Party autonomy and choice-of-law: the Restatement (Second), interest analysis, and the search for a methodological synthesis*, Hofstra Law Review, 1976, Vol. 4, стр. 605.

<sup>29</sup> Во таа смисла, види го член 21 од ЗМПП.

<sup>30</sup> Во таа смисла, види го член 33-*f* од ЗМПП.

<sup>31</sup> Во таа смисла, види го член 43 од ЗМПП.

<sup>32</sup> Во таа смисла, види ги членовите 56 и 57 од ЗМПП.

<sup>33</sup> Pfeiffer, M., *Choice of law in International Family and Succession*, The Lawyer Quarterly 4/2012, стр. 396.

создаде услови за слободно движење на луѓето, така што појавата на странски елемент во семејните односи стана секојдневие. Во таа насока е и поставувањето на индивидуата во центарот на интересот за определувањето на меродавното право и нејзината заштита. Од тие причини, во правната литература сè почесто се среќаваат ставови според кои автономијата на волјата е атрибут на основните човекови права, и тоа како атрибут на т.н. Европски слободи (*EU Freedoms*) и како атрибут на основните човекови права за приватен и семеен живот.<sup>34</sup>

Вклучувањето на автономијата на волјата во меѓународното приватно семејно право има значајни последици и во однос на домашното право, и овозможува либерализација преку три различни канали. **Првиот** е преку врската помеѓу меѓународното приватно право и домашното право во една држава, каде што автономијата на волјата има за последица да го карактеризира домашното право како „полузадолжително“. **Второ**, дозволувањето граѓаните да го заобиколат домашното право со едноставно патување во странство доведува до неразумна ерозија на домашните забрани и честопати ја антиципира промената на домашното право. **Третиот канал** е преку натпреварот со правила: отворањето на вратите за автономијата на волјата ефективно создава „пазар“ на „правни производи“, каде што натпреварот ќе доведе до трка за создавање најлиберално решение.<sup>35</sup> Сметаме дека со прифаќање на автономијата на волјата и во меѓународното приватно семејно право, се добива уште една добра основа за транснационалната теорија за меѓународното приватно право. Тоа го велите затоа што, во суштина, се дава акцент на индивидуата, од една страна, а од друга страна, се создава можност за концилација на законите преку создавање и прифаќање најлиберални решенија. Се создава и таква ситуација каде што прифаќањето на автономијата на волјата на странките ќе придонесе и за поголемо почитување на суверенитетот на државите затоа што странките, кога ќе можат самите да го определат меродавното право за нивниот однос, нема да размислуваат како да одбегнат примена на некое право. Заштитата, пак, на суверенитетот на државата, во секој случај, нема да биде доведена во прашање поради постоењето на двата претходни механизма: норми со непосредна примена и јавниот поредок.

<sup>34</sup> За сфаќањето за автономијата на волјата како атрибут на основните права во рамките на Европската Унија види кај: Yetano Marzal, T., *The constitutionalization of party autonomy in European Family Law*, Journal of Private International Law, 2010, Vol. 6, No. 1, стр. 157-166.

<sup>35</sup> Op. cit. Yetano, стр. 178-179.

Оправдување за прифаќањето на автономијата на волјата на теоретско ново отсуствува и во литературата која се однесува на Регулативата Рим I. И во извештајот на Giuliano & Lagarde (Џулијано и Лагард) отсуствува научно објаснување на прифаќањето на автономијата на волјата, и наместо тоа, се укажува само на фактот дека истата е дозволена кај договорните односи во меѓународното приватно право на државите членки и дека истата е применета во голем број судски и арбитражни одлуки.<sup>36</sup> Сè повеќе се чини дека принципот *in dubio libertas* е доволно моќен за да се оправда прифаќањето на автономијата на волјата. Овој принцип го свртува вниманието кон поединецот и кон придобивките кои ги има поединецот од т.н. борба помеѓу државите. Зошто велиме дека постои борба помеѓу државите во смисла на меѓународното приватно право? Затоа што судирот на законите, во суштина, претставува судир помеѓу државите во однос на решенијата со кои се регулираат секојдневните животни односи. Судирот, кој настанува, во постарата правна литература се решава само во ситуациите кога постои можност од вистински судир на законите. Лару Крамер (Лари Крамер), смета дека на странките им се дозволува да изберат меродавно право само кога постои можност за вистински судир. Дури и во тие случаи, не треба да им биде дозволено на странките да изберат право туку така.<sup>37</sup> Но, не треба да го пренебрегнеме фактот дека, во суштина, решавањето на судирот на законите се рефлектира на секојдневните односи на субјектите на правото, поради што можеме да извлечеме заклучок дека во центарот на проблемот треба да се постави индивидуата. Индивидуите се оние кои ги чувствуваат последиците од примената на определено право, а нивните интереси се најмногу засегнати од резултатот на спорот. Доколку го разгледаме прашањето за судирот на овој начин, се чини сосема природно странките да можат да го изберат меродавното право. Тие мора да можат да ги обликуваат сопствените односи на начинот кој го претпочитаат. Само чиста легалистичка и државно ориентирана перспектива може да приговори дека судирот на законите не треба да биде под влијание на индивидуите.<sup>38</sup> Сведувањето на правната логика на чист легализам во

<sup>36</sup> Аргумент извлечен од анализа на извештајот за Регулативата Рим I, подготвен од страна на Mario Giuliano и Paul Lagarde, објавен во Official Journal of the European Communities No C 282/1 од 30.10.1980., (во натамошниот текст: Извештајот на Giuliano и Lagarde).

<sup>37</sup> Kramer, L., *Rethinking Choice of Law*, Columbia Law Review, Vol. 90, No. 2 (Mar., 1990), стр. 329.

<sup>38</sup> Op. cit. Lehmann, стр. 414.

ниту еден случај не може да даде одговор на основните прашања, ниту на внатрешното право, ниту на меѓународното приватно право. Можеби легалистичкиот приговор би бил оправдан во традиционалната наука за меѓународното приватно право каде што меѓународното приватно право имаше за цел да ја изнајде најтесната врска на односот со државата, и без оглед на нејзиниот интерес за (не)примена на нејзиното право, истото да биде применето како меродавно. Правниот легализам и нормативизам честопати се користат за објаснување на приватното право. Притоа, јазикот кој се употребува во приватното право, се анализира со цел да се изведат заклучоци во однос на самиот карактер на приватното право. Сметаме дека главниот недостаток на овој начин на анализа е во пренагласеното истакнување на санкциите како основа карактеристика на приватното право. Со тоа, се оневозможува анализа на она што навистина се случува во современиот развој на општествените односи.<sup>39</sup> Но, фактот дека автономијата на волјата сè повеќе се прифаќа како точка на врзувањето укажува дека можеби сме дојдени до стадиум од развојот на општеството во кој државите ја разбираат потребата од прифаќање на автономијата на волјата во меѓународното приватно право. Овој тренд, за жал, не е следен од правната наука која сè уште е далеку од давање одговор зошто таа автономија треба да биде прифатена. И сето тоа може да не поврзе и со прашањето за самото настанување на државата како еден вид општествен договор. Ако општествената волја била доволна за да настане државата, тогаш зошто поединечната волја да не биде доволна за да се регулираат правата и обврските кои ги засегаат странките во граѓанскоправните односи? Секако дека во оние области каде што се засегнати пошироките интереси и во полето на граѓанскоправните односи, државата е онаа која ќе го изврши изборот на меродавното право преку колизионниот механизам. Тоа е оправдано, и не може да се приговори на инхерентното овластување на државата за заштита на пошироките општествени интереси и исклучување на автономијата на волјата кај тие видови односи.<sup>40</sup> Се чини и дека вистинското разгледување на причините за појава на судирот на законите ни овозможува полесно да ги разбереме и очекувањата на странките во односот, дека државите ќе обезбедат почитување на правата и обврските на странките во граѓанскоправните односи, и тоа, како во односите кои се со чисто внатрешноправна природа,

<sup>39</sup> Поопширно види кај Smith A. S., *The Normativity of Private Law*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2 (2011), стр. 215–242.

<sup>40</sup> На пример, антимонополските правила и правилата за продажба на опасни средства.

така и во однос на односите каде што се појавил странски елемент. Можеби и најзначајната дивергенција на меѓународното приватно право во последните 100 години во американската конфликтна револуција се случува сега, кога теоретичарите и судовите на САД го пренасочуваат своето внимание од избор на јурисдикција со која односот е поврзан кон избор на правила кои ќе се применат врз прашањето.<sup>41</sup> Сметаме дека ова е само уште еден доказ за поставувањето на индивидуата во центарот на проблемот, затоа што ако интересот се насочи кон избор на правила кои се применуваат врз односите, тоа означува дека тие правила секогаш ги засегнуваат интересите на страните на односот.

### 6. Заклучок

Денес е несомнено дека автономијата на волјата сè повеќе го зазема приматот како точка на врзувањето во меѓународното приватно право. Од сите анализирани причини за прифаќање на автономијата на волјата, се чини дека принципот *in dubio libertas*, кога ќе се поврзе со оправданите очекувања на страните, ни дава најдобра основа за да ја разбереме автономијата на волјата во меѓународното приватно право. Но овој принцип само уште повеќе ја потврдува транснационалната теорија за целта на меѓународното приватно право. На чисто теоретско рамниште заклучивме дека едностраното објаснување на автономијата на волјата никако нема да може да ни даде одговор на прашањето: „Зошто се дозволува странките да изберат меродавно право за регулирање на нивниот однос?“ Но, кога на странките ќе им се даде можност да изберат меродавно право, тие уште при засновање на односот ќе знаат кои права и кои обврски им ги предвидува избраното право и ќе имаат слобода во поглед на прифаќањето или на неприфаќањето на правилата на избраното право. Со тоа, се постигнува и правната сигурност која, пак, е врвна цел на правото – странките секогаш однапред ќе знаат кое право ќе се примени врз нивниот однос. Секако дека и традиционалниот пристап на меѓународното приватно право обезбедува правна сигурност, но комплицираната шема на колизионите норми понекогаш доведува до ситуација во која една околност може да предизвика примена на некое право кое воопшто не им е познато за странките.

Преку анализата на традиционалниот пристап кон меѓународното приватно право, предлагањето на новото разбирање на целта на

<sup>41</sup> Harder, S., *Review article convergence and divergence in Private International Law*, Journal of Private International Law, 2011, Vol. 7, No. 3, стр. 649-650.

меѓународното приватно право и поставувањето на индивидуата во центарот на интересот на судирот на законите, сметаме дека дадовме теоретско објаснување за прифаќањето на автономијата на волјата во општа смисла на меѓународното приватно право. Од тие причини, потребно е да побараме и посебни причини за прифаќање на *lex voluntatis* како точка на врзувањето кај вондоговорната одговорност.

### Користена литература:

- Beale H. Joseph, *A Treatise on the Conflict of Laws*, 1935;  
 Brand A. Ronald, *Balancing Sovereignty and Party Autonomy in Private International Law: Regression at the European Court of Justice*, University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series, paper 25, достапен на следниот линк: <http://law.bepress.com>.  
 Carswell R. D., *The Doctrine of Vested Rights in Private International Law*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 8, No. 2 (Apr., 1959);  
 Dovgert Anatolij, *Codification of Private International Law in Ukraine*, Yearbook of Private International Law, 2005, Vol. VII (edited by Petar Sarčević, Paul Volken, Andrea Bonomi), Sellier;  
 Duncan Kennedy, *From the will theory to the principle of private autonomy Lon Fuller's "Consideration and Form"*, Columbia Law Review, 2000, Vol. 100:94;  
 Dursun Seyda, *A critical examination of the role of party autonomy in international commercial arbitration and an assessment of its role and extent*, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2012/1);  
 Gruson Michale, *Forum-Selection Clauses in International and Interstate Commercial Agreements*, Illinois Law Review, 1982;  
 Harder Sirko, *Review article convergence and divergence in Private International Law*, Journal of Private International Law, 2011, Vol. 7, No. 3;  
 James C. Louis, *Effects of the Autonomy of the Parties on Conflict of Laws Contracts*, Chicago-Kent Law Review, vol. 36, no. 2, 1956;  
 Jin Huang, Guomin Lu, *New Developments in Chinese Private International Law*, Yearbook of Private International Law, 1999, Vol. I (edited by Petar Sarčević, Paul Volken, Andrea Bonomi), Sellier;  
 Johns Fleur, *Performing party autonomy*, Law and Contemporary Problems, Vol. 71, No. 3, 2008;  
 Johnston Robert, *Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law*, William & Mary Law Review, (1966) Vol. 7, no. 37;

- Kramer Larry, *Rethinking Choice of Law*, Columbia Law Review, Vol. 90, No. 2 (Mar., 1990);
- Lehmann Matthias, *Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws*, Vandebilt Journal of Transnational Law, 2008, Vol. 41:381;
- Mandrey Maya, *Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations, A European and Anglo-Common Law perspective on the freedom of choice of law in the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Peter Lang GmbH, 2014;
- Michael Ralf, *EU Law as Private International Law? Reconceptualising the country-of-origin principle as vested-rights theory*, Journal of Private International Law, 2006, Vol. 2., No. 2;
- Michael Ralf, *Party Autonomy – A New Paradigm without a Foundation?* Japanese Association of Private International Law, June 2, 2013.
- Perović Slobodan, *Obligaciono pravo, knjiga 1, četvrto izdanje*, Beograd, 1980;
- Pfeiffer Magdalena, *Choice of law in International Family and Succession*, The Lawyer Quarterly 4/2012;
- Ruhl Giesela, *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency*, објавено во: Conflict of Laws in Globalized World, edited by: Eckart Gottschalk, Ralf Michael, Giesela Ruhl, Jan Von Hein, Oxford University Press, 2007;
- Shuhong Yu, Yongping Xiao and Baoshi Wang, *The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China*, Chinese Journal of International Law (2009), Vol. 8, No. 2;
- Smith A. Stephen, *The Normativity of Private Law*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 2 (2011);
- Torga Maarja, *Party Autonomy in Private International Law as a tool for Converging National Laws*;
- Watt Muir Horatia, *Party Autonomy in International Contracts: from makings of a myth to the requirements of global governace*, ERCL 3/2010;
- Weinberger D. Alan, *Party autonomy and choice-of-law: the Restatement (Second), interest analysis, and the search for a methodological synthesis*, Hofstra Law Review, 1976, Vol. 4;
- Yetano Marzal Toni, *The constitutionalisation of party autonomy in European Family Law*, Journal of Private International Law, 2010, Vol. 6, No. 1;

- Гавроска Поликсена, Дескоски Тони, Меѓународно приватно право, Скопје, 2011;
- Гавроска Поликсена, Судир на законите, Скопје, 2001.

Prof. Dr. Toni Deskoski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje  
Doc. Dr. Vangel Dokovski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje

### CALLING FOR PARTY AUTONOMY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

#### An Abstract

*This article is an examination of party autonomy in the area of the private international law, with a main focus placed on the traditional approach of the scholars. It provides a comparative overview of the current situation in the legal theory, EU Private International Law and in the Macedonian Private International Law. The analysis also considers the extent to which law and culture in the European context are interconnected. The main hypothesis is that the party autonomy is the cornerstone of the modern private international law. Throughout the paper, a comparative analysis is given to the party autonomy in contracts and torts.*

**Key words:** *lex voluntatis, in dubio libertas, freedom of contract, proper law doctrine, conflict of laws.*





УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“  
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ – СКОПЈЕ

ГОДИШНИК

НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ  
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ

ANNUAIRE  
DE LA FACULTÉ DE DROIT  
“JUSTINIANUS PRIMUS” DE SKOPJE



ПО ПОВОД 40 ГОДИНИ ОД ОСНОВАЊЕТО  
НА СТУДИИТЕ ПО НОВИНАРСТВО

СКОПЈЕ 2018

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ.КИРИЛ И МЕТОДИЈ“  
L'UNIVERSITE "ST CYRILLE ET METHODE" – SKOPJE

**ГОДИШНИК  
НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ  
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ**

ГОДИШНИК	ТОМ 57	СКОПЈЕ SKOPJE	2018
----------	--------	------------------	------

**ANNUAIRE  
DE LA FACULTÉ DE DROIT  
"IUSTINIANUS PRIMUS" DE SKOPJE**

РЕДАКЦИСКИ ОДБОР

**Главен и одговорен уредник**

проф.д-р Ирена Рајчиновска Пандева (Република Македонија)

**Уредувачки одбор за Годишникот по повод 40 години од основањето на студентите по новинарство**

проф.д-р Јасна Бачовска Недиќ (Република Македонија),  
проф.д-р Ирена Рајчиновска Пандева (Република Македонија),  
проф.д-р Даниела Блажевска (Република Македонија),  
проф.д-р Биљана Петревска (Република Македонија),  
проф.д-р Сеад Алиќ (Република Хрватска),  
проф.д-р Гордана Виловиќ (Република Хрватска),  
доц.д-р Александра Бракус (Република Србија),  
асс.м-р Лидија Мирков (Република Србија),  
проф.д-р Лејла Турчило (Република Босна и Херцеговина),  
доц.д-р Мимо Драшковиќ (Република Црна Гора),  
проф.д-р Ева Полак (Република Полска)  
м-р Мери Марес (САД)

**Секретар**

доц. д-р Катерина Шапкова Коцевска (Република Македонија)

**Правен факултет „Јустинијан Први“**

Ул. Гоце Делчев 96 1000 Скопје, Република Македонија

Лектура: Софија Чолаковска – Поповска

Печати: MAP-CAЖ

Тираж - 150

Објавувањето на овој Годишник и подготовката на трудови чии што автори се вработени на Правниот факултет „Јустинијан Први“ - Скопје е во рамки на Проектот “Евроинтеграција на општествениот, правниот и политичкиот систем на Република Македонија“.

УНИВЕРЗИТЕТ „СВ. КИРИЛ И МЕТОДИЈ“  
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ „ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ – СКОПЈЕ

**ГОДИШНИК**

**НА ПРАВНИОТ ФАКУЛТЕТ  
„ЈУСТИНИЈАН ПРВИ“ ВО СКОПЈЕ**

**ANNUAIRE  
DE LA FACULTÉ DE DROIT  
"IUSTINIANUS PRIMUS" DE SKOPJE**



ПО ПОВОД 40 ГОДИНИ ОД ОСНОВАЊЕТО  
НА СТУДИЕНТЕ ПО НОВИНАРСТВО

СКОПЈЕ 2018

## СОДРЖИНА

ПРЕДГОВОР .....	V
1. Петрушевска Татјана, Огњаноска Лепосава ПОГЛАВЈАТА 23 И 24 ОД ACQUIS COMMUNAUTAIRE ВО КОНТЕКСТОТ НА ПОЛИТИКАТА НА УСЛОВУВАЊЕ ЗАРАДИ ИНТЕГРИРАЊЕ ВО ЕВРОПСКАТА УНИЈА: ПОЛИТИЧКИОТ И ТЕОРЕТСКИОТ КОНТЕКСТ .....	1
2. Uzunov Vanco, Petrevska Biljana TELEVISION ADVERTISING MARKET IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA .....	25
3. Тренеска Дескоска Рената, Трајковска Христовска Јелена ОДЛУЧУВАЊЕТО НА УСТАВНИОТ СУД НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ПО БАРАЊЕ ЗА ЗАШТИТА НА СЛОБОДАТА НА ИЗРАЗУВАЊЕ .....	47
4. Дескоски Тони, Доковски Вангел ГРАНИЦИ НА АРБИТРАБИЛНОСТА ВО ПРАВОТО НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА – анализа на споровите за надомест на штета предизвикана со клеветата и навреда .....	63
5. Груевски Томе ТЕОРИИ ЗА УЛОГАТА НА МАСОВНИТЕ МЕДИУМИ .....	83
6. Бачовска Недиќ Јасна ИСТРАЖУВАЧКОТО НОВИНАРСТВО ВО РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ПОМЕЃУ ДОКТРИНАРНИТЕ АСПЕКТИ И ПОЗИТИВНИТЕ ПРАКТИКИ .....	99
7. Груевска-Дракулевски Александра, Мисоски Бобан, Илиќ-Димоски Дивна НАЧЕЛОТО НА ПРЕЗУМПЦИЈА НА НЕВИНОСТ И НОВИНАРСКАТА ЕТИКА: СЛУЧАЈОТ РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА .....	115
8. Гавриловиќ Ненад ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТА ПРЕДИЗВИКАНА ОД ЖИВОТНИ: СЕКТОРСКИ РЕЖИМ ЗА ЈАВНИТЕ ПАТИШТА .....	141
9. Божиновски Владимир TOWARDS THE SOLUTION OF THE NAME ISSUE – PERCEPTIONS AND ATTITUDES IN 2016 .....	175
10. Михајлова Стратилати Елена МЕДИУМИТЕ И ГОВОРОТ НА ОМРАЗА .....	203
11. Рајчиновска Пандева Ирена, Младенова Вики ПОМЕЃУ ОТПОРОТ И СУВЕРЕНОТО ВЛАДЕЕЊЕ: БЕЛЕШКИ ЗА ГОВОРОТ И ЗДРУЖУВАЊЕТО (СЛУЧАЈОТ НА ТУРЦИЈА) .....	211

12. Донеv Дејан ДО ВЕРОДОСТОЈНОСТ НА МЕДИУМИТЕ ПРЕКУ РАЗВИЕН ЕТОС НА ПУБЛИКАТА И НЕЈЗИНА МЕДИУМСКА ПИСМЕНОСТ .....	223
13. Вељановска Светлана, Петрески Арсе МЕДИУМСКА ПИСМЕНОСТ КАЈ ДЕЦАТА КАКО НАЧИН ЗА ЗАШТИТА ОД МЕДИУМСКИТЕ СОДРЖИНИ .....	235
14. Chupeska-Stanishkovska Ana AUTHORITARIAN POPULISM MEDIATED - THE CASE OF MACEDONIA .....	249
15. Ценеvска Илина ЕВРОПСКАТА УНИЈА КАКО ЕДЕН УНИКАТЕН ВИД НА СУВЕРЕНИТЕТ ....	261
16. Sharikova Kocевска Katerina IS FREEDOM OF EXPRESSION ASSOCIATED WITH ECONOMIC PROSPERITY? EVIDENCES FROM THE 21ST CENTURY .....	277
17. Трајкоска Жанета ДЕКОНСТРУКЦИЈА НА МЕДИУМСКАТА МАНИПУЛАЦИЈА: ПОСТОИ ЛИ ВИСТИНСКА РАЗЛИКА МЕЃУ ОДНОСИТЕ СО ЈАВНОСТА И СПИНИНГОТ .....	289
18. Dragouni Olimpia EXPRESSING MACEDONIA: FREEDOM OF SPEECH IN THE GREEK-MACEDONIAN DISPUTE .....	315
19. Mironski Jasmina FREEDOM OF EXPRESSION AND COMMUNICATION IN NEW MEDIA .....	329

Проф. д-р Татјана Петрушевска\*  
М-р Лепосава Огњаноска\*

**ПОГЛАВЈАТА 23 И 24 ОД *ACQUIS COMMUNAUTAIRE* ВО  
КОНТЕКСТОТ НА ПОЛИТИКАТА НА УСЛОВУВАЊЕ  
ЗАРАДИ ИНТЕГРИРАЊЕ ВО ЕВРОПСКАТА УНИЈА:  
ПОЛИТИЧКИОТ И ТЕОРЕТСКИОТ КОНТЕКСТ**

341.171.071.51:021.461]:32  
Рецензија – Изворна научна статија

**РЕЗИМЕ**

Целта на овој труд е да ги согледа клучните карактеристики на и тенденции во поглавјата 23 и 24 од *acquis communautaire* во контекстот на политиката на условување од страна на Европската унија. Појдовната претпоставка врз којашто понатаму консеквентно се развива трудот е дека условите за прием во членство непрестано стануваат сè потешки поради сè поопсежниот корпус на *acquis communautaire*, поради сè помалиот апсорпциски капацитет на Унијата како специфичен субјект на меѓународното право и актер во меѓународната арена и сè подлабоките проблеми во однос на демократијата и на владеењето на правото во државите-кандидатки за членство. Следствено, извонредно значаен дел од предизвиците кои бараат сериозно справување е вграден во поглавјата 23 и 24 за кои, меѓу другите, односно, заедно со сите други (повеќе од дури 30 - бројките варираат бидејќи се *questio facti*, односно, може да се разликуваат од држава-кандидат до држава-кандидат) поглавја врз основа на кои се одвиваат преговарачките процеси со државите-кандидати на нивниот пат кон, за среќа, сеуште големото европско семејство.

**КЛУЧНИ ИЗРАЗИ:** *acquis communautaire* на ЕУ; политичка унија на ЕУ; Договор од Лисабон; политика на условување; Европска унија; владеење на правото; поглавја 23 и 24; европеизација; демократизација; трансформативна моќ.

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

Проф. д-р Тони Дескоски\*  
Доц. д-р Вангел Доковски\*

**ГРАНИЦИ НА АРБИТРАБИЛНОСТА ВО ПРАВОТО  
НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА –  
анализа на споровите за надомест на штета предизвикана  
со клеветата и навреда**

347.998.74(497.7)  
Рецензија – Изворна научна статија

**I. ВОВЕД**

Во современите деловни односи, арбитражата претставува моќно средство за решавање на споровите што настануваат помеѓу деловните субјекти. Помеѓу различните алтернативни начини за решавање на споровите, арбитражата по својот карактер е најблиску до адјукативниот процес на правораздавање. За разлика од останатите методи на алтернативно решавање на споровите, арбитарот располага со моќ да го реши спорот и да донесе одлука која е задолжителна за странките на спорот.<sup>1</sup> Овој механизам е широко прифатен во сферата на трговските спорови, каде што странките самите оптираат надвор од судскиот механизам на заштита на нивните права. Сепак, со оглед на тоа што арбитражата е еден од методите за решавање на споровите со сопствени јавно-правни последици, постојат определен вид спорови за кои е резервирана исклучиво судската заштита. Па така, според Ханотиау (Hanotiau), државата задржува надлежност за определен вид спорови и на тој начин споровите стануваат неарбитрабилни.<sup>2</sup> Ако ги разгледуваме областите каде што е резервирана судската надлежност, ќе

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

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

<sup>1</sup> R. Kuttner, “The Arbitrator as Leader and Facilitator: in Tony Cole, *The Roles of Psychology in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume, Kluwer Law International 2017, с. 96.

<sup>2</sup> B. Hanotiau, “The Law Applicable to Arbitrability”, *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, 26 SAcLJ, стр. 875.

идентификуваме спорови поврзани со стечајното право, семејното и кривичното право. Во секој случај, самата држава, водена од своите економски интереси и општествена политика, одлучува кои видови спорови можат да се решат по пат на арбитража.<sup>3</sup>

Но, каде е тука можноста за решавање на споровите во врска со надомест на штета од клеветата и навреда? Во правниот систем на Република Македонија, клеветата и навредата традиционално беа третираны како кривични дела, а акцентот на правната заштита тесно се поврзуваше не само со поединецот на кого му беше причинувана штета, туку и со поширокиот општествен интерес. Токму поширокиот општествен интерес беше причина клеветата и навредата да бидат класифицирани како кривични дела. Акцентот беше ставен на казната кон причинителот на штетата, што честопати беше изразена преку казна затвор. Стануваше збор за правна традиција која беше прифатена во порашената СФРЈ. Но, по повеќе од 20 години од распаѓањето на правниот систем на СФРЈ, започна тренд на декриминализација на клеветата и навредата и воведување граѓанско-правна одговорност за штетата која настанува од клеветата и навредата. Така, денес, во Република Македонија клеветата и навредата се посебен вид граѓанско-правни деликти за кои е исклучена кривичната одговорност. На тој начин, акцентот на заштита е моралниот интегритет на личноста.

Со декриминализацијата на клеветата и навредата и воведувањето на концептот на граѓанско-правна одговорност за штета која произлегува од клеветата и навреда, се изврши трансформација на судската постапка во која се одлучуваше за клеветата и навреда од кривична во парнична постапка. На тој начин, се создаде ситуација во која правилата на парничната постапка ги заменија правилата на кривичната постапка и се остави можност за внесување на алтернативните начини на решавање на споровите. Во овој труд, авторите ќе се задржат на можноста и потребата од решавање на споровите во врска со клеветата и навреда пред независно, неутрално тело – арбитража.

## II. АРБИТРАБИЛНОСТ – основни согледувања

За да се конституира надлежност на арбитража, потребно е да постои полноважна арбитражна спогодба. Па така, за да може арбитражната

<sup>3</sup> N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2009, c. 124.

спогодба да биде ефективна, потребно е предметот на спорот за кој се однесува да биде арбитрабилен, односно мора да биде предмет на спор, за кој државата смета дека е подобен да биде решаван по пат на арбитража.<sup>4</sup>

Согласност на странките изразена во арбитражна спогодба е основата за обврската на странките да се подложат на арбитража. Но, арбитражната спогодба, како и секој друг договор, мора да ги исполнува условите поставени во важечките правни прописи за да биде полноважна. Првиот услов е таа да биде склучена од лица кои ги исполнуваат општите правни претпоставки во поглед на способноста да склучат таква спогодба (*capacité de comprometre*).<sup>5</sup> И второ, спогодбата мора да се однесува на спор кој е подобен за да биде решен од арбитража. Овие два условия заедно го чинат својството на т.н. „арбитрабилност“.

Арбитрабилноста претставува подобност за предметот на спорот да може да се состави арбитражна спогодба и на тој начин да може да се одлучува за спорот во арбитражна постапка.<sup>6</sup> Во правната наука се разграничуваат два вида арбитрабилност: а) **субјективна** – која се однесува на способноста на лицата да бидат странки во арбитражната постапка (арбитрабилност *ratione personae*); и б) **објективна** – која се однесува на подобноста на предметот на спорот да биде изнесен пред арбитража (арбитрабилност *ratione materiae*).<sup>7</sup> Субјективната арбитрабилност треба да одговори на прашањето **кој** може да се подложи на арбитража, додека објективната арбитрабилност детерминира **што** може да биде предмет на арбитражата.<sup>8</sup>

Како посебно интересно прашање кое се појавува е прашањето за самата природа на арбитрабилноста, дали станува збор за прашање од договорна или од процесно-правна природа. Така, Карим Јусуф (Karim

<sup>4</sup> Moses L. Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, c. 31.

<sup>5</sup> Поопширно за способноста за склучување арбитражна спогодба, види: Perović Jelena, *Ugovor o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži*, Beograd, 1998, c. 88-89.

<sup>6</sup> M. Heider, M. Nueber, H. Schumacher, A. Suwy, G. Zelner, “Dispute Resolution in Austria – an Introduction”, Wolters Kluwer, 2015, c. 10.

<sup>7</sup> Hanotiau Bernard, *L’arbitrabilité*, Recueil des cours de L’Académie de droit international de la Haye, 2002, Tome 296, c. 43. Исто и Sajko Kresimir, *Arbitration Agreement and Arbitrability Solutions and Open Issues in Croatian and Comparative Law*, 3 *Croatian Arbitration Yearbook*, 1996, (<http://web.lexis-nexis.com> 2000), c. 3.

<sup>8</sup> Böckstiegel Karl-Heinz, “Public Policy and Arbitrability”, во збирката: Sanders Pieter (editor), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3, Deventer, 1987, c. 181.

Youssef) гледа на прашањето за арбитражата низ призмата на договорната теорија, па исклучувањето на прашања за кои не е дозволено договарање на арбитража, во суштина, претставува ограничување на слободата на договарањето.<sup>9</sup> За разлика од него, според Ставрос Брекулакис (Stavros Brekoulakis), прашањето е од процесно-правна природа. Станува збор за специфичен услов кој влијае на јурисдикциониот аспект на арбитражната спогодба. Токму арбитрабилноста е услов за да се воспостави надлежноста на трибуналот во конкретен спор (и тоа процесно-правен услов), а не услов за полноважноста на арбитражната спогодба (договорен, контрактуален услов).<sup>10</sup>

Прашањето за арбитрабилноста е предмет на интерес и на Конвенцијата за признавање и извршување на странски арбитражни одлуки од 1958 година (во натамошниот текст: Њујоршката конвенција од 1958 година). Па така, Според Њујоршката конвенција од 1958 година, прашањето за арбитрабилност на предметот на спорот може да се појави како прашање пред суд кога судот е повикан да ја признае арбитражната спогодба и да ги упати странките на арбитража (член 2), или во постапка за признавање и извршување странска арбитражна одлука (член 5).<sup>11</sup>

### 2.1. Субјективна арбитрабилност (арбитрабилност *ratione personae*)

Субјективната арбитрабилност, како што веќе беше напоменато, претставува способност на лицата да бидат странки во арбитражната постапка. Таа ги опфаќа еднакво сите модалитети поради кои кај странките може да отсутува способност за полноважно склучување арбитражна спогодба и тоа: „недостигот од способност да се биде странка во арбитражната постапка и недостигот од деловна способност за полноважно да се склучи

<sup>9</sup> K. Youssef, Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 3 – The Death of Inarbitrability in Loukas A. Mistelis and Stavros L. Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International 2009, 49.

<sup>10</sup> S. Brekoulakis, Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 2 – On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern in Loukas A. Mistelis and Stavros L. Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International 2009, c. 39.

<sup>11</sup> Arfazadeh Homayoon, Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited, *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, 2001, c. 73.

арбитражната спогодба“.<sup>12</sup> Така, може да се каже дека предметот на спорот е арбитрабилен кога не постои исклучива надлежност на државниот суд.<sup>13</sup>

### 2.2. Објективна арбитрабилност (арбитрабилност *ratione materiae*)

Спорот кој настанал помеѓу странките е потребно да биде подобен за решавање од страна на арбитража. Во оваа смисла, постојат определни видови спорови за кои е предвидена исклучива надлежност на судовите. Според Зороска Камиловска, основно правило е дека секој спор меѓу странките не може да се изнесе пред арбитража, зашто државата во одредени работи има право да го задржи монополот на судење со цел да ги заштити интересите на трети лица или за да реши правни прашања кои се од интерес на целата заедница.<sup>14</sup> Па така, оправувањето на пропишувањето на исклучива судска надлежност се однесува на сфаќањето дека определена материја е достапна за основно функционирање на правдата или водењето на бизнисот и поради тоа тие се исклучиво резервирани за судовите.<sup>15</sup> Така, **подобноста на споровите да бидат подложени на арбитража во правната доктрина се нарекува арбитрабилност**. Исто така, се вели дека овој термин го „изразува квалитетот кој треба да го поседува одредена правна материја, прашање или спор за да биде подложен под јурисдикционата власт на арбитражите“.<sup>16</sup>

Прописите со кои се одредува арбитрабилноста се од императивна природа, при што најчесто во нив се дефинираат споровите за кои не е дозволено да се договара арбитража. Доколку странките, и покрај забраната, склучат арбитражна спогодба за спор кој не е арбитрабилен, таа нема да биде полноважна. Оттука, во правната наука се констатира дека „арбитрабилноста, всушност, е услов за полноважноста на арбитражната спогодба, а со тоа и за надлежноста на арбитражите“.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Така: Patocchi Paolo Michele, The 1958 New York Convention, The Swiss Practice, објавено во збирката: The New York Convention of 1958, A Collection of Reports and Materials, ASA Special Series, No. 9, Zürich, 1996, c. 168.

<sup>13</sup> D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, “Article II” in Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, a Global Commentary on the New York Convention, Wolters Kluwer, 2010, c. 69.

<sup>14</sup> Татјана Зороска Камиловска, Арбитражно право, Скопје 2015, c. 90.

<sup>15</sup> Tweeddale Andrew, Tweeddale Keren, Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice, Oxford University Press, 2005, c. 110-111.

<sup>16</sup> Level Patrice, L’arbitrabilité, Revue de l’arbitrage, 1992, c. 213.

<sup>17</sup> Hanotiau Bernard, L’arbitrabilité, Recueil des cours de L’Académie de droit international de la Haye, 2002, Tome 296, c. 39.

Меѓународните арбитражни конвенции не содржат никаква насока околу одредувањето на кругот на прашањата кои би можеле да бидат опфатени со неарбитрабилноста на спорите. Тоа е сосема разбирливо, затоа што разликите помеѓу одделните национални законодавства во поглед на сфаќањето и примената на концептот на арбитрабилност на спорите е преголема. Во суштина, арбитрабилноста е прашање на јавниот поредок. Како што јавниот поредок се разликува од држава во држава, арбитрабилноста на определен предмет, исто така, се разликува од јурисдикција во јурисдикција. Токму поради тоа, судите од различни јурисдикции прашањето дали предметот на спорот е арбитрабилен го разгледуваат од различни аспекти.<sup>18</sup>

Поради тоа, прашањето за одредувањето на кругот на спорите чиј предмет ќе се смета како неарбитрабилен останува во надлежност на одделните држави. Тие, зависно од сопствената процена, во своето законодавство ќе ги детерминираат подрачјата за кои нема да биде допуштено странките да договараат арбитража. Во правната наука се истакнува дека „неарбитрабилниот карактер на одредени прашања лежи во неразделната врска која постои помеѓу нив и основите на економскиот и социјалниот поредок на државата чиј суд добива задача да ја штити таа врска“.<sup>19</sup> Традиционално, како области кои се резервирани за решавање од државните судови се сметаат антимонополското законодавство, полноважноста на правата од индустриска сопственост (патенти, заштитни знаци), заштитата на потрошувачите, берзанските трансакции со хартии од вредност, статусните спорови на трговските друштва, јавно-правните забрани за трговија во странство, осигурувањето, транспортот и сл.<sup>20</sup>

Според **Redfern/Hunter**, „концептот на арбитрабилност, како што исправно се нарекува, се однесува на ограничувањата од јавниот поредок врз арбитражата како метод на решавањето на спорите. Секоја држава може да реши, согласно со својата економска и социјална политика, кои прашања

<sup>18</sup> Baron M. Patrick, Liniger Stefan, A Second Look at Arbitrability, Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany, Arbitration International, Vol. 19, No. 1, 2003, c. 27

<sup>19</sup> Hascher Dominique, “Les Conditions d’arbitrabilité et la jurisprudence”, Competition and Arbitration Law, dossier de l’Institut de la CCI, 1992, c. 151 – цитирано според Nanotiau Bernard, op. cit., c. 40.

<sup>20</sup> Поопширно за прашањето на ограничувањето на арбитрабилноста на спорите, види: Nanotiau Bernard, op. cit. c. 117-243.

можат да бидат решавани, а кои не можат да бидат решавани преку арбитража. Во меѓународните случаи, арбитрабилноста вклучува балансирање на неколку спротивставени политички цели. Законодавците и судовите во секоја земја мораат да го урамнотежат значењето на зачувувањето на прашањата од јавен интерес (како што се човековите права или кривично-правните прашања) во надлежност на судовите наспроти јавниот интерес изразен во охрабрувањето на пристапувањето кон арбитража во трговските работи“.<sup>21</sup>

### 2.3. Граници на објективната арбитрабилност

Во изминатите неколку децении, паралелно со развитокот на правото *in favor arbitrandum*, се одвива и процесот на проширување на границите на арбитрабилноста на одредени видови спорови. Во правната теорија се истакнува дека „нациите ги рушат бариерите кон комплетно автономна арбитража со алармантна стапка. Овие земји повеќе не гледаат на арбитражата како на узурпација на суверенитетот на нивната власт или дури и на нивните сали на правдата“.<sup>22</sup>

Постојат неколку категории спорови во врска со кои најчесто се поставува прашањето за арбитрабилноста. Тоа се: спорите во врска со права од интелектуалната сопственост; антимонополските спорови; спорови во врска со тргувањето со хартии од вредност; спорови во врска со стечајни постапки; спорови поврзани со кривично-правни прашања (поткуп и корупција); и акционерски спорови.

### 2.4. Објективната арбитрабилност во правниот систем на Република Македонија

Основен извор за регулирање на арбитрабилноста на спорите во внатрешното право на Република Македонија е Законот за меѓународна трговска арбитража од 2006 година.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Redfern Alan, Hunter Martin, International Commercial Arbitration, 2-nd edition, 1992, c. 137.

<sup>22</sup> Sever Jay R., The Relaxation of Inarbitrability an public policy checks on U.S. and Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?, Tulane Law Review, no. 65, June 1991 (<http://web.lexis-nexis.com> 2000), c. 29.

<sup>23</sup> Објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 39/06 од 2006 година.



**Објективна арбитрабилност** на споровите, односно подобноста на предметот на спорот да биде подложен на решавање пред меѓународна трговска арбитража ЗМТАРМ ја регулира со одредбите содржани во **ставовите 2 и 6 од член 1**.

Овој вид арбитрабилност е поставен доста широко – пред меѓународна трговска арбитража можат да бидат подложени сите спорови што ги исполнуваат следниве два услова: а) да станува збор за спорови за права со кои странките слободно располагаат (член 1 став 2); и б) да станува збор за спорови за кои со закон не е предвидена исклучива надлежност на судот во Република Македонија (член 1 став 6). „Тенденцијата да се проширува категоријата арбитрабилни спорови... претставува одраз на широко распространето движење во компаративното право“,<sup>24</sup> кон кое се приклучи и македонскиот правен поредок.

#### 2.4.1. Спорови за права со кои странките слободно располагаат

Во националните арбитражни правни системи, по правило, постои една општа одредба која го одредува критериумот на кој е оставена објективната арбитрабилност на споровите, а потоа се пропишуваат и посебни одредби кои ја исклучуваат арбитрабилноста за некои од споровите што го исполнуваат општиот критериум за арбитрабилност.<sup>25</sup>

Во правниот систем на Република Македонија објективната арбитрабилност на споровите се врзува за оние права со кои странките слободно располагаат (член 1 став 2 од ЗМТА). Употребата на ваква општа формулација е карактеристична и за голем број правни системи, како што се, на пример, францускиот,<sup>26</sup> холандскиот,<sup>27</sup> хрватскиот,<sup>28</sup> словенечкиот,<sup>29</sup> грчкиот,<sup>30</sup> италијанскиот,<sup>31</sup> бразилскиот,<sup>32</sup> бугарскиот<sup>33</sup> и др. И поранешниот член

<sup>24</sup> Gaillard Emmanuel, Savage John (editors), Fouchard, Gaillard, Goldman, op. cit., с. 337.

<sup>25</sup> Т. Дескоски, Меѓународно арбитражно право, Скопје, 2016, стр. 172.

<sup>26</sup> Член 2059 в. в. член 2060 од Граѓанскиот законик (Code civile) на Франција.

<sup>27</sup> Член 1020 став 3 од холандскиот Закон за арбитражата од 1986 година.

<sup>28</sup> Член 3 од хрватскиот Закон за арбитражата од 2001 година.

<sup>29</sup> Член 4 став 1 од словенечкиот Закон за арбитражата од 2008 година.

<sup>30</sup> Член 867 од грчкиот Закон за граѓанската постапка.

<sup>31</sup> Член 808 од италијанскиот Закон за граѓанската постапка.

<sup>32</sup> Член 1 од бразилскиот Закон за арбитражата од 1996 година.

<sup>33</sup> Член 2 од бугарскиот Закон за меѓународната трговска арбитража од 1988 година, изменет и дополнет во 1993 година.

439 од ЗПП на Република Македонија ја употребуваше оваа општа формулација.

Во Германија<sup>34</sup> (и Австрија,<sup>35</sup> Белгија<sup>36</sup> и Словенија<sup>37</sup>) е предвидено дека сите имотноправни барања се арбитрабилни, додека оние барања кои не се од имотноправна природа можат да бидат предмет на спогодбата за арбитража само ако странките за нив можат да склучат порамнување.

Во Швајцарија е усвоен полиберален режим, кој ја допушта арбитрабилноста за сите спорови кои се однесуваат на имотни односи (економски интереси).<sup>38</sup>

Одредбата од член 1 став 2 од ЗМТА не би требало да се толкува рестриктивно, во смисла дека ги опфаќа единствено оние спорови за прашања кои се регулирани со диспозитивни правни правила. Напротив, многу поприватливо е полибералното доктринарно толкување на сферата на арбитрабилноста,<sup>39</sup> според кое пред арбитража можат да се изнесуваат сите спорови во кои странките можат да склучат порамнување и покрај тоа што спорот произлегува од односи кои се регулирани со императивни прописи. Тука би биле вклучени споровите од договорните односи, како и оние спорови што произлегуваат од вондоговорни односи, пред сè, за вондоговорната одговорност за надомест на штета.<sup>40</sup> Околноста што спорот е регулиран со императивни норми би требало да има влијание врз одредувањето на меродавното материјално право за решавање на спорот од страна на арбитражата. Така, доколку спорот кој е делумно регулиран со присилни прописи е изнесен пред арбитража, таа ќе биде должна да ги примени тие норми, кои според нивната

<sup>34</sup> Член 1031 став 1 од Книгата X од германскиот Закон за граѓанската постапка (ZPO) од 1997 година.

<sup>35</sup> Член 582 став 1 од дел шести, глава 4 од австрискиот Законик за граѓанската постапка од 2006 година.

<sup>36</sup> Член 1676 став 1 од глава 6 од белгискиот Законик за граѓанската постапка од 2013 година.

<sup>37</sup> Член 4 став 1 од словенечкиот Закон за арбитражата од 2008 година.

<sup>38</sup> Член 177 став 2 од швајцарскиот Закон за меѓународното приватно право од 1987 година.

<sup>39</sup> Така: Dika Mihajlo, Republika Hrvatska i jedinice lokalne samouprave kako странке u меѓународној трговаčkoј arbitraži, Pravo u gospodarstvu, br. 1-2/1995 – цитирано според Čulinović-Herc Edita, Arbitrability of Unfair Competition Disputes, Croatia Arbitration Yearbook, no. 3, 1996, (<http://web.lexis-nexis.com> 2000), с. 9.

<sup>40</sup> Sajko Krešimir, op. cit., с. 6.

правна природа се правила на јавниот поредок.<sup>41</sup> Можноста за располагање со одредено право би требало, затоа, да се набљудува во контекстот на постапката – ако странките би можеле непосредно или посредно да располагаат со одредено право надвор од постапката (отуѓувајќи го или стекнувајќи го со еднострано или со двострано правно дело) односно во некоја постапка, судска или управна (признавајќи го барањето, одрекувајќи се од него или склучувајќи судска спогодба за него), тогаш начелно станува збор за спор кој е арбитрабилен.<sup>42</sup> Оттука, „спор за права со кои слободно се располага“ и „спор за кои може да се склучи порамнување“ треба да се толкуваат како синоними.

#### 2.4.2. Спорови за кои со закон е предвидена исклучива надлежност на судот во Република Македонија

Исклучивата надлежност на судовите на одредена држава во современите арбитражни законодавства ретко се пропишува како ограничување на објективната арбитрабилност на споровите, односно како основ за неподобност на одреден спор да биде подложен на арбитража. Така, на пример, таа не е предвидена во арбитражното законодавство на Австрија, Германија, Франција, Швајцарија, Италија, Бразил, Белгија, а во поново време ниту на Словенија и Хрватска.

Исклучивата надлежност на судовите на Република Македонија прв пат е воведена во нашиот правен систем како ограничување на објективната арбитрабилност на споровите со Сојузниот закон за парничната постапка (ЗПП) од 1956 година,<sup>43</sup> а потоа беше задржана и во сите следни верзии на ЗПП. Како што веќе претходно наведовме, ова ограничување на арбитрабилноста е предвидено и во член 1, став 6 од ЗМГА.

Судот на Република Македонија е исклучиво надлежен единствено кога кога тоа е изречно определено со закон (ЗМПП, член 54).

Случаите за кои е пропишана исклучива надлежност на судовите на Република Македонија претежно се однесуваат на спорови кои не се

<sup>41</sup> Така: Dika Mihajlo, Strana ulaganja i arbitraža, Naša zakonitost, бр. 5/1989, с. 569.

<sup>42</sup> Triva Siniša, Uzelac Alan, Hrvatsko arbitražno pravo, Zagreb, 2007, с. 29.

<sup>43</sup> Член 437 став 1 од ЗПП од 1957 година (Објавен во „Службен лист на ФНРЈ“, бр 4/57).

арбитрабилни *ratione materiae*, односно се однесуваат на спорови за права за кои странките не можат да располагаат слободно.<sup>44</sup>

Во поглед на споровите за права со кои странките можат да располагаат слободно, исклучива надлежност на судовите на Република Македонија е пропишана:

- за споровите за сопственост и другите стварни права на недвижности, во споровите поради попречување на владение на недвижности, како и во споровите настанати од наемни или закупни односи на недвижности, или од договори за користење стан или деловни простории, ако недвижноста се наоѓа на територијата на Република Македонија;<sup>45</sup>
- за споровите за основање, престанок и статусни промени на трговско друштво, на друго правно лице или на здружение на физички или правни лица, како и за споровите кои се однесуваат на полноважноста на одлуките на нивните органи, ако друштвото, другото правно лице или здружение има седиште во Република Македонија;<sup>46</sup>
- за споровите во врска со полноважноста на уписот во јавните регистри кои се водат во Република Македонија;<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Во ЗМПП се пропишани следниве такви случаи на исклучива надлежноста на судот на Република Македонија:

- за брачните спорови, под услов едниот брачен другар да е државјанин на Република Македонија и има живелаиште во Република Македонија (член 73 став 2);
- во споровите за утврдување или оспорување татковство или мајчинство, доколку е поднесена тужба против дете кое е државјанин на Република Македонија и има живеалиште, односно престојувалиште во Република Македонија (член 76 став 2);
- во споровите за чување, подигање и воспитување на деца кои се под родителска грижа, ако тужениот и детето се државјани на Република Македонија и ако двајцата имаат живеалиште во Република Македонија (член 78 став 2);
- спорови за старателство на државјани на Република Македонија (член 88).

<sup>45</sup> ЗМПП, член 69.

<sup>46</sup> ЗМПП, член 65.

<sup>47</sup> ЗМПП, член 66.

- за споровите во врска со пријавувањето и полноважноста на правата од индустриска сопственост, ако пријавата била поднесена во Република Македонија;<sup>48</sup> и
- за споровите за воздухоплов или брод кои се запишани во уписник во Република Македонија.<sup>49</sup>

Исклучивата судска надлежност како основа за ограничување на арбитрабилноста на споровите е подложена на сериозна критика во правната теорија за државите во кои се применуваше поранешниот Сојузен ЗПП. Главниот аргумент на таквата критика беше тоа што таа во нашето „парнично право влезе во времето на неговото припаѓање на кругот на земјите на социјалистичкиот патернализам“.<sup>50</sup> Поради тоа, во новите закони за арбитражата на Хрватска и на Словенија, оваа негативна претпоставка за склучување на арбитражната спогодба е укината. За разлика од тоа, Законот за арбитража на Србија од 2006 година, исто како и нашиот член 1 став 2 од ЗМТА, ја задржа исклучивата надлежност на домашните судови како пречка за склучување арбитражна спогодба.

### III. АРБИТРАБИЛНОСТ НА СПОРОВИТЕ ЗА КЛЕВЕТА И НАВРЕДА ВО ПРАВНИОТ СИСТЕМ НА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА

Во 2012 година, во Република Македонија беше донесен Законот за граѓанска одговорност за навреда и клевета, со што одредбите од Кривичниот законик кои се однесуваа на инкриминацијата на навредата и клевета беа укинати.<sup>51</sup> На тој начин, клеветата и навредата од доменот на кривичното право беа префрлени во доменот на граѓанското право. Наместо во кривична постапка, постоењето на клевета или навреда, по донесување на новиот Закон за граѓанска одговорност за клевета и навреда, се утврдуваат во парнична постапка, во согласност со новиот концепт на правната природа на одговорноста на клеветата и навредата. Како една од новните кои е потребно да бидат истакнати е укинувањето на можноста да се бара надомест на штета предизвикана со клевета или навреда во кривична постапка на основ на

<sup>48</sup> ЗМПП, член 67.

<sup>49</sup> ЗПП, член 50.

<sup>50</sup> Така: Triva Siniša, Uzelac Alan, op. cit., с. 33.

<sup>51</sup> Објавен во „Службен весник на Република Македонија“ бр. 143/2012 од 2012 година.

одредбите за материјална одговорност за сторено кривично дело, со што надоместокот на штета може да се оствари единствено во парнична постапка, а не во една од алтернативните постапки.

Анализирајќи го Законот за граѓанска одговорност за клевета и навреда, веднаш се забележува интенцијата на законодавецот во однос на објектот на заштитата, кој и натаму го остава да биде слободата на изразувањето и информирањето како една од битните основи на демократското општество.<sup>52</sup> Според член 1 од Законот за граѓанска одговорност за навреда и клевета, со Законот се уредува граѓанската одговорност за штета нанесена на честа и угледот на физичко или правно лице со навреда и клевета. Тоа означува дека се врши урамнотежување на општествениот интерес како основна карактеристика на демократските општества, од една страна, и индивидуалните права на поединците, од друга страна. Несомнено треба да се истакне дека овој закон не содржи само материјално-правни одредби, туку и процесно-правни. Предмет на регулирање на законот се дефинирањето на клеветата и навредата, исклучувањето на одговорноста за навредата и клеветата, товар на докажување, видот и обемот на штетата која може да му се надомести на оштетеното лице, рокот за поднесување на барањето за одговорноста и надоместокот на штетата итн. Произлегува дека станува збор за пропис кој е поставен како *lex specialis* во однос на Законот за облигациони односи, како материјален закон и во однос на Законот за парничната постапка како процесен закон.

Тоа што го свртува вниманието кон клеветата и навредата е односот кој се заснова помеѓу странките, од кои најчесто во улога на тужител се јавува носител на јавна функција, а во улога на тужен – поединец кој преку средствата за јавно информирање изнесува определени податоци и информации за носителот на јавната функција. Станува збор за однос, во кој, од една страна, носителот на јавната функција истапува во улога на оштетен кој работејќи за „поширокиот интерес“ е наклеветен или навреден од страна на лице кое е во улога на информатор на јавноста. Притоа, клеветата и навредата речиси во секој случај се користат во политички цели, односно намалување на угледот и рејтингот на носителот на јавната функција во очите на електоратот. Сосема природно се поставува прашањето која е линијата помеѓу кривичната и граѓанската одговорност доколку одговорноста за клевета и навреда се користи со цел да се гарантира слободата на изразување и информирање.

<sup>52</sup> Член 2 од Законот за граѓанска одговорност за навреда и клевета.

Токму поради тоа, интересно е прашањето дали споровите за клеветата и навреда се арбитрабилни според позитивното право во Република Македонија. Одговорот треба да го бараме во одредбите на Законот за граѓанска одговорност за клеветата и навреда, Законот за облигационите односи и Законот за парничната постапка. Додека во Законот за граѓанската одговорност за клеветата и навреда се регулира видот на одговорноста за клеветата и навредата, поимот на клеветата и навреда и начинот на надоместокот на штетата, во Законот за парничната постапка се регулира и парничната постапка во која се остварува оштетното побарување и можноста за која авторите на овој труд веруваат дека постои, а тоа е постапката пред арбитража. Законот за облигационите односи, пак, се применува во однос на висината на надоместокот на штетата (вистинска штета и нематеријална штета).

Според Законот за граѓанска одговорност за клеветата и навреда, за навреда одговара тој што со намера да омаловажи, со изјава, однесување, објавување или на друг начин ќе изрази за друг понижувачко мислење, со кое се повредува неговата чест и углед.<sup>53</sup> За клеветата, пак, одговара тој што за друго лице со утврден или очевиден идентитет, со намера да наштети на неговата чест и углед, пред трето лице изнесува или пронесува неистинити факти што се штетни за неговата чест и углед, а знае или бил должен и може да знае дека се неистинити.<sup>54</sup>

Како резултат на декриминализацијата на навредата и клеветата, во позитивното право на Република Македонија се постави прашање – дали споровите кои произлегуваат од клеветата и навредата сега се арбитрабилни. Одговор на ова прашање треба да побараме во правото со кое се регулира арбитрабилноста. Во македонското арбитражно право се користи двојниот тест за арбитрабилноста, односно се поставени два условия за позитивна арбитрабилност: 1. мора да станува збор за спор за права со кои странките слободно располагаат<sup>55</sup> и 2. да не постои исклучива надлежност на суд на Република Македонија за тој вид спорови.<sup>56</sup>

Во однос на тужбеното барање за одговорност за клеветата и навреда, судот е потребно да донесе одлука за две правни прашања: најпрво, дали се работи за дејства кои ги извршило лицето против кое е поднесено барањето за одговорност и тие се квалификуваат како дела на клеветата и навреда, а во

<sup>53</sup> Член 6 од Законот за граѓанска одговорност за клеветата и навреда.

<sup>54</sup> Член 8 од Законот за граѓанска одговорност за клеветата и навреда.

<sup>55</sup> Член 1 став 2 ЗМТА и член 441 став 1 ЗПП.

<sup>56</sup> Член 1 став 6 ЗМТА.

случај на позитивен одговор на првото прашање, кој вид штета и во колкав обем треба да се надомести. Сè до законодавната реформа во 2012 година, првото прашање беше во исклучивиот домен на кривичното право и одговорот на ова прашање се добиваше преку водење кривична постапка. На тој начин не можеше да се поднесе тужба во парнична постапка за утврдување одговорност за клеветата и навреда. Веднаш можеме да заклучиме дека сè до 2012 година, прашањето за постоењето одговорност за клеветата и навреда беше прашање надвор од доменот на арбитражното право, и стануваше збор за неарбитрабилни спорови. Но, од друга страна, правото на надоместок на штета предизвикана со кривично дело, вклучително со навреда или клеветата, се сметаше за имотноправно (граѓанско-правно) барање, за кое оштетеното лице можеше, под услови утврдени во Законот за кривичната постапка, самото да определи дали ќе го постави отштетното побарување во кривичната постапка или, пак, ќе поведе парнична постапка.<sup>57</sup> Законот за облигационите односи, пак, пропишува дека правото да се бара надомест на штета предизвикана со кривично дело се смета за право со кое странките слободно располагаат.<sup>58</sup> Дополнително, за надоместокот на штета предизвикана со кривично дело никогаш не била предвидена исклучива надлежност на суд на Република Македонија. Сето ова нè упатува на заклучокот дека во однос на второто прашање, односно надоместокот на штета предизвикана со клеветата и навреда и пред 2012 година, односно пред донесување на новиот Закон за граѓанска одговорност за клеветата и навреда, двојниот тест за арбитрабилност беше исполнет и овој вид спорови беа арбитрабилни.

Но, што се случи навистина во 2012 година со донесување на новиот закон, погледнато низ призмата на арбитражното право? Со декриминализацијата на навредата и клеветата, дури и првото прашање, односно прашањето за утврдување на постоењето навреда или клеветата, се префрли во граѓанската правна сфера, при што судската заштита се остварува во парнична постапка.<sup>59</sup> Како директна последица на декриминализацијата, ова право се трансформираше во право со кое странките слободно располагаат, со што е исполнет првиот услов од двојниот тест за арбитрабилноста врз

<sup>57</sup> Овие услови се пропишани во членовите 110-118 од Законот за кривичната постапка („Службен весник на Република Македонија“ бр. 150/2010).

<sup>58</sup> Види: Член 1131 ставови (1) и (2) Законот за облигационите односи („Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008 и 81/2009).

<sup>59</sup> Види член 19 став 4 од Законот за граѓанска одговорност за клеветата и навреда.

основа на одредбите од член 1 став (2) од ЗМГА и член 441 став (1) од ЗПП. Во однос на вториот услов, не постои одредба во позитивното право на Република Македонија која пропишува исклучува надлежност на судовите на Република Македонија за споровите кои се однесуваат на клеветата и навредата. Произлегува дека и вториот услов е исполнет и двојниот тест за арбитрабилноста на споровите за надомест на штета кои произлегуваат од клеветата и навреда е исполнет.

Од анализата на ЗПП, се чини дека е неопходно да укажеме на една специфичност во однос на решавањето на споровите пред домашната арбитража во Република Македонија. Согласно со ЗПП, споровите без меѓународен елемент за права со кои странките можат слободно да располагаат можат да се решаваат пред постојаните избрани судови (арбитражи) кои се основани при стопанските комори и при други организации предвидени со законот.<sup>60</sup> Произлегува дека во домашната арбитража може да се договори единствено институционална арбитража, додека, пак, не постои можност странките да договорат *ad hoc*. Станува збор за одредба која е реликт на едно време на социјалистичка економија и уредување, кога постоеше монопол над стопанските субјекти во една единствена стопанска комора, кога беше третирана како државен орган, со што и арбитражата се третираше на ист начин. Несомнено, ова законско решение денес е апсолутно надживеано и несоодветно, имајќи ги предвид предностите на *ad hoc* арбитражата во однос на институционалната, поради што е неопходна и брза и соодветна редакција на ЗПП.

#### IV. ЗАКЛУЧОК

Со декриминализацијата на клеветата и навредата, преку донесување на новиот посебен закон за граѓанска одговорност за клеветата и навреда во 2012 година, законодавецот на Република Македонија ја отвори вратата за арбитражно решавање на споровите за надомест на штета кои произлегуваат од клеветата и навреда. Со префрлање на одговорноста во корпусот на граѓанското право, се создаде ситуација денес во парнична постапка да се одлучува и за квалификација на дејствата како дејства на клеветата или навреда, од една страна, но и за видот на штетата и висината на нејзиниот надоместок.

<sup>60</sup> Член 441 став 1 ЗПП.

Сето тоа предизвика свое влијание и врз арбитрабилноста на споровите кои се однесуваат на клеветата и навредата. Несомнено е дека станува збор за исклучиво граѓанско-правни односи за кои странките можат да договорат арбитража, и тоа и меѓународна (доколку постои странски елемент во односот) и домашна (но само институционална арбитража, а не и *ad hoc* согласно со ограничувањето на ЗПП за кое авторите сметаат дека треба да биде ревидирано во најскоро време).

#### БИБЛИОГРАФИЈА:

- R. Kuttner, "The Arbitrator as Leader and Facilitator: in Tony Cole, *The Roles of Psychology in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume, Kluwer Law International 2017;
- B. Hanotiau, "The Law Applicable to Arbitrability", *Singapore Academy of Law Journal*, 2014, 26 SAclJ;
- N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern, M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, New York 2009;
- Moses L. Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008;
- Perović Jelena, *Ugovor o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži*, Beograd, 1998;
- M. Heider, M. Nueber, H. Schumacher, A. Suwy, G. Zelner, "Dispute Resolution in Austria – an Introduction", Wolters Kluwer;
- Hanotiau Bernard, *L'arbitrabilité*, Recueil des cours de L'Académie de droit international de la Haye, 2002, Tome 296;
- Sajko Krešimir, *Arbitration Agreement and Arbitrability Solutions and Open Issues in Croatian and Comparative Law*, 3 Croatian Arbitration Yearbook, 1996, (<http://web.lexis-nexis.com> 2000);
- Böckstiegel Karl-Heinz, "Public Policy and Arbitrability", во збирката: Sanders Pieter (editor), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3, Deventer, 1987;
- K. Youssef, Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 3 - The Death of Inarbitrability in Loukas A. Mistelis and Stavros L. Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International 2009;
- S. Brekoulakis, Part I Fundamental Observations and Applicable Law, Chapter 2 – On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern in Loukas A. Mistelis and Stavros L. Brekoulakis (eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, International Arbitration Law Library, Volume 19, Kluwer Law International 2009;

- Arfazadeh Homayoon, Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited, *Arbitration International*, Vol. 17, No. 1, 2001;
- Patocchi Paolo Michele, The 1958 New York Convention, *The Swiss Practice*, објавено во збирката: *The New York Convention of 1958, A Collection of Reports and Materials*, ASA Special Series, No. 9, Zürich, 1996;
- D. Schramm, E. Geisinger, P. Pinsolle, "Article II" in *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, a Global Commentary on the New York Convention*, Wolters Kluwer, 2010;
- Tweeddale Andrew, Tweeddale Keren, *Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice*, Oxford University Press, 2005;
- Level Patrice, *L'arbitrabilité*, *Revue de l'arbitrage*, 1992;
- Hanotiau Bernard, *L'arbitrabilité*, *Recueil des cours de L'Académie de droit international de la Haye*, 2002, Tome 296;
- Baron M. Patrick, Liniger Stefan, *A Second Look at Arbitrability, Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany*, *Arbitration International*, Vol. 19, No. 1, 2003;
- Hascher Dominique, "Les Conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence", *Competition and Arbitration Law*, dossier de l'Institut de la CCI, 1992 ;
- Redfern Alan, Hunter Martin, *International Commercial Arbitration*, 2-nd edition, 1992;
- Sever Jay R., *The Relaxation of Inarbitrability an public policy checks on U.S. and Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?*, *Tulane Law Review*, no. 65, June 1991.;
- Dika Mihajlo, *Republika Hrvatska i jedinice lokalne samouprave kako stranke u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži*, *Pravo u gospodarstvu*, br. 1-2/1995 – цитирано според Čulinović-Herc Edita, *Arbitrability of Unfair Competition Disputes*, *Croatian Arbitration Yearbook*, no. 3, 1996;
- Triva Siniša, Uzelac Alan, *Hrvatsko arbitražno pravo*, Zagreb, 2007;
- Татјана Зороска Камилоска, *Арбитражно право*, Скопје, 2015;
- Тони Дескоски, *Меѓународно арбитражно право*, Скопје, 2016.

## SOME SPECIFIC ISSUES ABOUT ARBITRABILITY IN REPUBLIC OF MACEDONIA: FOCUS ON DEFAMATION

### - ABSTRACT -

The authors of this text give an overview of the challenging question concerning the arbitrability of defamation disputes in Macedonia. Since arbitration is an alternative dispute resolution with public policy consequences, traditionally, some types of disputes are reserved for exclusive court jurisdiction. Such disputes are in the field of bankruptcy, family law and criminal law.

Starting from 2012, the concept for civil liability for defamation is introduced in Macedonia. By adopting the Law on Civil Liability for Insult and Defamation, defamation is no more a criminal offence. The Law on Civil Liability for Insult and Defamation shall guarantee the freedom of expression and information as one of the essential foundations of the democratic society. The restrictions on the freedom of expression and information are legally regulated by setting out strict conditions concerning the civil liability for insult and defamation, pursuant to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Article 10) and the case-law of the European Court of Human Rights.