UDK 34(058) ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

БРОЈ 70 | ГОДИНА LIV | 2015

COLLECTION OF PAPERS FACULTY OF LAW, NIŠ

N° 70 | YEAR LIV | 2015

НИШ, 2015.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2015.

Издавач
Правни факултет у Нишу
За издавача
Проф. др Мирослав Лазић, декан
Главни и одговорни уредник
Проф. др Ирена Пејић
Уредници броја
Проф. др Мирослав Лазић
Проф. др Милена Јовановић Zattila

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Чорбић
Проф. др Мирко Живковић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Саша Кнежевић
Проф. др Срђан Голубовић
Проф. др Горан Обрадовић

Чланови Редакционог одбора из иностранства
Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија
Проф. др Иванова Светлана Анатольевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија
Груцина Людмила Юрьевна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Проф. др Анатолий Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД
Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине
Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор Академије адвокатуре и нотаријата Руске федерације

Секретар Редакционог одбора: доц. др Душица Миладиновић-Стефановић
Преводи: Гордана Игњатовић (енглески)
Лектура: Александра Гојковић
Технички уредник: Ненад Милошевић
Штампа: Пунта, Ниш

Од 1. марта 2014. године Зборник радова Правног факултета у Нишу под називом *Collection of papers, Faculty of Law, Nis* је у пуном тексту доступан у EBSCO бази Legal Source.

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,
zbornik@prafak.ni.ac.rs, www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2015

Publisher:
Faculty of Law, University of Niš
For the Publisher:
Prof. dr Miroslav Lazić, Dean
Editor-in-Chief:
Prof. dr Irena Pejić
Issue Editorial
Prof. dr Miroslav Lazić
Prof. dr Milena Jovanović -Zattila

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Editorial Board Members (Faculty of Law):
Prof. dr Dragan Čorbić
Prof. dr Mirko Živković
Prof. dr Nevena Petrušić
Prof. dr Saša Knežević
Prof. dr Srđan Golubović
Prof. dr Goran Obradović

Editorial Board Members (international):
Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria
Prof. dr Иванова Светлана Анатольевна, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia
Prof. dr Груцина Людмила Юрьевна, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Анатолий Капустин, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA
Селивон Николай Федосович, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine
Prof. dr Шагиева Розалина Васильевна, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board:
Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.
Translation: Gordana Ignjatović (English)
Proofreading: Aleksandra Gojković
Desktop publishing: Nenad Milošević
Print: Punta, Niš

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia
Telephone: +381 18 500 201,
E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Website: http://www.prafak.ni.ac.rs
http://www.ebscohost.com/public/legal-source

САДРЖАЈ

Уводна реч 17

I ЧЛАНЦИ

Michael GEISTLINGER,
The EU-Neighbourhood Policy and the Case of Transnistria 21

Rodoljub ETINSKI,
Concept of Indirect Discrimination under Article 14
of the European Convention on Human Rights 41

Весна КНЕЖЕВИЋ ПРЕДИЋ,
Заштита жртава оружаних сукоба: 150 година
Женевске конвенције за побољшање судбине
рањеника на бојном пољу 59

Зоран РАДИВОЈЕВИЋ,
Судска заштита службеника у Европској унији 81

Дарко СИМОВИЋ,
Родна равноправност у светлости
остваривања слободе вероисповести 101

Небојша РАИЧЕВИЋ,
Заштита деце у међународном хуманитарном праву 119

Маја НАСТИЋ,
Изборно право особа са инвалидитетом 137

Славиша КОВАЧЕВИЋ,
Друштвени оквир „права слабијег" 157

Тодор КАЛАМАТИЕВ,
Александар РИСТОВСКИ,
Субординација у радном праву и савремени изазови
разграничења уговора о раду и уговора о делу 171

Милан ПЕТРОВИЋ,
Прилог учењу о основним појмовима
тријалистичке теорије права и државе 195

Предраг ДИМИТРИЈЕВИЋ,
Дејан ВУЧЕТИЋ,
Остваривање права на службену употребу језика и писама
приликом управног поступања у Републици Србији 229

Срђан ГОЛУБОВИЋ,
Улога народне банке србије у очувању и
јачању финансијске стабилности 253

Горан ОБРАДОВИЋ,
Заштитна функција законодавства о раду 269

Марина ДИМИТРИЈЕВИЋ,
Правичност и актуелно моделирање
пореских система у свету 277

Вања ВАЛКАДИНОВА,
Административные аспекты защиты от дискриминации
людей с ограниченными возможностями в соответствии
с болгарским законодательством 293

Марко ДИМИТРИЈЕВИЋ,
Управљање јавним зајмом: правно-економске
последице по положај државе као дужника 311

Штефан ПИРНЕР,
Заштита окривљених и оптужених у кривичном поступку
у светлу специфичних услова правне трансформације ... 329

Миодраг Н. СИМОВИЋ,
Марина М. СИМОВИЋ,
Владимир М. СИМОВИЋ,
Поступак за издавање казненог налога у
кривичном процесном законодавству и
пракси у Босни и Херцеговини 353

Војислав ЂУРЂИЋ,
Законске гаранције права на правично
суђење у кривичном поступку Србије 373

Драган ЈОВАШЕВИЋ,
Одговорност и кажњивост за злочин геноцида 391

Миомира КОСТИЋ,
Филип МИРИЋ,
Двоструки одраз неписмености – виктимогена
предиспозиција и/или криминогени фактор 409

Дарко ДИМОВСКИ,
Ресторативна правда у функцији
заштите од насиља у породици 423

Душица МИЛАДИНОВИЋ СТЕФАНОВИЋ,
Заштита мањинских група од говора мржње -
Преиспитивање капацитета кривичног
законодавства Србије - 439

Nadezhda KRUSTEVA,
Deviant child behavior: A child as a victim or an offender 459

Иван ИЛИЋ,
Примена принципа In dubio pro reo
у кривичном поступку 467

Dragan BOLANČA,
Pravni položaj člana posade broda 483

Dušan NIKOLIĆ,
Legal protection of the weaker side
in Private law of the Republic of Serbia 499

Rodna ŽIVKOVSKA,
Tina PRŽESKA,
Dragi RAŠKOVSKI,
The legal status of the owner of the expropriated
property in the Republic of Macedonia 517

Зоран ПОЊАВИЋ,
Породична права деде и бабе према унуцима 535

Мирослав ЛАЗИЋ,
Заштита хипотекарног дужника
од неправичних клаузула 555

Драгор ХИБЕР,
Милош ЖИВКОВИЋ,
Заштита корисника кредита од
једностране измене висине уговорене камате 573

Ђорђе Л. НИКОЛИЋ,
Михајло ЦВЕТКОВИЋ,
Појам предуговора у преднацрту
грађанског законика Републике Србије 587

Марија ИГЊАТОВИЋ,
Осврт на правни положај детета у римском праву 605

Nataša HADŽIMANOVIĆ,
Zwang versus Freiheit: Vertrauliche und
anonyme Geburt auf dem Prüfstein 615

Раденко ЈОТАНОВИЋ,
Право грађења 637

Tina PRŽESKA,
The legal status of the mortgage
creditor and the mortgage debtor 657

Ивана СИМОНОВИЋ,
Приватна аутономија и забрана
дискриминације у грађанскоправним односима 677

Милица ВУЧКОВИЋ,
Месна уобичајеност коришћења непокретности
и теорија преокупације у систему имисионе
грађанскоправне заштите 703

Silvija PETRIĆ,
Temeljna obilježja prava zaštite potrošača Republike
Hrvatske u svjetlu novog Zakona o zaštiti potrošača 719

Александар ЂИРИЋ,
Предраг ЦВЕТКОВИЋ,
Начело специјалног и диференцијалног третмана у
праву Светске трговинске организације 737

Милена ЈОВАНОВИЋ ZATTILA
Право потрошача на повлачење из уговора 755

Zlatan MEŠKIĆ,
Novine u procesnopravnoj zaštiti potrošača u
prekograničnim sporovima u Evropskoj uniji 767

Mustafa YASAN,
Consumers protection against general terms in
banking contracts as unfair competition practices
according to turkish law 785

Anita PETROVIĆ,
Novo pravno uređenje financijskih usluga u BiH –
koliko su korisnici stvarno zaštićeni? 801

Georgios PANOPOULOS,
The influence of the e-commerce directive on conflict-of
laws and jurisdiction rules regarding the protection
of tort victims and consumers 823

Alehandra E. DOUGA,
Consumer protection in greece,
especially in insurance contracts 841

Dejan BODUL,
Ivan RUBINIĆ,
Draft of the croatian consumer bankruptcy act: Legal
Protection Instrument for Over-indebted Consumers
or Prolongation of the Status Quo? 863

Гордана СТАНКОВИЋ,
Правна заштита тзв. правно невидљивих лица 885

Невена ПЕТРУШИЋ,
Поступак за лишење пословне способности у праву
Србије у контексту међународних стандарда о
правима особа са инвалидитетом 903

Александар МОЈАШЕВИЋ,
Парница насупрот непосредном преговарању:
економска анализа 921

Gunnar FRANCK,
Injured parties and personal liability insurance:
Legal protection in European Private International Law 941

Vassiliki KOUMPLI,
Some considerations on the position of
vulnerable parties in mediation 961

Анђелија ТАСИЋ,
Заштита од позивања на одговорност у
антидискриминационом праву – национални
и европски стандарди 979

Упутство за ауторе 991

Др Тодор Каламатиев,*
Редовни професор Правног факултета „Јустинијан I"
Универзитета „Св. Кирил и Методиј", Скопље
Мр Александар Ристовски,*
Асистент Правног факултета „Јустинијан I"
Универзитета „Св. Кирил и Методиј", Скопље

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК
UDK: 349.22:331.106
Рад примљен: 30.06.2015.
Рад прихваћен: 03.12.2015.

СУБОРДИНАЦИЈА У РАДНОМ ПРАВУ И САВРЕМЕНИ ИЗАЗОВИ РАЗГРАНИЧЕЊА УГОВОРА О РАДУ И УГОВОРА О ДЕЛУ

***Апстракт**: Субординација, схваћена као „подређеност и надређеност" између уговорних страна представља кључни правни инструмент разграничавања општих појмова радног права (радни однос/уговор о раду/радник) од њихових пандама у општем уговорном праву. Отуда, овај рад проучава структуру и садржину субординације као diferentia specifica уговора о раду у поређењу са уговором о делу. У уводним напоменама, аутори илуструју глобалне друштвено-економске услове, који утичу на видне измене уговорних односа поводом и у вези са радом и минимализацију разлика између уговора о раду и уговора о делу. Други део намењен је анализи субординаце (као битном елементу радних односа и уговора о раду). Аутори стављају посебан акцент на правну садржину субординације и њена главна обележја (управљачка, нормативна и дисциплинска власт). Они објашњавају и концепт „економске зависности" и то кроз призму релацијских уговора и нових хијерархијских структура тржишта. Тећи део је фокусиран на опредељивање појма „субординације" и приказивање њених својстава, кроз призму македонског радноправног система. Централно место у овом делу посвећује се различитим обележјима и карактеристикама који разграничавају уговор о раду и уговор о делу.*

***Кључне речи**: субординација, радни односи, уговор о раду, уговор о делу, хијерархијска структура, економска зависност.*

* tonikalamatijev@yahoo.com
* alek272@yahoo.com

1. Увод

Радноправни систем развијених земаља, у најдужем периоду XX века (а посебно након Другог светског рата) истиче параметре тзв. *археотипног* модела стандардног рада. Модел претпоставља: закључивање уговора о раду на неодређено време, бипартитни радни однос са пуним радним временом у стандардним интервалима и рад у просторијама послодавца (McCann.D, 2008: 4–5). Надаље, археотипни модел стандардног рада карактерише се тим да: стандардни радници извршавају прецизно утврђене радне задатке у оквирима великих производних јединица које се налазе у субординираном положају у односу на њихове послодавце (Bronstein, A, 2009: 9). У периоду доминације археотипног модела радних односа, индивидуални и колективни радни односи у европским земљама карактеришу стабилни социјални протекционизам. Индивидуални радни односи у највећем делу заснивају се на закључивању уговора о раду на неодређено време и са пуним радним временом, док колективни радни односи (индустријски односи) карактеришу се релативно високом синдикалном густином која се креће од 40 до 50% од укупног броја запослених (Lesch, H., 2004: 13). *Златни период капитализма* завршава са првом нафтном кризом 1974. године, која је *inter alija* означила и крај јефтине енергетске ере. Она је иницирала и промене у курсу ортодоксне економске идеологије, која је изазвала отворену дебату усмерену ка моделирању законских прописа у развијеним земљама, укључујући и радно законодавство.

Ново економско окружење било је разлог за значајније промене у регулацији (односно дерегулацији) институција тржишта рада и нормирања радних односа, као рефлексија: глобализације, промене у структури економских делатности (повећање заступљености услужних делатности), технолошких промена, промена у организацији производње и флексибилности и дерегулацији тржишта. Сви наведени фактори имали су и још увек имају јак утицај на процес редефинисања неприкосновене унитарности уговора о раду, као јединственог правног основа за заснивање радног односа, који почива на основном елементу – субординацији.

Глобализацијом државне границе и географска удаљеност губе кључну улогу у организацији производње, као и на понуду и тражњу добара и услуга. Глобализација је директно повезана са међународном конкуренцијом. У том смислу, један од основних економско-социјалних параметара међународне конкуренције представља и јаз у приходима између развијених земаља и земаља у развоју. Међународна конкуренција врши директно суочавање глобалног тржишта између земаља у развоју у којима радници

имају релативно ниже приходе и развијених земаља у којима постоје виши приходи радника.

Други релативни разлог односи се на нове изазове који се постављају пред радно право и археотипни радни однос који *inter alia* почива на концепту *субординације*, представљају *повећано учешће услужних делатности* у националним приходима развијених земаља или тзв. терцијализација. Традиционално, националне економије се састоје из три главна сектора: *пољопривреда, индустрија и услуге*.[1] У фази *индустријализације* (тј. супституције земљорадње као доминантне економске делатности, индустријом), потражња за храном као примарним добром која је достигла потенцијални лимит супротставила се увећању потражње за индустријским добрима. Истовремено, увођење нових механизама и техника за производњу хране имплицирају повећање продуктивности рада у сектору земљорадње у поређењу са сектором индустрије. Оваква ситуација захтева сразмерну дисторзију тржишта рада, умањујући потребу земљорадника на рачун радника у сфери индустрије. У следећој фази *постиндустријализације* (тј. фази у којој започиње доминација услужног сектора), увећани приходи радника утичу на супституцију њихових материјалних потреба (храна, одећа, средства за егзистенцију), који су карактеристични за претходне фазе, потражњом за нематеријалне услуге (здравство, образовање, разонода и рекреација и сл.).

Структура запошљавања у развијеним земљама које су успешно прешле из фазе индустријализације у фазу постиндустријализације или деиндустријализације, обухвата доминантне категорије радника у сфери услужног сектора. То потврђују и статистички показатељи који указују да приближно 70% од укупног броја запослених у Европској унији ради у услужном сектору, на рачун аграра и производње (примарни и секундарни сектор) (Bagić, D., 2010: 44)[2]. Напуштање примата примарног и секундарног сектора, као економског сектора који апсорбује највећи број радника и преусмеравање радника ка терцијалном сектору, утиче

1 Према радним документима OECD, под *пољопривредом* се подразумевају активности: узгајање култура, сточарство, шумарство, лов и риболов; *индустрија* обухвата следеће делатности: производњу, рударство, грађевинарство, енергетику, водоснабдевање и гас; *сектор услуга* обухвата све остале економске делатности укључујући ту и: трговину, транспорт, комуникације, јавне услуге, финансијске и пословне услуге, личне, социјалне и друштвене услуге.

2 Ова анализа утврђује да шест земаља из реда најзначајнијих европских економија (Немачка, Велика Британија, Шведска, Француска, Шпанија и Италија) бележе умањење удела запослених у сектору индустрије у периоду од 1984. до 1994. године, и то од 6,4% у Италији до 12,6% у Великој Британији. Истовремено, ове земље бележе пораст удела запослених у услужном сектору у распону од 1,9% у Немачкој до 20,3% у Шпанији.

на замену физичког за људски капитал, односно замену механизација вештинама и способностима радника у услужном сектору. У оваквим условима зависни (субординирани) рад и стандардне форме рада (које су карактеристичне за запошљавање у индустрији), све чешће уступају своје место независном раду (самозапошљавању) и нестандардним формама рада као што су рад на одређено време, рад са непуним радним временом, повремени и привремени рад и сл.

Технолошке промене, у последње четири деценије, могу се посматрати кроз две димензије. Прва димензија конвергира кроз супституцију рада – интензивно са капиталним у интензивни метод производње (замена људског фактора савременим техникама производње и роботиком). Друга димензија односи се на увођење савремених информатичко-телекомуникацијских технологија у процес рада. Технолошке промене успостављају радикално нови приступ у организацији рада и извршавању пословно-производних процеса.

Промене у организацији пословно-производних активности представљају директну последицу технолошког прогреса који видно мења ситуацију на тржишту рада, а са тим и само правну природу радних односа. Промене у начину организације пословно-производних активности обухватају кратак еволутивни опус који започиње у јеку индустријализације (на крају IX и почетком XX века). Овај период карактерише процес *екстернизације*[3] који претпоставља пренос редовних пословних активности (функција и процеса) предузећа на екстерне вршиоце услуга, који се на основу (најчешће) дугорочних (облигационо-правних и трговинских) уговора обавезују да врше одређене услуге за предузећа која су их је ангажовала (Chamberland. D., 2003: 73). Заједничко обележје процеса екстернализације је одступање одређених сегмената са пословно-производних процеса предузећа на екстерно треће лице које управља сопственим ризиком и поред тога што често употребљава средства за производњу уступиоца. Екстернализација обухвата широк спектар активности и она ствара конкурентску предност у свакодневном пословном саобраћају.

3 У теорији и пракси фигурише више различитих термина који могу да се третирају као супститути. На пример термин „аутсорсинг" (енг. outsourcing) је карактеристичан за земље које су под утицајем аглосаксонског пословног права; термин „екстернализација" (фра. externalization) употребљава се у Француској; термин „терцијализација" (шпа. terciarización) је карактеристичан за Шпанију. У оквирима овог рада користимо паралелну употребу ових термина који имају идентично значење. Термин *екстернализација* има генерално значење и екстезивну примену и употребљавамо га као институт који обједињује све праксе и варијанте аутсорсинг на пословно-производних активности, као и „поддоговарање" (енг. subcontracting) и „одступање" (енг. leasing) радника.

Коначно, крајње последице структурних промена које су утицале на преиспитивање архитектонике радних односа инспирисали су институционализацију *флексибилности и дерегулацију тржишта рада*. Основни циљ флексибилности и дерегулације тржишта рада представља увећање конкурентности предузећа, која сама по себи утиче на увећање запослености, односно умањење стопе незапослености. Флексибилност радних односа представља поливалентну категорију која обухвата неколико различитих аспеката радног односа (Каламатиев, Ристовски, 2013: 78–79). Флексибилност радног односа је узрочно-последично повезана са дерегулацијом тржишта рада. Дерегулација тржишта рада се појављује у условима неприкосновене оправданости неолибералне доктрине у уређивању глобалне економске политике.

2. Субординација и њена садржина

Субординација се може дефинисати на различите начине и на основу различитих правних извора који су саставни део свеукупног радноправног система једне земље. Етимолошки појам *субординација* потиче од средњовековног латинског термина *subordinatio* (sub – под и ordinare – чинити, стављати под контролу).[4] У македонском језику појам субординације означава однос зависности нижег од вишег; потчињеност; подређеност у хијерархији једне средине.[5] Отуда, може се извести објашњење да субординација представља однос између два субјекта који су међусобно неједнаки и од којих један има мањи значај или овлашћење и у положају је зависности од другога који се јавља као надређени субјекат. У правној теорији, под појмом субординације уобичајено се подразумева фактичко извршавање радних активности радника под утицајем послодавца, који са своје стране има више различитих прерогатива у односу на радника (Rosioru. F, 2013: 1).

Садржина субординације у радном односу се испуњава кроз потчињавање радника у оквиру власти послодавца и она се најчешће састоји од управљачких, нормативних и дисциплинских овлашћења послодавца која могу да се третирају као *основна обележја правне субординације*. Поред њих, детерминатори правне субординације могу да буду и друга *споредна (супсидијарна) обележја* која се називају индикатори, тестови, критеријуми, индиције и слично. Национална законодавства, радноправна теорија и пракса препознају већи број индикатора помоћу којих се врши

4 Outline Etimology Dictionary, http://www.etymonline.com/index.php?term=subordinate, 4. март 2015.

5 Дигитални речник македонског језика, http://www.makedonski.info , 4. март 2015.

разграничење радних односа и уговора о раду од њихових пандама у сфери општег уговорног права.

2.1. Правна садржина субординације

Правна садржина је услов *sine qua non* сваког радног односа. Кроз њу идентификују се разлике између уговора о раду и осталих уговора из сфере облигационог и трговинског права. Истовремено, правна субординација представља кључно обележје за разграничавање рада који извршавају подређени радници у оквирима радног односа и рада који извршавају самостални радници у форми самозапошљавања или хонорарног рада (Rosioru. F, 2013: 1). Инкорпорисање субординације у оквирима основних, концепцијских појмова радног права (радни однос, уговор о раду, радник) присутна је како у земљама које припадају корпусу цивилног тзв. континенталног права, тако и у земљама у којима преовлађује обичајно тзв. аглосаксонско право. Заједнички именитељ у детерминисању субординације између различитих правних система представља њезина садржина, преко које може да се класификује „власт" послодавца у односу на радника у следећим облицима: управљачка власт (фра. le pouvoir de direction; енг. directional power), нормативна власт (le reglement interieur) и дисциплинска власт (le pouvoir disciplinaire, енг. disciplinary power). Отуда правна субординација се састоји од подређивања радника у односу на ауторитет послодавца који има надлежност да управља начином вршења рада (управљачка власт), да доноси опште акте којима регулише правила рада (нормативна власт) и да санкционише неадекватно одношење радника предузимањем дисциплинских мера (дисциплинска власт) (Rivero, Savatier, 1970: 117).

Управљачка власт у радним односима се исцрпљује кроз право послодавца да делегира радне задатке и да издаје наредбе и упутства радницима за реализацију процеса рада. Она може да се манифестује у два смера. *Први* се односи на овлашћење послодавца у спровођењу индивидуалних и генералних политика предузећа, динамике производње, увођења нове опреме за рад и запошљавања, односно отпуштања радника. *Други смер* обухвата наредбодавну власт послодавца која се састоји у давању налога и упутстава радницима за вршење рада из радног односа. Практиковање управљачке власти упућује на одређене, суптилне разлике у овлашћењима послодавца у односу на издавање налога и упутстава за вршење рада у оквиру радних односа. Отуда теорија прави разлику између *управљачких овлашћења у односу на извршење престација у оквиру рада и управљачких овлашћења у односу на саме услове за рад* (Ковачевић, Љ., 2013: 147). Управљачка овлашћења у односу на извршење престација у оквиру рада

се састоји од права на издавање налога и упутстава која се односе на извршавање радних задатака. С друге стране, управљачка овлашћења за услове рада претпостављају право послодавца да издаје налоге и упутства која се односе на услове рада радника, као што су време извршења радних задатака, ношење опреме за заштиту при раду или радних униформи и слично. Управљачка власт послодавца садржи и контролну, односно надзорну функцију која омогућава мониторинг начина извршења рада и резултата рада запосленог (Casale,G. 2011: 18).

Друга компонента правне субординације, нормативна власт, јесте у узрочно-последичној вези са управљачком влашћу, али и са дисциплинском влашћу послодавца. Одређени део управљачких овлашћења послодавца може да произилази и из аутономних извора који произилазе из норми које се односе на одређене аспекте радног односа. Колективни карактер у организовању пословно-производних активности и подела рада у оквирима предузећа води ка успостављању система интерног регулисања радних односа општим актима и унутрашњим прописима (Rivero, Savatier, 1970: 120). Нормативна власт послодавца најчешће може да се операционализује кроз два вида аката, а то су: акти којима се регулишу радни односи и акти руковођења предузећем. Најкарактеристичнији општи правни акти којима се врши нормативна власт послодавца су правилници. Правилници представљају једнострани правни акт послодавца који произилази из његовог нормативног овлашћења у радним односима. Правилницима могу да се уређују различити сегменти радних односа, укључујући и мере од значаја за здравље и безбедност при раду, распоређивање радних активности, па чак и саму радну дисциплину радника. Унутрашњим правилницима послодавци практикују нормативну власт и кроз доношење других писаних аката као што су *упутства о раду, извештаји о вршењу службе, наредбе запосленима, циркуларна писма и слично.*

Дисциплинска власт као посебна и специфична ингеренција послодавца произилази из правне субординације у радним односима. Она се састоји из права на санкционисање активности и делатности радника које нису у складу са усмерењима и упутствима о раду, односно општим актима послодавца. Она се састоји од кажњавања и корекција у поступању радника којим се угрожава функционисање радних активности у одређеној радној средини, док за случај најтежих повреда радних обавеза, дисциплинска власт, која произилази из правне субординације, омогућује санкционисање поступања радника отказивањем уговора о раду. Отуда, прелиминарни закључак у односу на дисциплинску власт у радним односима састоји се у утврђивању тенденција за *постепеност*, тзв. градацију у санкционисању запослених, која се креће у распону од

опомене послодавца до престанка радног односа (Ковачевич, Љ., 2013: 178). Дисциплинска власт је у директној међузависности са управљачком и нормативном влашћу послодавца. Дисциплинска санкција се намеће као нужна, уколико радници не поштују индивидуалне налоге и упутства, као и унутрашња правила и прописе о организацији рада. Ипак, екстезивно тумачење дисциплинске власти, тзв. неограничена дисциплинска овлашћења послодавца, може да доведе до много озбиљних злоупотреба сигурности радног односа. Отуда, радна законодавства треба да приступе ка утврђивању маргина дисциплинске власти послодавца и да ограниче моћ послодавца за санкционисање активности радника у оквирима радног односа. Оригиналност дисциплинске власти у радним односима огледа се и у могућности послодавца да санкционише неадекватно поступање радника у оквирима тзв. интерног дисциплинског поступка. У том смислу, дисциплински поступак може да се третира и као својеврсна супституција уобичајеног „екстерног" судског поступка, који претпоставља увећање трошкова послодавца. То нас наводи на закључак да се ова компонента правне субординације практикује на приватноправној основи, што значи да је дисциплински поступак независан од поступка за заштиту права из радних односа, који се покреће пред надлежним судом (Casale, G. 2011: 18). Уникатност дисциплинске власти послодавца у оквирима приватног права и уговорним односима се рефлектује и кроз могућност за санкционисање повреда права и обавеза из уговора о раду, без прекидања радног односа, као последње истанце у градирању одговорности радника. Отуда, можемо да закључимо да дисциплинска овлашћења послодавца одвраћају раднике од кршења радног реда и дисциплине, санкционишући њихов радни учинак који није сагласан наредбама и упутствима за вршење послова из радног односа.

2.2. Субординација и хијерархијска структура тржишта

Правна субординација као својство подређености радника у односу на управљачку, нормативну и дисциплинску власт послодавца представља номотехничку формулу за детерминисање радних односа. Ипак, правна субординација и индикатори који предодређују њезино постојање, нису независни од шире економско-социјалне реалности. То значи да правна субординација уобичајено је симетрична са хијерархијском структуром управљања и организације у предузећу, а хијерархијски односи између радника и послодавца могу се поистоветити са класичним радним односима. Интензитет подређености и надређености између субјеката хијерархијског (тј. радног) односа може да утиче на степен зависности/аутономије радника у њиховим односима са послодавцем. У

условима повећаног развоја нових технологија, више вештина и стручних квалификација радника, израженије мобилности у оквирима предузећа, флексибилизације радног времена и радног места, све је више се аутономије (самосталности) радника у оквиру радних односа. Оваква ситуација води ка трансформацији традиционалног вертикалног или хијерархијског управљања ка савременом хоризонталном управљању, које подразумева промене у начину вршења управљачке власти послодаваца према радницима.

Хијерархијска структура или тзв. вертикална интеграција из које произилази правна субординација радних односа може се анализирати и кроз призму трошкова, као основних економских параметара. Са економског аспекта, идентификовање разлога за постојање хијерархијске структуре управљања, а са тим и правне субординације која детерминише постојање радног односа, може да се прикаже кроз призму тзв. *трансакцијских трошкова*.[6] Трансакцијски трошкови суштински представљају трошкове који произилазе из пословног промета, односно правног саобраћаја. Потреба за умањивањем трошкова тржишних трансакција (трансакцијских трошкова) јесте основни разлог због којег постоје форме (хијерархије, тзв. хијерархијске структуре) (Coase, R. H., 1990: 386–405). Отуда „борба" за умањивањем трансакцијских трошкова суочава предузећа са избором у организацији и начину управљања људским ресурсима, односно разрешавање дилема да ли предузеће треба да примени хоризонтални, тј. тржишни приступ, или вертикални, тј. хијерархијски приступ у организацији и вршењу пословно-производног процеса (Muehlburger, U., 2007: 81). У теорији се истиче да су трансакцијски трошкови много мањи уколико предузећа интернационализују ресурсе (другим речима, предузећа треба да запошљавају раднике према којима ће наметнути своју управљачку, нормативну и дисциплинску власт, а не да ангажују лица споља, према којима не могу да „уживају" перманентну и континуирану власт). Организација пословно-производног процеса у оквирима самог предузећа (тј. хијерархијска организациона структура) јесте ефикаснији начин пословних активности од наступања на отвореном тржишту и ангажовања „периферних" радника (Williamson, O. E., 1979: 22–61). Прелиминарни закључак који може да се изведе из односа између хијерархијске структуре и трансакцијских трошкова води ка констатацији да хијерархијски однос између послодавца и радника, који се крећу кроз чврсту правну субординацију, умањује трансакцијске трошкове у организацијама пословно-производних процеса. Ипак, трансакцијски трошкови нису

6 Појам *трансакциски трошкови* приписује се британском економисти Роналду Коазеу, и његовом делу „Теорија фирме" из 1937. године.

једини вид трошкова који утичу на начин и организацију пословно-производних активности и модела уређивања односа између послодавца и радника. Нова економско-социјална реалност у периоду осамдесетих година прошлог века, која се карактерише увећањем екстернализације у процесу рада, препознаје и тзв. *организацијске трошкове*. Организацијски трошкови могу да се дефинишу као трошкови са којима се суочавају организације у процесу извршавања пословно-производних активности и у њих спадају: трошкови који произилазе из организовања метода и техника координација запослених, трошкови хијерархијског надзора, трошкови органичених хијерархијских овлашћења послодавца према радницима који су резултат широког опсега права радника из радних односа и слично (Casale, G., 2011: 17). Отуда послодавци сматрају да екстезивно радно и социјално законодавство лимитира њихова хијерархијска овлашћења према радницима, истовремено умањујући флексибилност у организацију у пословно-производном процесу. У поређењу са *теоријом трансакцијских трошкова*, која фаворизује *хијерархијску структуру* (интернационализацију), а са тим и правну субординацију као sine qua non за постојање радних односа, *теорије организацијских трошкова* наглашавају потребу послодавца за ангажовањем „периферних" радника (екстернализације) и то закључивањем уговора који уобичајено припадају сфери облигационог, односно трговинског права. Економска логика у селектовању најоптималнијег модела пословно-производних активности (интернационализација или екстернализација), произилази из равнотеже између трансакцијских и организацијских трошкова.

Нове тенденције у економским анализама трошкова предузећа и нови односи између послодаваца и радника у савременим тржиштима рада, који у крајњој инстанци воде ка стварању и реализацији тзв. *економске зависности* између уговорних страна, објашњавамо кроз теорију *релацијских уговора*. Појам *релацијски уговор* је организацијско-социолошки појам који обухвата све неформалне договоре и неписане кодексе поступања, који имају значајну улогу на одношење појединаца у оквирима предузећа и одношење предузећа између себе (Baker, G., Gibbson R., Murphy, K. J., 2001: 3). Релацијски уговори у оквирима предузећа (интерни релацијски уговори) састоје се из неформалних односа у датим условима (quid pro quos) између сарадника, као и неписана правила одношења између надређених и подређених, у извршавању радних задатака, спровођење хоризонталне и вертикалне мобилности у оквирима радне организације и доношење одлука о престанку радног односа. Релацијски уговори између предузећа (екстерни релацијски уговори) обухватају дугорочну сарадњу, узајамност и стабилност између уговорних страна. Док се интерни релацијски уговори

увек одвијају у оквирима једне хијерархијске структуре, без обзира на степен и интензитет субординације између радника и послодаваца, екстерни релацијски уговори могу да обухватају две различите ситуације. *Прва ситуација* обухвата тзв. вертикалне релацијске уговоре који се успостављају између предузећа и њихових дугорочних снабдевача добрима и услугама (самозапослени снабдевачи, хонорарни радници, франшизери и слично), док *друга ситуација* инкорпорише хоризонталне релацијске односе који се одвијају између самих предузећа у оквирима одређене бизнис мреже (заједнички пословни подухвати, пословни партнери и слично). Заједничка карактеристика свих релацијских уговора (интерни, екстерно-вертикални и екстерно-хоризонтални уговори) јесте очекивање будућег бенефита од дуготрајног односа (Muehlburger, U., 2007: 86). У том смислу, очекивање за постојање дуготрајног односа између уговорних страна више не представља одлику коју карактерише само интерни релацијски уговор (тј. уговори о раду), већ то постај и екстерни релацијским уговори, а посебно у екстерно-вертикални уговори, међу којима се убрајају и уговори који номинално припадају сфери грађанског или трговинског права, али у суштини се своде на чврсту економску зависност (субординацију) између радника (вршиоца рада) и послодавца (наручиоца, клијента) која је карактеристична за уговоре о раду. Екстерно-вертикални релацијски уговори су узрочно повезани и са тзв. *индустријским инвестицијама*. [7] То су оне инвестиције чија релокација је немогућа због њихових повезаности са одређеним, конкретним пословним везама. Оне постоје код интерних релацијских уговора (тј. уговора о раду), но, постоје и код екстерно-вертикалних релацијских уговора (тј. уговора о делу кроз који се успоставља однос економске зависности између уговорних страна). Отуда, ове инвестиције и недостатак тржишне алтернативе могу да произведу тзв. *асиметричне релације* између уговорних страна на екстерно-вертикалним релацијским уговорима, при чему једна страна уговорница (и поред њезине формалне самосталности) може да се нађе у зависној и слабијој економској позицији у односу на другу страну, слично као и у односу између страна интерних релацијских уговора. Оваква околност води ка стварању тзв. *моноклијентне ситуације*, која се одликује економском субординацијом једне уговорне стране (вршиоца послова који уобичајено закључује уговор о делу) у односу на његов

7 Идиосинкратске инвестиције могу да буду материјалне (специјална опрема, специјалне просторије или пословно-производни капацитети у близини локација друге уговорне стране); нематеријалне (специјална обука, вештине know-how и сл); симетричне (уколико обе стране сносе трошкове индиосинкратских инвестиција) и асиметричне (уколико једна страна у целости или у највећем делу сноси трошкове идиосинкратских инвестиција).

јединственог клијента, а то је друга уговорна страна (послодавац или наручилац). Моноклијентна ситуација, може да има озбиљне импликације у односу на реалне једнакости између уговорних страна. Она може да изазове једнострано опредељење садржине уговора од стране економски снажније стране, наметањем ригидних стандарда за вршење конкретних услуга, а у крајњој линији може да доведе и до ситуације престанка (ликвидације, стечаја или економске пропасти) слабије уговорне стране, у условима једностраног отказивања уговора (Casale, 2011: 21). У таквим условима више него очигледна је позиција хијерархије једне (снажније) стране у односу на другу (слабију) страну и поред „слободног уговарања" између страна на отвореном тржишту. Савремени привредно-производни односи у великој мери попримају управо такве карактеристике. Термин који се употребљава да се опише овај неправилни однос који садржи карактеристике хијерархијске структуре (карактеристичне за интерне релацијске односе) и слободно тржиште (карактеристично за екстерне релацијске односе) назива се *хијерархијски тржишни однос*. Уколико је јача страна веће предузеће, оно може да успостави више различитих хијерархијско-тржишних односа са различитим снабдевачима, хонорарним радницима, франшизерима и слично. Отуда је циљ законодавства, уопште, да пропише правичније механизме уређивања оваквих уговорних односа као што су: поништавање и укидање једностраних одредби за измену прописаних услова, забрана неоснованог отказивања уговора и слично (Casale, 2011: 22). Коначно, кључни заштитни механизам треба да се односи на забрану злоупотребе економске зависности слабије у односу на јачу уговорну страну, која имплицитно ограничава могућност слабије стране да пронађе другу пословну алтернативу. Економска зависност одсликава реалност која се налази у позадини правне субординације као критеријума за разграничавање радних односа од осталих уговорних односа. Она претпоставља материјалну зависност радника од лица које му обезбеђује посао и егзистенцију. Можемо да закључимо да економска зависност има универзалну временску димензију за разлику од правне субординације која мења своју садржину и облике у историјском развоју и све чешће је предмет критика од стране радноправне теорије. Дефинисање правне субординације као техничко потчињавање радника у односу на усмерења и упутства послодаваца је типичан пример за адаптирање правне заштите подређених лица у периоду настанка радног права (Supiot. A, 2001: 14). Отуда чињеница потчињавања радника у односу на усмерења и упутства послодавца (правна субординација) је одиграла већу улогу у опредељивању система заштите права од фактора материјалне зависности и потребе за заштитом радника у односу са послодавцем (економска субординација). Историјско-еволутивна димензија субординације у радном праву

упућује на закључак да економска зависност инспирише радноправну теорију и радно законодавство да уведу презумцију формирања правне субординације која и данас представља јединствен меродаван критеријум за опредељивање радног односа (Perulli. A, 2011: 139).

3. Субординација – битан елемент радног односа и уговора о раду у македонском радноправном систему

Улога, значење и суштина субординације као битног елемента радног односа у оквирима македонског радног законодавства огледа се у самом дефинисању појма радног односа. Према Закону о радним односима, *радни однос* се дефинише као *уговоран однос између радника и послодавца, у којем се радник уговорно укључује у организовани процес рада код послодавца, за плату и друга примања, лично и непрекидно извршава послове према упутствима и под надзором послодавца.*[8] Нормативна *анатомија* ове дефиниције нас упућује на постојање неколико битних елемената радног односа, који заокружује скицу једног савременог правног односа поводом и у вези са радом, који је основни предмет регулисања радног права. У том смеру ЗРО упућује на следеће елементе радног односа: *договорност; билатералност; добровољност; плаћеност; личне везе; континуираност и субординација.* Таксативно навођење субординације као последњег битног елемента појма радног односа не умањује улогу и значај овог елемента у интегралној анализи из првог дела овог рада. Субординација представља једно од кључних обележја радног односа и *diferentia specifica* уговора о раду, у односу на све остале уговоре поводом и у вези са радом, који су предмет регулисања других правних дисциплина.

Анализа субординације, као битног елемента радног односа који произилази из његове дефиниције, вршимо кроз призму њених обележја. Наиме, ЗРО имплицитно упућује на два обележја субординације, а то су *укључивање* (радника) *у организациони процес рада код послодавца и вршење послова* (од стране радника) *према упутствима и под надзором послодавца.* Ова обележја субординације инкорпорисана у оквире дефиниције радног односа постављена су у обрнутом редоследу у поређењу са доминантним приступом радноправне доктрине у континенталном компаративном праву. Ипак, то не умањује њену улогу и важност у опредељивању субординације као битног елемента радног односа. Отуда можемо да закључимо да обележје *вршења рада према упутствима и под надзором послодавца* упућује на постојање интегралног обележја *контроле и инструкције у раду,* које је карактеристично за континенталну Европу и

8 Закон о радним односима (Сл.весник на РМ, бр. 62/05), члан 5, став 1.

радноправни систем који је под утицајем *цивилног права*. Закон о радним односима верификује ово обележје, тј. индикаторе субординације у радном односу. Наиме, ЗРО утврђује да је радник дужан да поштује захтеве и упутства послодавца у вези са испуњавањем радних обавеза из радног односа.[9] Даље разлагање обележја *рада према упутствима и под надзором послодавца,* од стране македонске правне доктрине, упућује на одређена својства као што су вршење рада на одређеном месту, односно вршење рада у одређено радно време (Старова. Г, 2005: 242). У том смислу, ЗРО предвиђа да је радник дужан у потпуности да извршава рад на радном месту за које је закључио уговор о раду, у време и на месту који су одређени за извршење рада, поштујући организацију посла и пословне активности послодавца.[10] Обележје *укључивања у организовани процес рада код послодавца* сагласно са обележјем *интеграције радника у организациони процес рада* који је карактеристичан за континенталну Европу и радноправне системе који су под утицајем *цивилног права*. При томе, ова обележја претпостављају да радник приликом вршења рада треба да се брине само о резултатима и ефектима свога рада, придржавајући се при том начину и организацији рада од стране послодавца. Позитивно-правну потврду за овај индикатор проналазимо у идентичној одредби ЗРО, коју приказујемо као одредбу којом се верификује индикатор за контролу и инструкцију у раду. Радник је дужан да савесно извршава послове на радном месту за које је закључио уговор о раду, ...поштујући организацију рада и пословне активности послодавца.[11]

Анализа позитивноправне одређености субординације упућује на закључак да радно право Републике Македоније препознаје једино правну, али не и економску субординацију, према којој одређивање постојања радног односа би зависило од економских веза између радника и послодавца. Економска субординација суштински значи да су зависни, односно субординирани радници, она лица која раде а не придржавају се правила рада утврђених од стране послодавца. Ипак, у Републици Македонији преовлађује став да правна субординација представља јединствени правилни и прецизни критеријум за детерминисање уговора о раду без којег би било немогуће његово разликовање од осталих уговора по основу којих се такође врши одређени рад и примају одређене накнаде, као што су на пример уговор о делу (Старова, Г. и Беличанец, Т., 1996: 129–130).

9 О овоме види: члан 31 ЗРО.

10 О овоме види: члан 30, став 1 ЗРО.

11 О овоме види: члан 30, став 1 ЗРО.

3.1. Рад који се врши по основу посебних уговора и разграничење уговора о раду од уговора о делу

Одређивање опсега, карактеристика и правног режима који се примењује на различите уговоре поводом и у вези са радом, представља традиционални и континуирани изазов правне теорије, праксе и јуриспроденције. Покушај за разграничавање уговора о раду од уговора о делу (као што је то било приказано и у првом делу овог рада), представља комплексан процес како кроз историјску димензију тако и у садашњој правној перспективи. У периоду либералног капитализма, већина европских земаља (посебно група земаља са континенталном правном традицијом) успостављало је такав систем грађанског права у којем је био инаугурисан институт *уговора о раду* у најширем смислу те речи. Уговор о раду се дефинисао као уговор којим се једна уговорна страна, у замену за плату или без ње, обавезује да изврши одређени рад у корист друге уговорне стране (Baltić, A. i Despotović, M. 1971: 194).

Са савремених становишта, појам уговора о раду представља предмет проучавања само радног права и у том смислу, не може да се стави знак једнакости између њега и осталих грађанскоправних уговора који имају имовинскоправну компоненту, као што су уговор о делу, уговор о налогу, уговор о ортаклуку, ауторски уговор и слично. Међутим, морамо да напоменемо, да је историјска испреплетеност између уговора о раду и уговора о делу присутна и у оквирима савремене праксе. У том смислу, позитивноправни прописи, теорија и судска пракса предлажу различите критеријуме за разграничење уговора о раду и уговора о делу. Разграничење између уговора о раду и уговора о делу извршићемо преко паралелног дефинисања третираних појмова, њихових основних карактеристика, односно елемената и суштинских критеријума који раздвајају ова два уговора, опредељујући их као посебан правни основ за заснивање рада, односно другог уговорног односа поводом и у вези са радом.

Уговор о раду није дефинисан у македонском радном законодавству. Отуда, дефиниција и појам уговора о раду налазимо у правној доктрини. Према *Старова, Г. и Беличанец, Т.,* уговор о раду представља уговор помоћу кога се једно лице ангажује да ради за рачун другог лица уз одређену накнаду (Старова, Г. и Беличанец, Т., 1996: 128). *Каламатиев, Т.* утврђује да је уговор о раду централни институт радног права, који је био и остао доминантан правни основ за заснивање радног односа (Каламатиев, Т., 1996: 242).

Уговор о раду има следеће карактеристике: *консензуалност* (настаје у моменту када уговорне стране постигну сагласност воља о битним елементима уговора, а то су вид рада и плата); *двострана обавезност* (из

њега произилазе права и обавезе за обе уговорне стране); *теретност* (за обављање рада радник стиче плату); *комутативност* (права и обавезе уговорних страна су унапред одређене и познате); *формалност* (закључује се у писменој форми); *именованост* итд. Поред карактеристика уговора о раду (који анализирамо кроз призму општег уговорног права), радноправна доктрина упућује на неколико елемената уговора о раду од којих су најприхватљивији: *вршење одређеног рада; накнаде за извршени рад и субординације, односно подређености.* Прва два елемента су елементи обавеза и то с једне стране радника да изврши одређени рад и с друге стране послодавца да му исплати одређену накнаду, а трећи елемент представља везу, односно повезаност, између радника и послодавца, која служи као основни критеријум за разграничење уговора о раду од других њему сличних уговора (Старова, Г. и Беличанец, Т., 1996: 242). Отуда можемо закључити да за разлику од осталих елемената, који се сусрећу и код осталих (личних) уговора поводом и у вези са радом, елемент субординације (правне субординације) представља елемент који је својствен само за уговор о раду (Ковачевич, Љ., 2013: 268).

Уговор о делу дефинисан је Законом о облигационим односима Републике Македоније.[12] Према овом закону, уговор о делу је такав уговор којим се вршилац послова (извођач радова) обавезује да изврши одређени рад за наручиоца, као што је израда или поправка неког предмета или извршавање неког физичког или интелектуалног рада и слично, а наручилац се обавезује да му за то плати накнаду за извршени рад.[13] Дефиниција уговора о делу имплицитно упућује на карактеристике и елементе овог уговора. Карактеристике уговора о делу су: *двострана обавезност* (зато што произилази обавеза за обе уговорне стране); *еквивалентност* (права и обавезе које произилазе за обе стране су приближно једнаке); *теретност* (зато што се извршени рад плаћа накнадом); *комутативност* (зато што права и обавезе уговорних страна су унапред опредељене и познате) и каузалност (зато што поручилац закључује овај уговор са циљем да му буде извршен одређени рад, а вршилац рада закључује овај уговор да би добио накнаду за извршени рад) (Галев. Г и Ј. Дабовиќ, 2008: 501). Надаље, с обзиром на његову природу, битни (суштински елементи) уговора о делу су извршавање рада и плаћање накнаде. Тако, предмет обавезе вршиоца рада могу да буду: израда одређеног предмета, поправка предмета, вршење физичког рада и вршење интелектуалног рада. Вршење интелектуалног рада је тесно повезано са израдом ауторског дела (уметнички портрет, скулптура, песма, роман, симфонија, филм, разне студије, пројекти и

12 Закон о облигационим односима (Сл. весник на Р. Македонија, бр.18/01)

13 Закон о облигационим односима, члан 619.

слично), што се јавља као резултат наруџбине наручиоца за израду будућег дела које је регулисано уговором о наруџби ауторског дела (Дабовиќ, Ј. и Пепељугоски, В., 2008: 202). У другим случајевима она је тесно повезана са вршењем одређених правних послова. Ипак, мора се потенцирати чињеница да се уговори о делу односе на вршење физичких или интелектуалних послова.

Вршење одређених правних послова, представља предмет регулисања *уговора о налогу*, који се дефинише као уговор којим се налогопримац обавезује према налогодавцу да за његов рачун предузме одређене правне послове, а овај га овлашћује за то (Бабић, И., 2006: 173). Коначно, треба истаћи да протеком времена и развоја друштвено-економских односа и пословно-производних активности, уговори о делу доживљавају своје ширење из сфере грађанског ка сфери трговинског права. Такви уговори по својој генези и надаље задржавају основна обележја која су карактеристична за уговор о делу, међутим, њихов предмет и садржина обухватају посебне именоване уговоре као што су: *уговор о грађењу, уговор о превозу, уговор о контроли робе и услуга, уговор о организовању путовања* и сл. (Бабић, И., 2006: 173). У односу на плаћање накнаде може се закључити да уговор о делу извршиоцу даје право да тражи да му буде плаћена накнада за извршени рад, а наручиоцу посла обавезу да плати надокнаду. По правилу, накнада се изражава у новчаном износу, међутим она може да се одреди и на било који други начин.

Прелиминарни закључак који може да се изведе из појма и обележја уговора о раду и уговора о делу упућује на констатацију да ови уговори имају више међусобних сличности као што су обавеза за вршење одређеног рада, вршење рада у корист другог лица, примање инструкција за вршење рада, право на одговарајућу надокнаду као противпрестацију за уложени труд и слично (Ковачевич, Љ., 2013: 268). У правном систему ова два уговора налазе се на две различите стране и на њих се примењују два различита правна режима (радноправни и општег уговорног права). Ипак, у пракси постоји велики број случајева у којима постављање јасних демаркационих линија између уговора о раду с једне и уговора о делу са друге стране представља веома сложен задатак. Први критеријум за разграничење између уговора о раду и уговора о делу је *правна субординација*. Запослено лице код уговора о раду дужно је да врши рад по основу наредби и упутстава послодаваца и под његовим надзором, а вршитељ рада код уговора о делу може да прима само опште налоге за рад од стране наручиоца посла, чије право на вршење надзора и давање упутстава се ограничава само на случајеве

када то одговара природи послова.[14] Код уговора о делу вршилац рада се не обавезује да стави свој физички и интелектуални рад на располагање послодавцу. (Бабић, И., 2006: 174). *Argumentum a contrario*, уговор о раду претпоставља постојање *управљачке власти послодавца*, која се састоји од овлашћења за организовање пословно-производног процеса и вршења непосредног надзора над начином рада запосленог лица. Надаље, једно од значајнијих обележја уговора о раду је и *дисциплинска власт послодавца*, која не постоји код уговора о делу и представља посебно важан индикатор у међусобном разграничењу ова два уговора. Вршилац рада (извођач радова) код уговора о делу није зависан (субординиран) субјекат и он врши уговорене обавезе самостално и независно од наручиоца рада. У оквирима уговора о делу не постоји класичан однос зависности између наручиоца и вршиоца рада. Супротно код уговора о раду, радник се налази у положају континуиране зависности од послодавца која се састоји од његовог укључивања у процес рада и потчињавања у односу на услове рада и радну дисциплину (Бабић, И., 2006: 174).

Зависност, односно независност у вршењу уговорених послова (правна субординација) јесте критеријум који је тесно повезан са наредним обележјем, а то је *подношење ризика рада*. Код уговора о раду целокупни ризик рада има послодавац, док код уговора о делу ризик пада на терет вршиоца рада. Вршилац рада је слободан да организује рад на начин за који сматра да је најбољи, па отуда је он и јединствени носилац економског ризика и потенцијалне штете која може да произађе из начина вршења делатности (Baltić, A. i Despotović, M., 1971: 175). Супротно, радник не може да сноси економски ризик од вршења своје делатности, будући да се он налази у подређеном положају у односу на послодавца, нема слободу у вршењу рада и не организује производни процес.

Наредни критеријум за разграничавање између уговора о раду и уговора о делу налазимо у њиховом *предмету* и *циљу*. Док предмет уговора о раду представља сам рад радника, односно континуирано вршење договорених радних активности, предмет уговора о делу представља дело, односно резултат уложеног рада (Ruždjak, M., 2005: 44). Надаље, циљ уговора о раду је усмерен ка организовању самог процеса рада и редовног коришћења радне активности на живот и текући рад преко којих се долази до постизања одређених резултата.[15] За разлику од циља уговора

14 Наручилац има право да врши надзор над извршавањем рада и да даје упутства када она одговарају природи посла, а вршилац рада је дужан да му то омогући (чл. 622 ЗОО).

15 Одређени теоретичари истичу управо коришћење радних активности радника/вршиоца послова у функцији (не)постизања одређених резултата, као сагласног

о делу, који се састоји у постизању самог резултата, без обзира на начин вршења рада (Popović, T., 1980: 57). У теорији постоје различити степени прихватљивости резултата рада, као предмета и циља уговора о делу и критеријума за разграничење овог уговора од уговора о раду.

У теорији налазимо и друге критеријуме за разграничење уговора о раду од уговора о делу као што су: *начин плаћања, обавеза личног вршења рада и време трајања уговора.* За ове критеријуме, подељена су мишљења у погледу њихове прихватљивости као чврстог индикатора на основу кога треба и може да се изврши неопходно разграничавање. Уобичајено, радник зарађује *плату* која се исплаћује у одређеним временским интервалима, док вршилац рада добија једнократну *накнаду* за цело дело (Ruždjak, M., 2005: 45). Ова схватања нису довољно само по себи. Прва критика у погледу *уобичајености* третмана начина и плаћања се односи на разлику у појмању *зараде,* односно *плате* и *награде*. Док зарада, односно плата представља једно од основних права из радног односа и она је именитељ самог радно-правног статуса радника, награда коју прима вршилац рада нема својство зараде, односно плате, већ она представља накнаду која се плаћа за извршени рад који произилази из уговора о делу. Други критеријум односи се на општу прихватљивост динамике плаћања лица које закључује уговор о раду, односно уговор о делу. У том смислу пракса закључивања и имплементирања уговора о делу, слично као и уговора о раду, упућује на могућност плаћања уговорене накнаде у форми периодичних исплата (аконтација) сразмерно извршеним фазама договореног посла (тј. ситуациона плаћања) (Baltić, A. и Despotović, M., 1971: 174). У овом случају уобичајено се говори о вршењу већих дела, чија израда може да траје дужи временски период (на пример, градња брода) (Ruždjak, M., 2005: 45). Коначно трећа критика у односу на плаћање као критеријум за разграничавање уговора о раду од уговора о делу не односи се на сам начин плаћања већ на начин одређивања висине плаћања. Уобичајено, висина плате радника се одређује сразмерно времену које проводи на раду (тј. временско плаћање) (Каламатиев, Т., Митревски Ж., и Ристовски, А., 2011: 41–42).

правног критеријума за разграничавање уговора о раду и уговора о делу. У том смислу, теорија упућује на два облика коришћења радних активности: непосредан и посредан. Уговор о раду се карактерише непосредним коришћењем радне способности других лица, при чему постизање одређених резултата није битно за опстанак овог уговора и обима уговорних обавеза, већ се они јављају као последица ангажовања радника и извршавања уговорених радних задатака. Супротно, уговор о делу је онај уговор чији првенствени циљ је усмерен ка постизању одређених резултата, а коришћење радних способности вршилаца рада, као таквих, представљају посредан циљ овог уговора (види: Baltić, A. i Despotović, M., supra. бр. 716, 177).

Група критеријума за разграничење уговора о раду и уговора о делу упућује на разлике које се односе на *обавезе за лично вршење рада*. Уговор о раду представља уговор у којем долази до изражаја лична веза између радника и послодавца. То значи да уговор о раду произилази из личних својстава радника који представљају лично вршење послова из радног односа. Код уговора о делу вршилац рада може да повери извршење посла трећем лицу, што значи да овај субјекат уговора о делу нема обавезу за личним вршењем рада. Ипак, уговор о делу може да буде лични уговор (*intuitu personae*) који предвиђа обавезно лично вршење послова, у зависности од карактера и самог рада и његове повезаности са личношћу и стручним својствима извршиоца (Popović, T., 1980: 57–58). У том смислу је и одредба Закона о облигационим односима која прописује да, уколико из уговора или природе рада не произилази нешто друго, вршилац рада није дужан да посао изврши лично.[16]

Коначно, последњи критеријум за разграничавање уговора о раду и уговора о делу је *време трајања уговора*. И овај критеријум, као и део од претходно наведених критеријума, није до краја релевантан индикатор за разрешавање споменутих дилема. У теорији се сусрећу схватања да уговор о раду представља трајни (у релативном смислу) уговор, док уговор о делу има привремени карактер (Baltić, A. i Despotović, M., 1971: 173). Начелни аргумент за ову тезу проналазимо и у Закону о облигационим односима, који утврђује да је вршилац рада дужан да изврши дело за одређено време, ако то није одређено, тада за време које је разумно потребно за такве послове.[17] Критика овог става лоцира се у констатацији да време трајања, односно дужина вршења одређених послова не представља карактеристику нити уговора о раду нити уговора о делу.

Сличности између уговора о раду и уговора о делу не остаје непримећена и у радном законодавству Републике Македоније и „матичном" Закону о радним односима. Закон о радним односима Републике Македоније не предвиђа постојање посебног дела закона намењеног регулисању тзв. *рада који се врши ван радних односа*. С друге стране, у пракси Републике Македоније, неретко се ангажују лица по основу уговора о делу, који у извесној мери почиње да се поистовећује са уговором о раду или да га супституише (Старова. Г, 2005: 254). Отуд, Закон о радним односима је приступио регулисању института „посебни уговори", чији циљ се састоји у потреби раздвајања уговора о раду и уговора о делу који у пракси често се (зло) употребљава као *правни основ за заснивање радног односа*. Закон о радним односима, предвиђа описану дефиницију појма *посебног*

16 Члан 629 ЗОО.

17 Члан 626, став 2 ЗОО.

уговора. Тако, послодавац може са одређеним лицем да закључи уговор ради вршења рада који су ван делатности послодавца, а који има за предмет самосталну израду или поправку одређених ствари, самостално извршавање одређених физичких или интелектуалних послова.[18] Надаље, Закон утврђује да овакав уговор може да се закључи и за културно-уметничке послове са лицима која врше културно-уметничке делатности.[19] Анализа овог института нас упућује на неколико закључака. *Прво*, чини се да опис *посебних уговора* чији предмет је самостална израда или поправка одређених предмета и самостално извршавање одређених физичких или интелектуалних послова је комплементарна опису уговора о делу који је регулисан Законом о облигационим односима. Ипак, у поређењу са класичним уговором о делу *који се закључује између вршиоца рада (извођач радова) и наручиоца за вршење одређеног рада посебни уговор се закључује између послодавца и одређеног лица, ради вршења рада који је ван делатности послодавца*. Отуда, разлика између ова два уговора лоцира се у: уговорним странама и предмету уговора. Док, уговорне стране уговора о делу (регулисане ЗОО) јесу вршилац рада (извођач радова) и наручилац, стране *посебног уговора* (регулисане ЗРО) јесу послодавац и одређено лице. Сматрамо да разлика у субјектима између којих се закључују ови уговори има чисто номинално значење и она нема већу улогу у детерминисању уговорних односа и њиховој садржини. Ипак, кључна разлика може се лоцирати у предмету уговора и опсегу примене. У том смислу, за разлику од уговора о делу који се закључује за вршење одређених послова, независно од њиховог предмета и опсега примене, *посебни уговори* се закључују за вршење рада који је ван делатности послодавца. Ограничавање закључивања *посебних уговора* само на оне послове који су ван делатности послодавца практично онемогућава ангажовање уговора о делу одређеног лица за вршење послова који спадају у делатност послодавца стимулишући закључивање уговора о раду тамо где постоји редовна и континуирана потреба за ангажовањем радника. Овим решењем Закон о радним односима онемогућава послодавца да закључује *посебне уговоре* (уговоре о делу) са циљем да избегне трошкове који произилазе из заснивања радног односа. *Други закључак* који произилази из института *посебног уговора* се односи на експлицитне могућности обухватања лица која врше културно-уметничку делатност. То значи да послодавац при ангажовању лица за вршење културно-уметничких послова закључује *посебан уговор* са овим лицима који не представља уговор о раду као правни основ за заснивање радног односа. Отуда, генерални закључак који може да се изведе из

18 Члан 252, став 1 ЗРО.

19 Члан 252, став 2 ЗРО.

анализе *посебних уговора* (регулисаних ЗРО) састоји се у констатацији да се ови уговори изједначавају са уговором о делу (регулисаних ЗОО), или представљају њихову подгрупу. С друге стране, може се закључити да одредбе Закона о радним односима којима су обухваћени ови уговори представљају посебне, специјалне одредбе (*lex specialis*) у односу на генералне одредбе, регулисане Законом о облигационим односима.

Литература

Allen,W. D. (1999). *Transaction Costs*. Paper Number 0740. 893–926

Бабић, И. (2006). *Уговори грађанског права*. Београд: Правни Факултет Универзитета Унион у Београду

Bagić, D. (2010). *Industrijski odnosi u Hrvatskoj*. Zagreb: TIM press

Baltić, A. Despotović. M. (1971). *Osnovi radnog prava Jugoslavije – sistem radnih odnosa – i osnovni problemi sociologije rada*. Beograd: Savremena administracija

Baker, G., Gibbson, R. and Murphy, K. J. (2001), *Relational Contracts and the Theory of the Firm*. Forthcoming in Quarterly Journal of Economics. 1–44.

Bronstein, A. (2009). *International and Comparative Labour Law (Current Challenges)*. ILO: Palgrave Macmillan

Casale, G. (2011). *The Employment Relationship: A General Introduction*. U G. Casale (Prir.), *The Employment Relationship – A Comparative Overiew* (str. 1–35). Geneva: Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office

Chamberland, D. (2003). *Outsourcing – The sourcing column*. Canadian Corporate Council, Volume 12, Number 5. 73–74.

Дабовиќ-Анастасовска, Ј., Пепељугоски, В. (2008). *Право на интелектуална сопственост*, Скопје: Правен факултет „Јустинијан Први"

Дигитален речник на македонски јазик, http://www.makedonski.info

Галев, Г., Дабовиќ-Анастасовска, Ј. (2008). *Облигационо право*. Скопје: Универзитет „Св. Кирил и Методиј", Правен факултет „Јустинијан Први"

Каламатиев, Т. (1996). *Засновање на работен однос*. Скопје: Универзитет „Св. Кирил и Методиј", Скопје, Правен факултет

Каламатиев, Т., Ристовски, А. (2013). *Флексибилност и сигурност радног односа у радном законодавству Републике Македоније (развој и перспектива)*.

Београд: Радно и социјално право, часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, година XVII, Бр.1/2013. 75–99.

Каламатиев, Т., Митревски, Ж., Ристовски, А. (2011). *Права од работен однос на жените и младите во Република Македонија*. Скопје: Фондација „Фридрих Еберт" – Канцеларија во Македонија, Скопје

Ковачевиќ, Љ. (2013). *Правна субординација у радном односу и њене границе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Lesch, H. (2004). *Trade Union Density in International Comparison*. Institut der deutschen Wirtschaft (IW). 12–18.

McCann, D. (2008). *Regulating Flexible Work*. Oxford: Oxford University Press

Muehlburger, U. (2007). *Dependent Self-Employment*. New York: Palgreave Macmillan

Outline Etimology Dictionary, http://www.etymonline.com/index.php?term=subordinate

Perulli, A. (2011). *Subordinate, Autonomous and Economically Dependent Work: A Comparative Analysis of Selected European Countries*. U G. Casale (Prir.), The Employment Relationship – A Comparative Overiew (str. 137–189). Geneva: Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, International Labour Office

Popović, T. (1980), *Radno pravo*. Beograd

Rivero, J. Savatier, J. (1970). *Droit Du Travail*. Paris: Presses Universitaires de France

Rosioru, F. (2013). *The changing concept of subordination*. Budapest: Kiss Gyorgy (szerk.), Recent Developments in Labour Law. 1–31.

Ruždjak, M. (2005). *Zasnivanje radnog odnosa*. Zagreb: Poslovni zbornik d.o.o.

Старова, Г. (2005). *Трудово право*. Скопје: Просветно дело А.Д. Скопје

Старова, Г., Беличанец, Т. (1996). *Трудово право*. Скопје: Универзитет „Св. Кирил и Методиј", Скопје, Правен факултет

Supiot, A. (2001). *Beyond Employment – Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2001

Williamson, O. E (1979). *Transaction cost economics*:the governance of contractual relations. Journal of Law and Economics. 22–61.

Закон за облигационите односи. *Сл. весник на Р. Македонија*. Бр. 18 (2001)

Закон за работните односи, *Сл. весник на Р. Македонија*. Бр. 62 (2005)

Todor Kalamatiev, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law "Iustinianus Primus",
University "SS Cyril and Methodius", Skopje

Aleksandar Ristovski, LL.M.
Teaching and Research Assistant,
Faculty of Law "Iustinianus Primus",
University "SS Cyril and Methodius",
Skopje

SUBORDINATION IN LABOUR LAW AND CONTEMPORARY CHALLANGES IN DISTINGUISHING BETWEEN EMPLOYMENT CONTRACTS AND SERVICE CONTRACTS

Summary

Subordination, understood as a relation of "subjection and supremacy" between the contracting parties, is a key legal instrument which is intended to distinguish the general concepts of labour law (employment relationship, em-ployment contract, employee) from their counterparts within the framework of the general contract law. Therefore, this article examines the structure and contents of the subordination conceived as "diferentia specifica" of employment contracts as compared to contracts for services.

In the introductory remarks, the authors illustrate the global socio-eco-nomic conditions which have an impact on labour/employment relations as a general category. They urge for amending the labour legislation and minimizing the differences between employment contracts and contracts for services.

The first part of this article is dedicated to the analyses of subordi-nation, as an essential element of employment relations and the contract of employment. The authors emphasize the legal contents of subordination and particularly its main features: the employers' managerial, regulatory and disciplinary authority. At the same time, the authors analyze the economic parameters of subordination, particularly in light of the hierarchical market structures.

The second part of the article is focused on defining the term "subordi-nation" and its main characteristics through the prism of Macedonian labour law system. In this part of the paper, the authors focus on specific features which distinguish employment contracts from contracts for services.

Key words: *subordination, labour law, employment contracts, service contracts.*

Др Милан Петровић,
Редовни професор Универзитета у Нишу, у пензији

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 340.12:342.2

Рад примљен: 30.06.2015.
Рад прихваћен: 03.12.2015.

ПРИЛОГ УЧЕЊУ О ОСНОВНИМ ПОЈМОВИМА ТРИЈАЛИСТИЧКЕ ТЕОРИЈЕ ПРАВА И ДРЖАВЕ

Апстракт*: Текст излаже основне појмове тријалистичке теорије права и државе као нове опште теорије права и државе, чији су елементи правна статика, правна динамика (теорија кружнога стварања правног поретка) и правна телеологија (теорија правних принципа). Битно ново у тој теорији је оживљавање и нова интерпретација објективнога духа као материјалног извора права, као и теорија кружнога (цикличнога) стварања правног поретка, у оквиру које се држава сагледава као јединство актуалнога (у смислу правних аката) и реалног правног поретка.*

Кључне речи*: Правна статика, правна динамика (теорија кружнога стварања правног поретка), правни принципи, објективни дух као материјални извор права.*

Овај спис има одређену предисторију. Пре кратког времена указали смо на могућност заснивања тријалистичке теорије права као једне нове опште теорије права и државе, односно философије позитивнога права (Петровић, 2013, 183 идд.). Та теорија обухвата правну статику (материјално право, "спољашњи" правни систем, биће права), правну динамику (кружно или циклично стварање правнога поретка, процесно право, бивање права) и правну телеологију (основне правне принципе, правну аксиоматику, "унутрашњи" правни систем, правно требање или требовање). Ти конститутивни елементи, који заједно чине право у целини или правни поредак, јављају се као „региони" у смислу Хусерлове философије (Husserl, I, 1950, 26 идд.) којима припадају различите категорије или основни појмови, но којима одговарају и три елемента Хегелове "науке логике" (Hegel, I, 1951, 49 идд., 67 идд., 119 идд.): биће (Sein), бивање (Werden) и требање или требовање (Sollen).

* milan@prafak.ni.ac.rs