

**AUTONOMIA E VULLNETIT TË PALËVE KONTRAKTUESE  
DHE KUFIJTË E TIJ TË PËRGJITHSHËM NË LIGJIN PËR  
MARRËDHËNIET DETYRIMORE NË REPUBLIKËN E  
MAQEDONISË**

**АВТОНОМИЈА НА ВОЛЈАТА НА ДОГОВОРНИТЕ СТРАНИ  
И НЕЈЗИНИТЕ ОПШТИ ГРАНИЦИ ВО ЗАКОНОТ ЗА  
ОБЛИГАЦИОНИТЕ ОДНОСИ НА РЕПУБЛИКА  
МАКЕДОНИЈА**

**AUTONOMY OF THE WILL OF CONTRACTING PARTIES AND  
ITS GENERAL LIMITS IN THE LAW OF OBLIGATIONS OF THE  
REPUBLIC OF MACEDONIA**

**Abstract**

Expression of the general legal and philosophical principle of autonomy of the will is the principle of free initiative of the parties in the civil-legal relations. In this field of law it implies that the parties with their will create, alter and terminate their civil rights. The autonomy of the will in the contract law is expressed through the principle of freedom of contract. In absolute terms, it existed only in theory as a philosophical doctrine. In that sense, in practice it is not accepted by any legislation, because of the unrealistic and utopian tendency.

The legislation of the Republic of Macedonia explicitly accepts the principle of autonomy of the will of the contracting parties, standardly limited by public order and good customs as general restrictions. While at the beginning of the formulation of the provision of Article 3 of the Law of obligations, the free will of the subjects of law in creation of the obligatory or contractual relation is promoted,

---

<sup>1</sup>Faculty of Law, Tetovo University, Republic of Macedonia,  
shpresa.alimi@unite.edu.mk.

immediately after that authorization are established the boundaries beyond which freedom can not extend: the Constitution, the laws and the good customs. Although the Law of obligations does not use the term „public order“, the boundaries determined by Article 3 of the Law are nothing but a constituent elements of the Macedonian public order.

**Keywords:** autonomy of the will, freedom of contract, public order, good customs.

### **1. Местото на начелото на автономија на волјата на договорните страни во позитивното право на Република Македонија**

Со Законот за облигационите односи<sup>2</sup> на Социјалистичка Федеративна Република Југославија<sup>3</sup> од 1978 год., на начелото на автономија на волјата на договорните страни, односно на начелото на слобода на договарањето<sup>4</sup> му беа посветени два одредби: чл. 10, кој го утврдува правото на договорните страни слободно да ги уредуваат облигационите односи, во согласност со уставно утврдените начела на општественото уредување, принудните прописи и моралот на социјалистичкото самоуправни општество, и чл. 20 во кој се изразува начелото на диспозитивност. Согласно со ова начело, учесниците можат да го уредуваат својот облигационен однос поинаку од што е утврдено со закон доколку, од одредбата на законот или од неговата смисла, не произлегува нешто друго. При тоа се должни својот однос да не можат да го уредат спротивно на уставните начела на социјалистичкото самоуправни општество, принудните прописи и на моралот на социјалистичкото самоуправни општество. Во согласност со принципот на слободата на уредување на облигационите односи договорните страни можат да го уредат својот договорен однос користејќи општи и посебни узанси, под услов за тоа изречно да се договориле за примена на узанси.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Закон o obligacionim odnosima, „Službeni List SFRJ“, (br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89), во понатамошниот текст: ЗОО-1978.

<sup>3</sup> Овој закон во Република Македонија се применувал се до донесувањето на Законот за облигационите односи од 2001 год.

<sup>4</sup> Во нашиов труд поимот „автономија на волјата на договорните страни“ и „слобода на договарање“, меѓусебно се заменливи и ќе ги употребиме за иста содржина и цел.

<sup>5</sup> Dragoljub, Vukićević: Načelo slobode uređivanja obligacionih odnosa, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, God. 23, 1983, достапен на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z23/05z23.pdf> [посетен на 20.09.2016 год.], стр. 65.

Со донесување на Уставот на Република Македонија од 1991 год., се напушти дотогашното идеологизирано и догматизирано стојалиште за приватната сопственост, од правен и практичен аспект постепено се вратија приватната сопственост и пазарната економија каде што посебно место заземаат приватната иницијатива и претприемништвото.<sup>6</sup>

Во Уставот на Република Македонија постојат одредби кои би можеле да претставуваат основа за заштита на договорната слобода. Прво, чл. 55, кој овозможува уставна слобода на пазарот и претприемништвото и второ, чл. 8<sup>7</sup> и чл. 50(1)<sup>8</sup>, кои ги прокламираат и ги гарантираат човековите права од Уставот. Дополнително на овие членови, договорната слобода во поедини ситуации може да биде заштитена и со чл. 30(1)<sup>9</sup> на Уставот кој го гарантира правото на сопственост. Со чл. 8, точка б од Уставот, во основните одредби, правото на сопственост се подигна на степен на една од темелните вредности на кои почива уставниот поредок на Република Македонија. Меѓу другото во точка 7 од истиот член се промовира слободата на пазарот и претприемништвото – сфатени како динамика на стоковно-паричните односи, од што може да се заклучи за местото на автономијата на волјата во позитивното право на Република Македонија. Во вториот дел за Слободите и основните права на граѓанинот, во точка четири на Основите на економските односи се определува следново: „Се гарантира слободата на пазарот и претприемништвото. Републиката обезбедува еднаква правна положба на сите субјекти на

---

<sup>6</sup> Галев, Гале: Слободата на договарањето и нејзините општи граници, Развитокот на политичкиот систем на Република Македонија (Зборник на трудови), Скопје, 2000, стр. 122-123.

<sup>7</sup> Чл. 8, Устав на Република Македонија, „Службен весник на РМ“, бр. (52/91, 1/92, 31/98, 91/2001, 84/2003, 107/2005, 3/2009): „Темелни вредности на уставниот поредок на Република Македонија се: основните слободи и права на човекот и граѓанинот признати со меѓународното право и утврдени со Уставот; ...; правната заштита на сопственоста; слободата на пазарот и претприемништвото; ...; почитувањето на општоприфатените норми на меѓународното право. Во Република Македонија слободно е се што со Уставот и закон не е забрането.“

<sup>8</sup> Чл. 50, Устав на РМ: „Секој граѓанин може да се повика на заштита на слободите и правата утврдени со Уставот пред судовите и пред Уставниот суд на Република Македонија во постапка заснована врз начелата на приоритет и итност.“

<sup>9</sup> Чл. 30(1), Устав на РМ: „Се гарантира правото на сопственост и наследување. ...“

пазарот. Републиката презема мерки против монополската положба и монополското однесување на пазарот. Слободата на пазарот и претприемништвото можат да се ограничат со закон единствено заради одбраната на Републиката, зачувувањето на природата, животната средина или здравјето на луѓето.“<sup>10</sup>

Иако договорната слобода не е експлицитно обезбедена со Уставот, на неа треба да се гледа од аспект на гарантирањето на горенаведените слободи и права. Врз основа на приватното право, овие гаранции кореспондираат во нивната суштина со концептот на „автономијата на волјата“ воопшто, и „слободата на договарањето“ посебно.

Уставот на Република Македонија овозможува различен опсег на дозволени ограничувања на овие слободи и права, и формира формални и материјално-правни барања во однос на нив.<sup>11</sup>

Начелото на автономија на волјата во ЗОО на Република Македонија се наоѓа во чл. 3, во делот на основните одредби со следнава формулација: „Учесниците во прометот слободно ги уредуваат облигационите односи во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи“.

## **2. Правно-технички аспекти на начелото на автономија на волјата во договорното право на Република Македонија**

Во ЗОО на Република Македонија има низа одредби со кои се уредуваат одредени аспекти на автономијата на волјата на договорните страни. Начелото на автономија на волјата на страните се сочинува од повеќе слободи или поединечни права за секоја од договорните страни. Остварувањето на начелото во договорното право се манифестира преку: овластувањето или слободата на договорните страни сами да одлучуваат дали ќе стапат или

<sup>10</sup> Чл. 55, Устав на РМ.

<sup>11</sup> Чл. 54 од Уставот на РМ кој предвидува можно ограничување на слободите и правата на човекот и граѓанинот: „Слободите и правата на човекот и граѓанинот можат да се ограничат само во случаи утврдени со Уставот. Слободите и правата на човекот и граѓанинот можат да бидат ограничени за време на воена или вонредна состојба според одредбите на Уставот. Ограничувањето на слободите и правата може да биде дискриминаторско по основ на пол, раса, боја на кожа, јазик, вера, национално или социјално потекло, имотна или општествена положба. Ограничувањето на слободите и правата не може да се однесува на правото на живот, забраната на мачење, на нечовечко и понижувачко постапување и казнување, на правната одреденост на казните дела и казните, како и на слободата на уверувањето, совеста, мислата, јавното изразување на мислата и вероисповеста.“

не во договорен однос; со кого и кога ќе стапат во договорен однос; која ќе биде неговата содржина; слободата на одредување на типот на договорот; слободата на одредување на задолжителноста на договорот; во која форма ќе ја изразат неговата содржина; дали ќе се случи промена на страните<sup>12</sup>, содржината и предметот<sup>13</sup>; колку време ќе произведува правни последици, на кој начин ќе престанува<sup>14</sup>; слободата на избор на меродавното право и др.

### 3. Наместо вовед во ограничувањата на слободата на договарање

Договорот се дефинира како согласност на волјите на два или повеќе правни субјекти со кој се постигнува некој облигационо-правен ефект. Се поставува прашањево: Дали е можно индивидуалната волја да се рашири, а со тоа да не се повредуваат правилата и

<sup>12</sup> Промената на страните може да се случи кај неличните облигациони односи, од двете страни на облигациониот однос, по создавањето и пред нивното престанување. Ова се остварува преку: отстапување на побарувањето (*cessio*) (чл. 424, ЗОО), отстапување на договор (чл. 132, ЗОО), преземање долг (*acceptillatio*) (чл. 434, ЗОО), преземање на исполнување (чл. 441, ЗОО), пристапување кон долг (чл. 439, ЗОО) и суброгација (чл. 288, ЗОО).

<sup>13</sup> Предметот на договорот може да се промени со слободната волја на страните. Така што наместо една престација како предмет на договорниот однос договорен на почеток, може да дојде една друга престација, доверителот треба да го прифати од должникот, другата престација наместо тоа што го има за обврска. Според чл. 296, ст. 1, ЗОО: „Исполнувањето се состои од извршување на она што ја сочинува содржината на обврската, па ниту должникот може да ја исполни со нешто друго, ниту доверителот може да бара нешто друго.“ Следниот чл., 297, ст. 1, одредува: „Обврската престанува ако доверителот во спогодба со должникот прими нешто друго наместо она што му се должи.“ Според Галев, Гале и Давобик-Анастасовска, Јадранка: Облигационо право, Скопје: Академски печат, 2008, стр. 351-352, во овој случај имаме давање наместо исполнување, сфатено како замена на стварното исполнување.

<sup>14</sup> Договорните страни со своја волја можат да одлучат нивниот договор да не се исполни во целост или делумно. Договорните страни можат со согласност на волјите да го раскинуваат стариот договор или на некој друг начин, со согласност со волјата да одлучат за судбината на нивниот претходен договор. За договорните страни не постои задолжителна правна обврска договорот да се извршува, ако содоговарачите тоа не го сакаат (Loza, Bogdan: *Obligaciono pravo (opšti dio)*, Sarajevo: Dom štampe, 1981, стр. 88). Раскинувањето на договорот со согласноста на двете договорни страни се случува кога тоа го бара заедничкиот интерес на договорните страни. Други случаи на престанување на договорите врз основа на волјата на соучесниците се: договорно пребивање (*compensatio voluntaria*), отпуштање долг и со новација (*novatio*). Види членови: 325-332; 333-336; 337-341 од ЗОО.

општите добра на општеството во кое таа е создадена и ги произведува правните последици? Според Алишани: „Правниот систем првин треба да ги изразува интересите на организираното општество, и потоа во рамките на тие односи да ја дозволи и слободната иницијатива на правните субјекти во различни правни односи. Секој правен поредок ги гарантира индивидуалната волја и нејзиното изразување. Која ќе биде индивидуалната волја, во рамките на кои граници ќе се движи, зависи од материјалната основа, моралното ниво на општеството, политичкото ниво, филозофското, општественото ниво и др. Таа не смее да ги надминува границите на правниот, економскиот и на општествениот систем, таа треба да ги изразува општествените интенции на општеството каде се остварува.“<sup>15</sup>

Автономијата на волјата и нејзините ограничувања претставуваат две страни од иста идеја – идејата на автономија на волјата.<sup>16</sup> Автономијата на волјата во секој правен систем ги има својата содржина и границите одредени од тој правен систем, кои се сметаат како коректив на начелото.

#### **4. Границите на автономијата на волјата на договорните страни во ЗОО**

Според Галев, споредувајќи ги одредбите на францускиот Граѓански законик (1804), Граѓанскиот законик на Српското Кралство (1844), Општиот граѓански законик на Кралството на Црна Гора (1888), Облигациониот законик на Швајцарија (1911), германскиот Граѓански законик (1900), Општиот граѓански законик на Австрија (1811), италијанскиот Граѓански законик (1942) и Законот за облигациони односи на Република Македонија (2001), може да утврдиме дека јавниот поредок и добрите обичаи се прифатени како заеднички именител на сите ограничувања во договорната материја, што во правната теорија се определуваат како општи ограничувања на начелото на автономијата на волјата на договорните страни или слободата на договарање.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Alishani, Alajdin: E drejta e detyrimeve (Pjesa e përgjithshme), Prishtinë: Enti i Teksteve dhe i Mjeteve Mësimore i KSA të Kosovës, 1985, стр. 191.

<sup>16</sup> Perović, Slobodan: Sloboda volje i ugovorno pravo, Pravni Život: časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 11, Godina LVI, Knjiga 511, Beograd, 2007, стр. 681.

<sup>17</sup> Галев, Гале: Слободата на договарањето како еден од основните принципи на договорното право воопшто и посебно на договорното право на социјалистичка Југославија (докторска дисертација), Скопје, 1988, стр. 101.

Начелото на автономијата на волјата на договорните страни трпи многубројни ограничувања во позитивното право и во судската практика на Република Македонија. Таа се ограничува преку употреба на одредени општи правни поими и преку одредени законски забрани. Што се однесува до општите ограничувања на автономијата на договорните страни, законодавството доживеало еволуција. Изречно општо ограничување преку установата јавен поредок во нашето позитивното право не постои.

Сè до донесувањето на ЗОО-1978 судската практика користела разни класични формулации за ограничување на слободата на договарање (јавен поредок, добри обачаи, совесност и чесност, јавен морал). Во судската практика биле изградени нови критериуми врз основа на кои било полесно да се повлече граница до која можеше да се протега и да се остварува слободата на уредување на облигационите односи во социјалистичкиот општествен и правен систем, како на пр.: „норми на социјалистички морал“, „општествени интереси“, „основни начела на општествениот поредок“, „чесност во правниот промет“ и сл.<sup>18</sup>

Во Скицата за Законик за облигации и договори, подготвена од Константиновиќ<sup>19</sup>, договорните страни се слободни, во границите на принудните прописи, јавниот поредок и морал, нивните односи да ги уредуваат според нивната волја. Предлог-законот за облигации и договори<sup>20</sup> го одредува начелото на слободата на договарање и еднаквост на договорните страни, така што договорните страни слободно, во границите на принудните прописи, уставно утврдените начела на општественото уредување и моралот на социјалистичкото самоуправно општество, своите односи да ги уредуваат по своја волја. Предлогот предвидувал и ограничување во однос на почитување на начелото на совесност и чесност при склучување и исполнување на обврските, а во границите на законот и почитување на начелото на еднаквост на заемните давања. Предлогот предвидува и ништовност на договорот со одредени

<sup>18</sup> Blagojević, Borislav: Načela Zakona o obligacionim odnosima i zadaci suda u parničnom postupku, Pravni Život, br. 3, 1983, стр. 283-297, цитирано во Dragoljub, Vukićević: op. cit., стр. 64.

<sup>19</sup> Konstantinović, Mihajlo: Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama I ugovorima, Beograd, 1969, цитирано во Perović, Slobodan: Zabranjeni ugovori u imovinsko-pravnim odnosima, Beograd: Beogradski Izdavačko-Grafički Zavod, 1975. стр. 48.

<sup>20</sup> Nacrt zakona o obligacijama i ugovorima, Savenza skupština, Beograd, 11. 11. 1973 god.

последници во случај договорот да биде во спротивност со принудните прописи, уставно утврдените начела на општественото уредување и моралот на социјалистичкото самоуправно општество, ако целта на повреденото правило не упатува на некоја друга санкција или ако законот во одреден случај не пропишува нешто друго.<sup>21</sup>

Во финалниот текст на Законот за облигационите односи од 1978 год., во чл. 10, во однос на формулацијата на општите граници на автономијата на волјата на договорните страни се предвидува: „Учесниците во прометот слободно ги уредуваат облигационите односи, и не можат да ги уредуваат во спротивност со уставно утврдените начела на општественото уредување, принудните прописи и моралот на социјалистичкото самоуправно општество.“

Оваа одредба беше применета до донесувањето на Законот за облигационите односи од 2001 год., со прифаќање на демократските начела и пазарната економија, со ослободување на законот од политичко-идеолошката терминологија. Со изменување на чл. 10 од ЗОО-1978, автономијата на волјата е одредена со речениците: „Учесниците во прометот слободно ги уредуваат облигационите односи во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи“.<sup>22</sup> Со овие промени, Законот за облигационите односи е вратен на познатите поими: добри обичаи или *boni mores* како римски поим, и јавниот поредок од европските кодификации.

ЗОО ги употребува истите изрази во однос на предметот<sup>23</sup>, недозволеноста на основот<sup>24</sup>, недозволеноста и невозможноста на условот<sup>25</sup> и ништноста на договорот<sup>26</sup>.

Сите општи начела во Законот кои следат по чл. 3 кој се однесува на слободата на уредување на облигационите односи, како што

<sup>21</sup> Perović, Slobodan: *Zabranjeni ugovori u imovinskom pravnim odnosima*, стр. 48-49.

<sup>22</sup> Чл. 3, ЗОО.

<sup>23</sup> Чл. 41, ЗОО: „Предметот на обврската е недозволен ако не е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи.“

<sup>24</sup> Чл. 43, ст. 2, ЗОО: „Основот е дозволен ако е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи.“

<sup>25</sup> Чл. 67, ст. 1, ЗОО: „Ништовен е договорот во кој е поставен одложен или раскинлив услов спротивен на Уставот, законите и добрите обичаи.“

<sup>26</sup> Чл. 95, ст. 1, ЗОО: „Договорот кој не е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи е ништовен, ако целта на повреденото правило не упатува на некоја друга санкција или ако со законот во определениот случај не е предвидено нешто друго.“



е начелото на рамноправност на учесниците во облигациониот однос (чл. 4), начелото на совесност и чесност (чл. 5), забраната на злоупотреба на правото (чл. 6), забраната на создавање и искористување на монополска положба (чл. 7), начелото на еднаква вредност на давањето (чл. 8), забраната на предизвикување штета (чл. 9), должноста за исполнување обврски (чл. 10), однесувањето во исполнувањето на обврските и во остварувањето на правата (чл. 11), обврските спрема граѓаните како потрошувачи и корисници на услуги (чл. 12), примената на добрите деловни обичаи (чл. 15), претставуваат вредности или карактеристики кои треба да бидат присутни од моментот на создавање и изјавување на правно релевантната волја со цел создавање договорен однос, до моментот на неговото исполнување. Така што со комбинација на содржината на сите горенаведени начела може да заклучиме дека учесниците во прометот се рамноправни и слободно ги уредуваат облигационите односи во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи, и во засновувањето на облигационите односи и во остварувањето на правата и обврските од тие односи се должни да се придржуваат кон начелото на совесност и чесност. Забрането е и вршењето на право од облигационите односи спротивно на целта заради која тоа со закон е установено или е признаено, а во засновувањето на облигационите односи учесниците не можат да установат права и обврски со кои за кој и да е од нив или за друг се создава или се искористува монополската положба на пазарот. Во засновувањето на двострани договори, учесниците тргнуваат од начелото на еднаква вредност на заемните давања и секој е должен да се воздржи од постапка со која може на друг да му предизвика штета; учесниците во облигациониот однос се должни да ја извршат својата обврска и се одговорни за нејзиното исполнување. ЗОО предвидува учесникот во облигациониот однос да биде должен во исполнувањето на својата обврска да постапува со внимание кое во правниот промет се бара во соодветниот вид облигациони односи (внимание на добар стопанственик, односно внимание на добар домаќин), или учесникот во облигациониот однос е должен во исполнувањето обврска од својата професионална дејност да постапува со зголемено внимание, според правилата на струката и обичаите (внимание на добар стручњак) и учесникот во облигациониот однос е должен во остварувањето на своето право да се воздржи од постапка со која би се отежнало исполнувањето на обврската на друг. Почнувајќи од

фактот дека овие начела треба да се имаат предвид и почитуваат од договорната страна и како такви да ја карактеризираат неговата волја (за произведување сакани законски последици), може да заклучиме дека тие претставуваат исто така општи ограничувања на таа волја од моментот на нејзиното создавање, па сè до исполнувањето на договорниот однос создаден од таа изјавена волја.

### **5. Ограничување на слободата на договарање во однос на слободата и правата на трети лица и релативното дејство на договорот**

Според ЗОО договорот произведува правни дејства меѓу договарачите: „Договорот создава права и обврски за договорните страни.“<sup>27</sup> Во следните ставови 2 и 3 од истиот член се предвидува дека договорот има дејство и за универзалните правни следбеници на договорните страни, освен ако е нешто друго договорено или произлегува нешто друго од природата на самиот договор, и дека со договорот може да се установи право во корист на трето лице. Со оваа определба на законот, во принцип, договорот може да произведе обврзувачки ефект само меѓу страните во него, а не во однос на трети лица, со што се воспоставува една примарна, основна граница во однос на слободата за проширување на последиците од нивниот договор кон третите лица – општеството. Постојат правни исклучоци од ова начело како што е договорот во корист на трето лице, и второ, дури и ако страните се слободни да склучуваат договор, тие не можат да склучат договор што ги игнорира постојните права на трети лица, како резултат на општото начело според кое никој нема право да му наштети на друг. Така според чл. 136 ЗОО: „1) Кога некој од свое име ќе договори побарување во корист на трет, третиот стекнува сопствено и непосредно право спрема должникот, ако нешто друго не е договорено или не произлегува од околностите на работата; 2) Договарачот има право да бара должникот да го изврши спрема третиот она што е договорено во корист на тоа трето лице.“

Определбата на она што страните имаат право да го сторат и она што немаат право да го сторат во однос на правата на трети

---

<sup>27</sup> Чл. 135, стр. 1, ЗОО.

лица, го разјаснува обемот на слободата на договарање, бидејќи правата на трети лица ја ограничуваат оваа слобода.<sup>28</sup>

## **6. Општите ограничувања на автономијата на волјата на договорните страни**

Индивидуалната волја треба да биде предмет на заедничкиот интерес, така што законодавецот секогаш предвидува општа рамка во која таа ќе се применува, создадена од императивни прописи, добри обичаи или морални правила, изразени преку општиот апстрактен поим „јавен поредок“. Како општо ограничување на слободата на договарање е предмет на различни теоретски погледи.<sup>29</sup>

### **6.1. Јавен поредок**

Целината на правила со кои се ограничува автономијата на волјата во договорното право се именува како „јавен поредок“. Во теоријата и во практиката поимот на јавниот поредок има различни значења. Така што кога ќе го употребуваме овој поим во нашиов труд не значи дека сме го употребиле во апсолутно точна смисла.

Јавниот поредок како општа граница на автономијата на волјата на договорните страни заема значајно место во учењата на францускиот теоретичар Domat во XVII век.<sup>30</sup> Тој го признава начелото на автономија на волјата, а во исто време и нејзините граници. Како општа граница го предвидува општествениот поредок. Според него повредата на јавниот поредок се случува тогаш кога непочитувањето на добрите обичаи, непочитувањето на законските забрани (било да се тие што произлегуваат од природното право, од позитивното право или световното право), повредата на начелото на правичност и другите начела, ја има за последица ништожноста на склучениот договор.<sup>31</sup> За првпат

<sup>28</sup> Fauvarque-Cosson, Bénédicte и Mazeaud, Denis: *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2008, достапен на: [http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/CFR\\_I-XXXIV\\_1-614.pdf](http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/CFR_I-XXXIV_1-614.pdf) [посетен на 03.05.2016 год.], стр. 439.

<sup>29</sup> Perović, Slobodan: *Autonomy of will in civil law*, Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses, Skopje, 2014, стр. 279.

<sup>30</sup> Домат е првиот кој ја создаде теоријата за границите на автономијата на волјата на договорните страни.

<sup>31</sup> Галев, Гале: *Слободата на договарањето и нејзините општи граници*, Развивокот на политичкиот систем на Република Македонија (Зборник на

поимот „јавен поредок“ како граница на автономијата на волјата е призната во францускиот Граѓански законик (1804 год.)<sup>32, 33</sup>

Поимот јавен поредок го карактеризираат непрецизноста и нејасноста. Поради тешкотиите кои се среќаваат во врска со определувањето на оваа институција, авторите во текот на неговото проучување употребиле различни стилски фигури за да ги опишат тешкотиите со кои се соочиле во текот на овој обид, додавајќи дека да се истражува дефиницијата на јавниот поредок е исто како „да се чекори по жив песок“<sup>34</sup> или „да поминете преку трнлив пат“<sup>35</sup> или „едно вистинско мачење на интелектот“<sup>36</sup>.

Според Перовиќ, во сите научни трудови за автономијата на волјата на договорните страните и во збирките на беседи во школата на природното право (*Besede sa Kopaonika*), јавниот поредок применет во областа на договорните односи ја има следнава содржина: „Јавниот поредок е збир на начела врз кои се засновани постоењето и траењето на едно правно организирано општество, а кои се изразуваат преку одредени општествени норми (правни и морални) кои страните во своите односи треба да ги почитуваат.“ Овој општ поим применет во областа на договорните односи, според истиот автор ќе го имаше овој изглед: „Јавниот поредок е збир на начела врз кои се засновани постоењето и

---

трудоми), Скопје, 2000, стр. 111. Авторот во врска со ова ќе го цитира: Perović, Slobodan: *Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima*, стр. 16. Повеќе околу оваа гледиште види: Perović, Slobodan: *Granice ugovorne slobode*, *Pravni Život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, broj 3-4/2002, Godina LI, Knjiga 466, Beograd, 2002, стр. 12.

<sup>32</sup> Чл. 6, Француски Граѓански Законик (*Civil Code*, Translated by Georges Rouhette. достапен на: <http://www.legifrance.gouv.fr/> [посетена на: 12.02.2013 год.]: „Поединечните спогодби не можат да отстапат од законите кои се однесуваат на јавниот поредок и добрите обичаи“.

<sup>33</sup> Perović, Slobodan: *Autonomija volje i prinudni propisi*, *Pravni Život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, broj 5-6/2007, Godina 56, Knjiga 507, Beograd, 2007, стр. 22 и Perović, Slobodan: *Moć i nemoć ugovora*, *Besede sa Kopaonika (1990-2007)*, *Deseto dopunjeno izdanje*, Beograd, 2008, стр. 91-96.

<sup>34</sup> Malaurie: *L'ordre public et le contract (Etude de droit civil comparé)*, t. I, Reims, 1953, стр. 3, цитирано во Perović, Slobodan: *Sloboda uređivanja obaveznih odnosa i javni poredak*, *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu*, 56, Posebni broj, Zagreb, 2006, стр. 404.

<sup>35</sup> Alglave: *Définition de l'ordre public en matière civile*, *Revue pratique de droit*, 1868, стр. 44, цитирано во Perović, Slobodan: *op. cit.*, стр. 404.

<sup>36</sup> Vareilles-Sommières: *Les lois d'Ordre Public et la dérogation aux lois*, *Revue de Lille*, 1899, стр. 674, цитирано во Perović, Slobodan: *op. cit.*, стр. 404.

траењето на едно правно организирано општество, а кои се изразуваат преку одредени општествени норми кои се поставени во областа на предметот и целта на договорот и се така поставени што договорните страните мора да ги почитуваат.“ Секое спротивно постапување, договорот го прави ништовен.<sup>37</sup>

Потребни елементи без кои не може да се комплетира дефиницијата на јавниот поредок се: определбата дека претставува симбиоза на општествените и правните елементи воопшто, и се состои од многубројни начела од економска, правна, филозофска, морална и од политичка природа<sup>38</sup>; овие начела се вклучени во поимот на јавниот поредок преку одредени императивни прописи и морални императиви<sup>39</sup>; дефиницијата треба да го изрази релативниот, односно променливиот карактер на оваа институција, кој не е поставен како догма, туку е предмет на промени и еволуција како во однос на содржината, така и во однос на опсегот на неговите граници со цел да се вклопи со променливите општествени потреби и барања<sup>40</sup>; иако јавниот поредок не го карактеризира *numerus clausus*, тој поим, сепак, не смее да биде толку неодреден и во целост да му се предаде на судот како инструмент со чија помош се извршува квалификација на договорот во однос на неговата дозволеност, односно недозволеност. Ако во овие случаи судот не е врзан со нешто друго, освен со своите чувства за некои начела, без конкретна примена, чувство кое може да се претвори во неограничена слобода и моќ, чиј резултат може да подразбира и противправно дејство, тогаш тоа претставува атак врз правната сигурност, која во крајна линија го доведува во прашање и опстанокот на правниот поредок.<sup>41</sup> Примената на оваа установа не треба да значи повреда на начелото на правна сигурност.<sup>42</sup> Јавниот поредок не може да се институционализира со што доведува до правна несигурност.<sup>43</sup> Примената на јавниот поредок во договорите треба да се одвива преку правилата кои ги уредуваат

<sup>37</sup> Галев, Гале: Слободата на договарањето како еден од основните принципи на договорното право воопшто и посебно на договорното право на социјалистичка Југославија (докторска дисертација), стр. 247.

<sup>38</sup> Perović, Slobodan: *Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima*, стр. 156.

<sup>39</sup> *Ibid.*, стр. 161.

<sup>40</sup> *Ibid.*, стр. 162.

<sup>41</sup> *Ibid.*, стр. 163.

<sup>42</sup> *Ibid.*, стр. 154-155.

<sup>43</sup> Perović, Slobodan: *Autonomy of will in civil law*, стр. 282.

недозволеноста на предметот и основот на договорот. На овој начин начелата кои влегуваат во поимот на јавниот поредок би се набљудувале низ призмата на конкретните правни средства и на овој начин во голема мера би се задоволиле барањата кои произлегуваат од примената на оваа установа – заштитата не само на индивидуалните интереси, туку и на општиот интерес. На овој начин се избегнува арбитражноста на судот во однос на квалификација на дозволеноста на договорот и конкретната примена на општите начела, бидејќи преку теоријата на предметот и основот на договорот стекнуваат конкретен правен изглед, а со тоа и начелото на правна сигурност добива сигурна основа.<sup>44</sup>

Со комбинација на сите овие елементи во иста дефиниција, би се дошло до унифицирана целина на овој правен институт.

ЗОО не го употребува изразот „јавен поредок“ како општа граница на автономијата на волјата на договорните страни. Границите одредени со чл. 3 ЗОО, според Галев, „не се ништо друго освен конститутивни елементи на нашиот јавен поредок“,<sup>45</sup> и одредбата за ништовност на договорот поради спротивноста со Уставот, законите и со добрите обичаи се смета за одредба која ги спречува правните последици на договорот кој е во спротивност со јавниот поредок.<sup>46</sup>

### **6.1.1. Уставот како дел од јавниот поредок на Република Македонија**

Во чл. 3 од ЗОО не се употребува изразот „уставни начела“, туку само изразот „устав“. Но почнувајќи од самата содржина на јавниот поредок што се состои од основните начела (од правна, економска, политичка, морална и од филозофска природа), врз кои се засновани постоењето и траењето на секоја државно-правно организирана заедница, честопати во правната теорија се употребува изразот „уставни начела“.

Овие начела како дел од јавниот поредок претставуваат општо ограничување на начелото на автономија на волјата на договорните страни. Тие начела се однесуваат на: основните

<sup>44</sup> Perović, Slobodan: Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima, стр. 165.

<sup>45</sup> Галев, Гале: Слободата на договарањето и нејзините општи граници, стр. 122.

<sup>46</sup> Rodin, Mirella: Protivnost moralu (contra bonos mores) kao razlog nevaljanosti ugovora, Zbornik Pravnog Fakulteta, Sveučilišta u Rijeci, Vol. 34, br. 2, 2013, достапна во <http://hrcak.srce.hr/file/176488> [посетен на 15.09.2016 год.], стр. 1125.

слободи и права на човекот и граѓанинот; општествено-економско уредување; на општествено-политичкиот и правниот систем и др. Овие одредби се од императивна природа, така што не може да бидат предмет на автономијата на волјата на договорните страни. Во случај на повреда на овие начела следува ништожноста на договорот што може да се види и од чл. 95, ст. 1 од ЗОО: „Договорот кој не е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи е ништовен, ако целта на повреденото правило не упатува на некоја друга санкција или ако со законот во определениот случај не е предвидено нешто друго.“

### **6.1.2. Законите како дел од јавниот поредок на Република Македонија**

Според Perović, кога склучуваат договор, без оглед на начелото на диспозитивност, договорните страни со својот меѓусебен однос не треба да ги повредуваат границите на општиот интерес или императивните прописи кои го изразуваат тој интерес. Сигурно средство за идентификување на таквото законодавство може да биде природата на санкцијата предвидена за неговата повреда. Кога е повреден императивниот пропис, субјектите на правото трпат правни последици, односно санкции кои се јавуваат во повеќе форми: казнена санкција, прекршочна или имотна санкција<sup>47</sup> која опфаќа, меѓу друго, и целосна или делумна ништовност на договорот. Ако законодавецот изречно ја предвидува таа санкција, или тоа очигледно може да се заклучи од текстот на законот, и таа забрана е суштествена и произлегува од фактот дека јавниот интерес е заштитен, може да кажеме дека станува збор за императивен пропис и дека спаѓа во областа на нормите од јавниот поредок и интерес.<sup>48</sup>

Во чл. 10 од ЗОО-78 како дел на социјалистичкиот јавен поредок се појавуваат „императивните прописи“, додека во чл. 3 од ЗОО наместо тоа се употребува изразот „законите“. Согласно со ст. 1 од чл. 95 од ЗОО: „Договорот кој не е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи е ништовен, ...“. Со изразот „законите“ не треба да се подразбираат само законите од областа

<sup>47</sup> Живковска, Родна и Пржеска, Тина: Правни норми, промет, имот, објекти на граѓанско правните односи и правни акти: избрани теми од општиот дел на граѓанското право, Кочани: Европа 92, 2017, стр. 16.

<sup>48</sup> Perović, Slobodan: *Autonomy of will in civil law*, стр. 282.

на приватното право, туку и законите од кривичното, финансовото, административното, прекршочното право и друга област на правото.

Почнувајќи од фактот дека законите на јавниот поредок се од императивна природа, се поставува прашањето дали одредбите на ЗОО спаѓаат во рамките на правниот поредок. Според чл. 14, кој го прокламира диспозитивниот карактер на одредбите на законот, „учесниците можат својот облигационен однос да го уредат поинаку отколку што е определено со овој закон, ако од одделна одредба на овој закон или друг закон или од нејзината смисла не произлегува нешто друго.“ Диспозитивните норми на субјектите на правото им даваат слобода да ги остваруваат правата и да ги уредуваат граѓанско-правните односи по своја волја, односно содржат правила за поведење кои не се задолжителни. Овластувачките норми по своето правно дејство се диспозитивни.<sup>49</sup>

Според Галев, „диспозитивноста на законот не е поставена начелно само поради остварување и заштита на личните интереси на договорните страни, туку и за остварување и заштита на општествено-економски интереси, кои правно уредени се јавуваат и како договорни односи, преку кои се остварува непречениот промет на стоки и давање услуги, без која тешко е да се замисли репродукцијата на економските добра кои се нужен предуслов за опстојување на единката и општествената заедница.“<sup>50</sup> Според ова, погрешно би бил заклучокот дека со диспозитивните правни норми се штити само поединечниот правен интерес. Според истиот автор, „ако законодавецот оценува дека посаканиот резултат не може да се постигне со диспозитивните норми, тој ќе ги менува со императивни норми, кои не ѝ овозможуваат простор на автономијата на волјата на договорните страни, туку ја исклучуваат или ограничуваат, така што се јавуваат како граница на автономијата на волјата на договорните страни.“<sup>51</sup>

Ако со диспозитивните норми се штити и општествениот интерес тие треба да влегуваат во правната регулатива која ја чини

<sup>49</sup> Живковска, Родна и Пржеска, Тина: *op. cit.*, стр. 17.

<sup>50</sup> Галев, Гале: Слободата на договарањето како еден од основните принципи на договорното право воопшто и посебно на договорното право на социјалистичка Југославија (докторска дисертација), стр. 252-253.

<sup>51</sup> *Ibid*, стр. 254.



целината на јавниот поредок.<sup>52</sup> Но сепак според Галев, „ваквата определба би била неприфатлива, бидејќи е премногу екстензивна и споредбено неодредена“, и исто така „би ја довела во прашање и оправданоста од постоење на двојната поделба на правните норми на диспозитивни и императивни.“<sup>53</sup>

Според Галев општиот интерес не е единствениот критериум за оцена на тоа дали одредено правило на поведение спаѓа во јавниот поредок или не, туку во сферата на јавниот поредок ги вклучува „само оние норми кои на поизразит, недвосмислен и енергичен начин го штитат општиот интерес, што обично не остава никаков простор да се отстапи од нивната примена“, и отстапувањето од овие норми би било проследено „со најстрогата имотна санкција: ништовност на дел или на целиот облигационен договор.“ Ваквата определба би била попрактично применлива и пореална и во согласност со потребите на прометот.<sup>54</sup>

Одредбите на ЗОО не се сите со диспозитивен карактер, тука постојат и одредби со императивна природа кои како такви не можат да бидат предмет на договарање и страните се обврзани да ги почитуваат. Императивноста на одредбата може да се извлекува и преку идентификување одредени изрази во текстот на правилото, кои преку граматички и други видови толкувања укажуваат на тоа дека со нив се искажува одреден императив<sup>55</sup>, како што се изразите „забрането е“, „мора“, „не може“, „нема правно дејство“ и др. И тие можат да предвидуваат преземање одредено дејствие или одредено воздржување. На пр. во чл. 353 се предвидува забрана на промената на рокот на застареноста: „1) Со правна работа не може да се определи подолг или пократок рок за застареност од оној рок што е определен со закон; 2) Со правна работа не може да се определи дека застареноста нема да тече за некое време“, или во чл. 6 каде се предвидува забрана на злоупотреба на право: „Забрането е вршењето на право од облигационите односи спротивно на целта заради која е тоа со закон установено или признаено“, или чл. 443 кој предвидува форма на продажбата на недвижности: „1) Договорот за продажба на недвижни предмети мора да биде склучен во писмена форма.“

---

<sup>52</sup> Ibid, стр. 256.

<sup>53</sup> Ibid, стр. 257.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Ibid, стр. 259.

Според Перовиќ, автономијата на волјата и императивните прописи се два вида од истата општествена потреба – возвишување на индивидуалната волја и обезбедување неопходна заштита на општите вредности врз кои е засновано постоењето и траењето на правниот поредок.<sup>56</sup>

### **6.1.3. Добрите обичаи како дел на јавниот поредок на Република Македонија**

Според едно гледиште јавниот поредок не се состои само од правно-позитивните одредби, туку и од други одредби на однесување: моралните одредби, односно добрите обичаи. Поради тоа се смета дека е непотребен изразот „јавен поредок и добри обичаи“. Ако се употребуваат двата изрази, тогаш тоа има за цел да го истакне правилото дека договорот не произведува правни дејства доколку е во спротивност со одредени морални норми на јавниот поредок, така што јавниот поредок грубо не е одвоен од моралниот поредок.<sup>57</sup> Доколку една морална одредба лишува еден договор од правните последици, тогаш таа повреда не е проследена само со јавно осудување и грижа на совест, туку и со правна санкција која се изразува преку ништовност на договорот.<sup>58</sup> Според едно друго гледиште овие два поима треба да се одвојат, бидејќи под јавен поредок се подразбираат само правните норми, додека под добрите обичаи се подразбираат одредените општествени норми (морални), кои правно не се санкционирани, туку се примени од општата свест на една општествена средина.<sup>59</sup>

Моралните норми ги санкционира „свеста на народот“, но кога се наоѓаат во областа на јавниот поредок, тогаш ја стекнуваат моќта на правната норма во таа смисла што договорот е ништовен ако е во спротивност со таа норма. Што е добро и што лошо за општествената заедница објективно е одредено, независно од човековата волја. Степенот на општествениот развој, и пред сè материјалните услови – начинот на производство, го одредуваат значењето на објективното добро.<sup>60</sup>

<sup>56</sup> Perović, Slobodan: *Autonomy of will in civil law*, стр. 289.

<sup>57</sup> Perović, Slobodan: *Sloboda volje i ugovorno pravo*, стр. 714.

<sup>58</sup> Ibid, стр. 715.

<sup>59</sup> Perović, Slobodan: *Sloboda uređivanja obaveznih odnosa i javni poredak*, стр. 415.

<sup>60</sup> *Pravna enciklopedija*, Glavni Redaktor: Blagojević, Borislav T.: Beograd: Savremena administracija, 1979, стр. 716.

Прецизирање на поимот „добри обичаи“ во областа на договорното право направил Pothier, давајќи примери на забранети договори. Според него договорот е забранет ако целта на договорот е во спротивност со правичноста, совесноста и со добрите обичаи.<sup>61</sup> Моралните норми од временски аспект му претходат на правото, тие првично се конституираат како морални норми, додека подоцна, во зависност од значењето за општествениот поредок, се вклучуваат и во правото. Не може да го апсолутизираме влијанието на моралот во правото и да заклучиме дека правото секогаш се надградува врз моралот. Но може да се согласиме со ставот дека правото од своето раѓање има поставено „... во себе дел од моралот ...“<sup>62</sup>, и на тој морал кој во одредено општество е доминантен.<sup>63</sup>

Социологијата и правната наука посветиле посебно значење на поврзаноста помеѓу правото и моралот. Попознато е гледиштето на Јелинек, според кого правото претставува „минимум на моралот“.<sup>64</sup> Според него правото претставува еден „минимум на моралот“, во таа смисла што правото ги преобразува во правни норми тие морални норми кои се неопходни за постоењето на општеството. Но овој став не треба да се земе за точен, поради фактот што постојат повеќе правни норми кои се независни од моралот<sup>65</sup>, исто така во општеството не постои само еден морал, туку онолку колку што има општествени групи и класи, додека правото е само едно. Од друга страна, има повеќе правни норми кои се во спротивност со моралните норми. Правото евентуално може да опфаќа некои позначајни морални норми на „владајачката класа“.<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Perović, Slobodan: Sloboda volje i ugovorno pravo, стр. 679.

<sup>62</sup> Групче, Асен: Место и улога морала у имовинском право, Рдничком самоуправање (однос права и морала), Београд, 1982, стр. 47-65.

<sup>63</sup> Галев, Гале: Слобода на договарањето како еден од основните принципи на договорното право воопшто и посебно на договорното право на социјалистичка Југославија (докторска дисертација), стр. 263.

<sup>64</sup> Jellinek, Georg: Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Berlin: O. Häring, ed. II, 1908: цитирано во Perović, Slobodan: Obligaciono pravo (Knjiga prva), Beograd: Službeni list SFRJ, 5 izd., 1981, стр. 33.

<sup>65</sup> Како пример ќе ги земеме техничките норми - тие за организација на одредени државни органи.

<sup>66</sup> Pravna enciklopedija, Glavni Redaktor: Blagojević, Borislav T.: Beograd: Savremena administracija, 1979, стр. 717.

Добрите обичаи не се друго освен морални правила на однесување. Изразот „добри обичаи“ е друг назив за моралот. Тие не се различни по својата природа.<sup>67</sup> Договорите во спротивност со добрите обичаи се договори спротивни на моралот, кои не се одредуваат според некој замислен морален идеал, туку според фактичката состојба и општото мислење кое има креативна моќ, што придонесува за создавање на правото и за неговата модификација.<sup>68</sup>

Во ЗОО изречно не се одредува поимот добри обичаи, како и во сите други законодавства. Од Римското право, па до ден денес наидуваме на обиди за дефинирање на овој израз. Според Цицерман: „boni mores од античките времиња претставува чувство за должност и природна наклонетост кон боговите, родителите или кон блиските роднини, почитувањето кое го ужива во општеството и вроденото чувство за срам.“<sup>69</sup>

ЗОО ја врзува неважноста на договорот и со повредата на моралните начела: „Предметот на обврската е недозволен ако не е во согласност со Уставот, законите и добрите обичаи.“ Иста формулација со трите ограничувања се појавува и кај неважноста на основот на договорот и одложениот и раскинливиот услов.<sup>70</sup> Значи судовите во своето работење ги земаат предвид моралните норми.<sup>71</sup> Според Перовиќ, ова е резултат на сè поголемата морализација на облигационите односи.<sup>72</sup> Во добрите обичаи и јавниот поредок судиите вообичаено се повикуваат во случај на поништување на договорот поради нееквивалентноста на престациите, одрекувањето од правото да се побара поништување на товарниот договор поради прекумерното оштетување<sup>73</sup>, резервација на правото за продавачот да се одрекува од договорот и во тој случај

<sup>67</sup> Галев, Гале: Слобода на договарањето како еден од основните принципи на договорното право воопшто и посебно на договорното право на социјалистичка Југославија (докторска дисертација), стр. 265.

<sup>68</sup> Perović, Slobodan: *Zabranjeni ugovori u imovinskopравnim odnosima*, стр. 159.

<sup>69</sup> Rodin, Mirella: *op. cit.*, стр. 1123.

<sup>70</sup> Чл.: 41; 43, ст. 2 и 67, ст. 1, ЗОО.

<sup>71</sup> За да се применуваат во практиката треба задолжително да се оправдуваат, со што се избегнува арбитражноста на судијата во случај на проценување и конкретното применување на општите морални норми.

<sup>72</sup> Perović, Slobodan: *Moralizovanje ugovora*, *Pravni Život: časopis za pravnu teoriju i pravo*, Broj 3, Beograd, 1971, стр. 3.

<sup>73</sup> За првите два случаи подетално види: Perović, Slobodan: *Начело еквивалентности и двострани уговори*, *Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“*, Скопје, том 43, 2007, стр. 237-269.

да го задржи примениот капар или договорената цена, договореното осигурување по појавување на осигурениот случај и др.<sup>74</sup> Овој начин на уредување на добрите обичаи и јавниот поредок ја попречува евентуалната арбитражност на судот во поглед на нивно конкретно оценување и применување. Изразени преку овие правила и начела стекнуваат конкретен правен изглед.<sup>75</sup>

Создава загриженост присуството на вонправните критериуми во донесувањето на судските одлуки, што може да влијае врз арбитражноста на судот и врз зголемување на правната несигурност. Но, според Перовиќ, „применувањето на законот на стриктен начин може да ги трансформира судиите во автоматизам кој може да доведе до неправедни решенија и понекогаш и до апсурдни.“<sup>76</sup> Формално-правното применување на правото го повредува чувството на правичност, додека ексклузивното применување на правичноста ја повредува правната сигурност.<sup>77</sup>

Треба да постојат критериуми за примена на добрите обичаи во практиката и за минимизирање на апстрактноста на поимот. Според Родин, прво треба да се наведе дека иако правото кај поимот „добри обичаи“ го штити моралот, сепак не ужива секое морално правило правна заштита, така што се поставува прашањето каде е границата по која моралот како неправна категорија стекнува правна сила за создавање на ништовност на договорот.<sup>78</sup>

Според Цимерман: „Ако договорот е во спротивност со чувството на пристојност на сите праведни и чесни луѓе, ако има очигледен печат на ексцентричност за да го скандализира разумниот човек, така што никако не може да се одржи.“ Значи треба да станува збор за случај на тешка повреда на моралните норми, која кај просечниот човек на одредено општество, за време на склучување на договорот создава чувство за неодржливост на тој договор. Во практиката судијата ќе биде тој кој според критериумите на просечниот човек ќе се води од своите морални

<sup>74</sup> Заклучоци постигнати во цитираното дело на Perović од проучување на некои решенија на Врховниот суд на Југославија, Србија, Хрватска, Словенија, во временскиот период 1953-1965. Види повеќе кај: Perović, Slobodan: *Obligaciono pravo* (Knjiga prva), стр. 34.

<sup>75</sup> Perović, Slobodan: *Zabranjeni ugovori u imovinskopravnim odnosima*, стр. 165.

<sup>76</sup> „Summum ius, summa iniuria.“ („Што повеќе право, толку повеќе неправда“ или „Екстремното право е неправда.“), (Cicero, *De off. I*, 10, 33).

<sup>77</sup> Perović, Slobodan: *Obligaciono pravo* (Knjiga prva), стр. 36.

<sup>78</sup> Rodin, Mirella: *op. cit.*, стр. 1124.

чувства<sup>79</sup>, како израз на општата општествена мисла за заштита, првенствено на индивидуалните интереси поради постигнување на праведност, што, сепак, не смее да биде во спротивност со општествениот интерес.<sup>80</sup>

Поимот добри обичаи има национален карактер, поради неможноста за дефинирање на овој поим во меѓународните извори на правото.<sup>81</sup>

### 6.1.3.1. Добрите обичаи и добрите деловни обичаи

Според чл. 15 од ЗОО: „Учесниците во облигационите односи се должни во правниот промет да постапуваат во согласност со добрите деловни обичаи. Врз облигационите односи се применуваат узансите ако учесниците во облигационите односи ја договориле нивната примена или ако од околностите произлегува дека ја сакале нивната примена.“ Добрите обичаи ги наоѓаме и во чл. 96, ст. 2, ЗОО, што се однесува на реституцијата при ништовност на договорот, додека во ст. 3 стои дека „при одлучувањето судот ќе води сметка за совесноста на едната, односно на двете страни, за значењето на општествените интереси што се загрозуваат, како и за моралот.“ Но со измените и дополнувањата на ЗОО од 2008 год., ст. 2 од чл. 96 се менува, додека ст. 3 се брише.

Со Законот за изменување и дополнување на ЗОО од 2008 год., насловот на чл. 15 и чл. 15 се менуваат и гласат: „Примена на обичаите и практиката“: „1) Во облигационите односи се применуваат обичаите кога нивната примена е договорена или со закон предвидена; 2) Во облигационите односи помеѓу трговците се применуваат трговските обичаи кои овие ги договориле и трговската практика која ја воспоставиле дури и кога се во спротивност со диспозитивните норми; 3) Во облигационите односи се применуваат и узансите (општи и посебни), кога нивната примена е договорена или таа неспорно произлегува од околностите на случајот.“

Одредбата од чл. 15 од ЗОО се менува, бидејќи служи само како упатување и дека нема пропишано правно дејство. Исто така учесниците во прометот и така треба да постапуваат во согласност со добрите обичаи. Со ова 3 ја укинува разликата помеѓу обичаите и добрите деловни обичаи.

<sup>79</sup> Ibid.

<sup>80</sup> Ibid, стр. 1134.

<sup>81</sup> Rodin, Mirella: op. cit., стр. 1134.

Иако со закон не се употребува изразот добри деловни обичаи, сепак, судот има можност обичаите во одредена ситуација да го процени според критериумот што претставува обичај во деловниот промет.<sup>82</sup> Во тој случај судот нема да се базира само врз основа на сопствените морални чувства, туку и врз предлозите и доказите на договорните страни, а врз наодите и мислењето на вештакот како стручно лице, или преку консултација на правната литература или судската практика.<sup>83</sup>

Чл. 95, ст. 1 од ЗОО предвидува ограничување во однос на употребата на клаузулата за добрите обичаи, „ако целта на повреденото правило не упатува на некоја друга санкција или ако со законот во определениот случај не е предвидено нешто друго“. Ако се предвидува друга санкција или нешто друго, не може да се примени правилото за добрите обичаи за да се утврди ништожноста на договорот.

#### **6.1.3.2. Добрите обичаи и начелото на совесност и чесност**

Според чл. 5 од ЗОО во засновањето на облигационите односи и во остварувањето на правата и обврските од тие односи, учесниците се должни да се придржуваат кон начелото на совесност и чесност. Начелото на совесност и чесност и начелото на добрите обичаи се исполнети со морална содржина. Законодавецот не ги дефинира поимите совесност и чесноста, што е задача на правната теорија. Совесноста се определува како: „чувство за морална одговорност за сопствените постапки“, субјективен елемент кој однатре е одреден, додека под поимот чесност се подразбира „морална правилност“, како објективен надворешен елемент кој се манифестира кон содоговарачот.<sup>84</sup>

Според Галев, начелото на совесност и чесност е со релативна природа и се однесува само на одреден случај, каде што се испитува моралноста на договорните страни во создавањето права и обврски, додека добрите обичаи претставуваат објективен критериум според кој содржината на договорот и другите околности, вклучувајќи ги и побудите на страните не смеат да

---

<sup>82</sup> Rodin, Mirella: *op. cit.*, стр. 1127.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*, стр. 1128.

бидат во спротивност со утврдените стандарди на владејачкиот општествен морал.<sup>85</sup>

Според Галев, „совесноста и чесноста можат да се преклопуваат со добрите обичаи, а се смета дека само тешките повреди на начелото на совесност и чесност претставуваат истовремено и повреда на добрите обичаи.“<sup>86</sup>

Според чл. 131, ст. 1 од ЗОО, ништовни се одредбите на општите услови што и се спротивни на самата цел на склучениот договор или на добрите обичаи, дури и ако општите услови што ги содржат се одобрени од надлежниот орган. Во правото на Европската Унија на начелото на совесност и чесност му се посвестува значајна улога, така што се условуваа измени во ЗОО. Со измените и дополнувањата на ЗОО од 2008 год. чл. 131 се менува и гласи: „Ништовни се одредбите на општите услови на договорот кои, спротивно на начелото на совесност и чесност, овозможуваат очигледен несразмер во заемните давања на страните и како такви создаваат можност од настанување на штета на содоговарачот на составувачот или го загрозуваат постигнувањето на целите на склучениот договор, дури и кога општите услови кои ги содржат се одобрени од надлежниот орган“. Измената е резултат на спроведување на Директивата за нечесни договорни одредби во потрошувачките договори<sup>87</sup>.

### Conclusion

Despite the numerous limitations and fading of the role of the principle of autonomy of will in the shaping of contract law, it remains imperative, beginning primarily from the tradition and the definition of the contract in general, and will always be present in the positive law of the Republic of Macedonia as a necessity set at the level of a principle, but not with absolute but with relative character.

The formal legal setting of the general boundaries in macedonian law is comprehensive and does not leave gaps for discussions, since the Law of obligations in Article 3 as general limits of freedom of contract

<sup>85</sup> Galev, Gale: Načelo savjesnosti i poštenja, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 3, 2003, стр. 227.

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34, достапен на: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj> [посетен на 20.09.2016 год.].



provides: the Constitution, laws, and good customs, as constituent part of public order of the Republic of Macedonia.

#### ЛИТЕРАТУРА:

1. Alishani, Alajdin: E drejta e detyrimeve (Pjesa e përgjithshme), Prishtinë: Enti i Teksteve dhe i Mjeteve Mësimore i KSA të Kosovës, 1985.

2. Blagojević, Borislav: Načela Zakona o obligacionim odnosima i zadaci suda u parničnom postupku, Pravni Život, br. 3, 1983.

3. Dragoljub, Vukićević: Načelo slobode uređivanja obligacionih odnosa, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, God. 23, 1983, достапен на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z23/05z23.pdf> [посетен на 20.09.2016 год.].

4. Fauvarque-Cosson, Bénédicte и Mazeaud, Denis: European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Munich: Sellier European Law Publishers, 2008, достапен на: [http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/CFR\\_I-XXXIV\\_1-614.pdf](http://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/CFR_I-XXXIV_1-614.pdf) [посетен на 03.05.2016 год.].

5. Galev, Gale: Načelo savjesnosti i poštenja, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 3, 2003.

6. Loza, Bogdan: Obligaciono pravo (opšti dio), Sarajevo: Dom štampe, 1981.

7. Perović, Slobodan: Autonomija volje i prinudni propisi, Pravni Život: časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 5-6/2007, Godina 56, Knjiga 507, Beograd, 2007.

8. Perović, Slobodan: Granice ugovorne slobode, Pravni Život: časopis za pravnu teoriju i praksu, broj 3-4/2002, Godina LI, Knjiga 466, Beograd, 2002.

9. Perović, Slobodan: Moć i nemoć ugovora, Besede sa Kopaonika (1990-2007), Deseto dopunjeno izdanje, Beograd, 2008.

10. Perović, Slobodan: Moralizovanje ugovora, Pravni Život: časopis za pravnu teoriju i pravo, Broj 3, Beograd, 1971.

11. Perović, Slobodan: Obligaciono pravo (Knjiga prva), Beograd: Službeni list SFRJ, 5 izd., 1981, стр. 33.

12. Perović, Slobodan: Sloboda uređivanja obaveznih odnosa i javni poredak, Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu, 56, Posebni broj, Zagreb, 2006.

13. Perović, Slobodan: Sloboda volje i ugovorno pravo, *Pravni Život: časopis za pravnu teoriju i praksu*, broj 11, Godina LVI, Knjiga 511, Beograd, 2007.

14. Perović, Slobodan: *Zabranjeni ugovori u imovinskopравним odnosima*, Beograd: Beogradski Izdavačko-Grafički Zavod, 1975.

15. Perović, Slobodan: *Autonomy of will in civil law*, *Civil Law Forum for South Est Europe, Collection of studies and analyses*, Skopje, 2014.

16. Perović, Slobodan: *Начело еквивалентности и двострани уговори*, *Годишник на Правниот факултет „Јустинијан Први“*, Скопје, том 43, 2007.

17. *Pravna enciklopedija*, Glavni Redaktor: Blagojević, Borislav T.: Beograd: Savremena administracija, 1979.

18. Rodin, Mirella: *Protivnost moralu (contra bonos mores) kao razlog nevaljanosti ugovora*, *Zbornik Pravnog Fakulteta, Sveučilišta u Rijeci*, Vol. 34, br. 2, 2013, достапна во <http://hrcak.srce.hr/file/176488> [посетен на 15.09.2016 год.].

19. Галев, Гале и Дабовиќ-Анастасовска, Јадранка: *Облигационо право*, Скопје: Академски печат, 2008.

20. Галев, Гале: *Слободата на договарањето и нејзините општи граници*, *Развитокот на политичкиот систем на Република Македонија (Зборник на трудови)*, Скопје, 2000.

21. Галев, Гале: *Слободата на договарањето како еден од основните принципи на договорното право воопшто и посебно на договорното право на социјалистичка Југославија (докторска дисертација)*, Скопје, 1988.

22. Групче, Асен: *Место и улога морала у имовинском право*, *Рдничком самоуправњање (однос права и морала)*, Београд, 1982.

23. Живковска, Родна и Пржеска, Тина: *Правни норми, промет, имот, објекти на граѓанско правните односи и правни акти: избрани теми од општиот дел на граѓанското право*, *Кочани: Европа* 92, 2017.

24. Konstantinović, Mihajlo: *Obligacije i ugovori*, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Beograd, 1969.

**ПРАВНИ ИЗВОРИ:**

25. **Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts**, OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34, достапен на: <http://data.europa.eu/eli/dir/1993/13/oj>.

26. Nacrt zakona o obligacijama i ugovorima, Savezna skupština, Beograd, 1973.

27. Zakon o obligacionim odnosima, „Službeni List SFRJ“, (br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89).

28. Закон за облигационите односи, „Службен весник на Република Македонија“, бр. (18/2001, 92/08, 139/09 и 35/10).

29. Устав на Устав на Република Македонија, „Службен весник на РМ“, бр. (52/91, 1/92, 31/98, 91/2001, 84/2003, 107/2005, 3/2009).

30. Француски Граѓански Законик (Civil Code, Translated by Georges Rouhette), достапен на: <http://www.legifrance.gouv.fr/>.