

УНИВЕРЗИТЕТ „ГОЦЕ ДЕЛЧЕВ” - ШТИП  
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ  
GOCE DELCHEV UNIVERSITY IN SHTIP, FACULTY OF LAW  
УНИВЕРСИТЕТ ИМ. ГОЦЕ ДЕЛЧЕВА, ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ

ОСМА МЕЃУНАРОДНА  
НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА  
EIGHTH INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE  
ВОСЬМОЙ МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

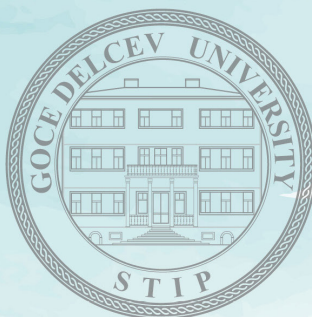
**ОПШТЕСТВЕНИТЕ ПРОМЕНИ  
ВО ГЛОБАЛНИОТ СВЕТ  
SOCIAL CHANGES IN THE GLOBAL WORLD  
СОЦИАЛЬНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ В ГЛОБАЛЬНОМ МИРЕ**

ЗБОРНИК НА ТРУДОВИ  
PROCEEDINGS  
СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ



ШТИП, 2021  
SH T I P, 2021

УНИВЕРЗИТЕТ ГОЦЕ ДЕЛЧЕВ - ШТИП  
ПРАВЕН ФАКУЛТЕТ  
Република С. Македонија



ОСМА МЕЃУНАРОДНА НАУЧНА КОНФЕРЕНЦИЈА  
**ОПШТЕСТВЕНИТЕ ПРОМЕНИ ВО  
ГЛОБАЛНИОТ СВЕТ**

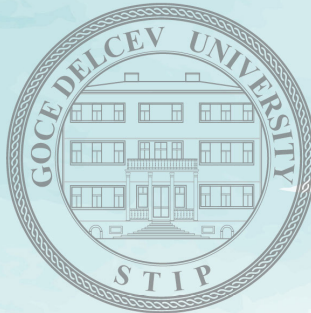
ЗБОРНИК НА ТРУДОВИ



Штип, 2021



**GOCE DELCHEV UNIVERSITY IN SHTIP**  
**FACULTY OF LAW**  
**Republic of North Macedonia**



**EIGHTH INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE**

**SOCIAL CHANGES IN  
THE GLOBAL WORLD**

**PROCEEDINGS**



**Shtip, 2021**



**УНИВЕРСИТЕТ ИМ. ГОЦЕ ДЕЛЧЕВА  
ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ ШТИП  
Республика С. Македония**



**ВОСЬМОЙ МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ**

# **СОЦИАЛЬНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ В ГЛОБАЛЬНОМ МИРЕ**

**СБОРНИК МАТЕРИАЛОВ**



**ШТИП, 2021**

Eighth International Scientific Conference SOCIAL CHANGES IN THE GLOBAL WORLD  
©2021 Copyright Goce Delchev University in Shtip, Republic of North Macedonia:  
Adress: Goce Delchev University, Shtip, Faculty of Law,  
Ul. Krste Misirkov bb, PO box 201,2000, Shtip, R.N. Macedonia  
www.ugd.edu.mk

Печати / Print: 2-ри Август-Штип / 2-ri Avgust-Shtip

Уредници: Милица Шутова, Јорданка Галева, Наташа Донева

Технички уредник: Кире Зафиров

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

316.42:34(100)(062)  
316.42:32(100)(062)

МЕЃУНАРОДНА научна конференција “Општествените промени во  
глобалниот свет” (8 ; 2021 ; Штип)

Осма Меѓународна научна конференција “Општествените промени  
во глобалниот свет” : зборник на трудови / [уредници Милица Шутова,  
Јорданка Галева, Наташа Донева] = Eighth International scientific confer-  
ence “Social changes in the global world” : proceedings / [editors Milica  
Sutova, Jordanka Galeva, Natasa Doneva] = Восьмой Международная  
научная конференция “Социальные изменения в глобальном мире” :  
сборник материалов / [редакторы Милица Шутова, Иорданка Галева,  
Наташа Донева].

- Штип : Универзитет “Гоце Делчев”, Правен факултет ; Stip :  
University “Goce Delchev”, Faculty of Law ; Универзитет им. “Гоце  
Делчева”, Юридически факултет, 2021. - 2 св. (324 ; 202) стр. : табели  
; 30 см

Фусноти кон текстот. - Библиографија кон трудовите

ISBN 978-608-244-837-4 (Том. 1)

а) Општествени промени -- Право -- Свет -- Собири б) Општествени  
промени  
-- Политика -- Свет -- Собири

COBISS.MK-ID 55546373

- All manuscripts were subject of double-blind peer review process.
- No responsibility can be accepted by the publisher or compilers for the accuracy of the information presented. The expressed opinions are of the authors and does not necessarily coincide with views of the Program Committee and the Organizational Committee of the conference
- The UDK numbers for each of the manuscripts are contained in the electronic version of the proceedings, available on: <http://js.ugd.edu.mk/index.php/scgw>

Организациски комитет / Organizational Committee/  
Организационный комитет

Milica Sutova PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University, Shtip, Republic of North Macedonia, [milica.sutova@ugd.edu.mk](mailto:milica.sutova@ugd.edu.mk)

Jordanka Galeva PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University, Shtip, Republic of North Macedonia, [jordanka.galeva@ugd.edu.mk](mailto:jordanka.galeva@ugd.edu.mk)

Natasa Doneva LL.M, Faculty of Law, Goce Delcev University, Shtip, Republic of North Macedonia, [natasa.doneva@ugd.edu.mk](mailto:natasa.doneva@ugd.edu.mk)

Програмски комитет / Program Committee /  
Программный комитет конференции

Agim Nuhju PhD, Faculty of Law, State University of Tetovo, Macedonia, [agim.nuhju@unite.edu.mk](mailto:agim.nuhju@unite.edu.mk)

Alenka Verbole PhD, currently- OSCE Mission in Tirana, University of Ljubljana, Slovenia, [alenka.verbole@osce.org](mailto:alenka.verbole@osce.org)

Ana Nikodinovska Krstevska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, [ana.nikodinovska@ugd.edu.mk](mailto:ana.nikodinovska@ugd.edu.mk)

Anastasia Bermúdez Torres PhD, Faculty of Law, Political Science and Criminology, University of Liege, Belgium, [abermudez@ulg.ac.be](mailto:abermudez@ulg.ac.be)

Angel Ristov, Faculty of Law, St Cyril and Methodius University in Skopje, [angelristov@yahoo.com](mailto:angelristov@yahoo.com)

Andon Majhoshev PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, [andon.majhosev@ugd.edu.mk](mailto:andon.majhosev@ugd.edu.mk)

Aleksandra Gruevska Drakulevska, Faculty of Law, St Cyril and Methodius University in Skopje, [a.gruevskadrakulevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:a.gruevskadrakulevski@pf.ukim.edu.mk)

Borka Tushevska PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, [borka.tusevska@ugd.edu.mk](mailto:borka.tusevska@ugd.edu.mk)

Elena Ivanovna Nosreva PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia, [elena@nosyreva.vrn.ru](mailto:elena@nosyreva.vrn.ru)

Gabriela Belova PhD, Faculty of Law, University “Neofit Rilski”, Blagoevgrad, Bulgaria, [gbelova@hotmail.com](mailto:gbelova@hotmail.com)

Gemma Andreone PhD, Institute for International Legal Studies of the Italian National Research Council (ISGI - CNR), Italy, [gemma.andreone@gmail.com](mailto:gemma.andreone@gmail.com)



Ice Ilijevski, PhD, Faculty of security – Skopje, University St. Kliment Ohridski – Bitola, [ilijevski@fb.uklo.edu.mk](mailto:ilijevski@fb.uklo.edu.mk)

Zorica Siljanovska, Faculty of Law, American University of Europe, Skopje, [zoricasiljanovska@yahoo.com](mailto:zoricasiljanovska@yahoo.com)

Igor Kambovski PhD, Faculty of Law, Goce Delchev University in Shtip, Macedonia, [igor.kambovski@ugd.edu.mk](mailto:igor.kambovski@ugd.edu.mk)

Ivana Bajakić PhD, Department of Economic Sciences, Faculty of Law, Zagreb, Croatia, [ivana.bajakic@pravo.hr](mailto:ivana.bajakic@pravo.hr)

Jadranka Denkova PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, [jadranka.denkova@ugd.edu.mk](mailto:jadranka.denkova@ugd.edu.mk)

James C. Helfrich PhD, Global Scholars, Liberty University, Colorado, USA, [jchelfrich@aol.com](mailto:jchelfrich@aol.com)

Jasna Bacovska Nedic, Faculty of Law, St Cyril and Methodius University in Skopje, [jasnab2002@yahoo.com](mailto:jasnab2002@yahoo.com)

Jovan Ananiev PhD, Faculty of Law, University “Goce Delcev”- Shtip, Macedonia, [jovan.ananiev@ugd.edu.mk](mailto:jovan.ananiev@ugd.edu.mk)

Jovan Zafirovski, PhD, Faculty of Law, St Cyril and Methodius University in Skopje, [j.zafirovski@pf.ukim.edu.mk](mailto:j.zafirovski@pf.ukim.edu.mk)

Kristina Misheva PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, [kristina.miseva@ugd.edu.mk](mailto:kristina.miseva@ugd.edu.mk)

Kristine Whitnoble PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, [kristine.whitnoble@ugd.edu.mk](mailto:kristine.whitnoble@ugd.edu.mk)

Maciej Czerwinski PhD, Institute of Slavic Philology, Jagiellonian University, Krakow, Poland, [maciej.czerwinski@uj.edu.pl](mailto:maciej.czerwinski@uj.edu.pl)

Marija Ampovska, PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip, Macedonia, [marija.ampovska@ugd.edu.mk](mailto:marija.ampovska@ugd.edu.mk)

Marija Ignjatovic PhD, Faculty of Law, University of Nis, Serbia, [marija@prafak.prafak.ni.ac.rs](mailto:marija@prafak.prafak.ni.ac.rs)

Migena Leskoviku Prof. Dr, University of Tirana, Albania, [migena.leskoviku@gmail.com](mailto:migena.leskoviku@gmail.com)

Natalia Vladimirovna Butusova PhD, Faculty of Law, Voronezh State University, Russia, [butusova@law.vsu.ru](mailto:butusova@law.vsu.ru)

Nikolai Baranov PhD, Baltic State Technical University Voenmeh, At. Petersburg State University, St. Petersburg, Russia, [nicbar@mail.ru](mailto:nicbar@mail.ru)

Nives Mazur Kumrić PhD, Faculty of Law, Political Science and Criminology,  
University of Liège, Belgium, nives.mazurkumric@ulg.ac.be

Novak Krstić, PhD, Faculty of Law, University of Niš, novak@praf.ni.ac.rs

Olga Koshevaliska PhD, University “Goce Delcev”- Shtip, Faculty of Law,  
Macedonia, olga.koshevaliska@ugd.edu.mk

Ruzica Simic Banovic, PhD, Faculty of Law, University of Zagreb, Croatia,  
ruzica.simic@pravo.hr

Silviu G. Totelecan PhD, Cluj-Napoca Branch of Romanian Academy,  
SocioHuman Research Department of “G. Baritiu” History Institute,  
Romania, silviu.totelecan@g.ail.com

Slavejko Sasajkovski PhD, Institute for Sociological, Political and Legal  
Research, University “St. Cyril and Methodius”, Skopje, Macedonia,  
bilbilef@isppi.ukim.edu.mk

Strahinja Miljkovića PhD, Faculty of Law, Mitrovica,  
strahinja.miljkovic@pr.ac.rs

Strashko Stojanovski PhD, Faculty of Law, Goce Delcev University in Shtip,  
Macedonia, strasko.stojanovski@ugd.edu.mk

Suzana Dzamtoska Zdravkovska PhD, American University of Ras Al  
Khaimah, Ras Al Khaimah, UAE, suzana.zdravkovska@aurak.ac.ae

Tamara Perisin, MJur (Oxon) PhD, Department of European Public Law  
- Jean Monnet, University of Zagreb - Faculty of  
Law, Croatia, tamara.perisin@pravo.hr

Tatyana Dronzina, PhD, Professor, Political Science Department, St. Kliment  
Ohridski University of Sofia, drozina@gmail.com

Tunjica Petrašević PhD, Faculty of Law, University of Osijek, Croatia,  
tpetrase@pravos.hr

Viktoria Serzhanova, PhD, University of Rzeszow, Faculty of Law and  
Administration, viktoria@ur.edu.pl

Wouter Van Dooren PhD, Public Administration and Management, University  
of Antwerp, Belgium, wouter.vandooren@uantwerpen.be

Yuriy Nikolaevich Starilov PhD, Faculty of Law, Voronezh State University,  
Russia, juristar@vmail.ru

Zeynep Ece Unsal, PhD, Istanbul Gelisim University, Faculty of Economics  
Administrative and Social Sciences - Department of Political Science and  
International Relations, zeunsal@gelisim.edu.tr

## TABLE OF CONTENTS

### LAW

#### **Natalya Alekseevna Filippova**

COMMISSIONERS FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF  
SMALL INDIGENOUS PEOPLES IN THE SUBJECTS OF THE  
RUSSIAN FEDERATION: THE LATEST TRENDS IN THE  
DEVELOPMENT OF THE INSTITUTE..... 15

#### **Vanda Božić**

PRISON SENTENCES IN THE REPUBLIC OF SERBIA WITH AN  
ANALYSIS OF COURT PRACTICE ..... 35

#### **Kimo Chavdar**

LEGAL REMEDIES FOR EXERCISING THE RIGHTS OF  
THE PARTNERS, IE THE SHAREHOLDERS IN  
THE TRADING COMPANIES ..... 51

#### **Dragana Ćorić**

NEW LEGAL PROFESSION:  
PROFESSIONAL LEGAL ACTS' WRTIER ..... 65

#### **Dijana Gjorgjieva, Emilija Gjorgjioska, Zorica Stoileva**

CRITERIA FOR ASSESSING VIOLATIONS OF THE RIGHT TO  
TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN CIVIL PROCEEDINGS ..... 73

#### **Jadranka Denkova, Andon Majhoshev, Jovan Ananiev**

THE ROLE AND IMPORTANCE OF PUBLIC RELATIONS ON  
THE FUNCTIONING OF THE STATE FUNCTIONS  
FOR EFFICIENT STATE BODIES..... 87

#### **Nada Doneva, Aleksandra Rogleva**

SOCIAL PROTECTION OF VICTIMS OF HUMAN  
TRAFFICKING - LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK IN  
REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA ..... 103

#### **Mohamed Elsayed Eldessouky**

REFLECTIONS ON THE CONSUMERS' RIGHT OF WITHDRAWL  
FROM THE ELECTRONIC CONTRACTS..... 121

#### **Ivan Ilic, Darko Dimovski**

IMPLICATIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN  
RIGHTS CASE LAW TO THE COURTS PRACTISE IN SERBIA..... 129

#### **Risto Ilioski**

THE PROTECTIVE CHARACTER OF DEPRIVATION OF THE  
COMPULSORY PORTION FOR THE BENEFIT OF THE DESCENDANTS..... 145

#### **Ivica Josifovikj, Igor Kambovski**

THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE  
ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE  
EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS – PROCEDURE,  
NEGOTIATIONS AND RECENT DEVELOPMENT ..... 153

#### **Miro Katić, Jovan Miljković**

CRIMINAL LAW PROTECTION OF INTELLECTUAL  
PROPERTY RIGHTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA ..... 169

<b>Goran Koevski, Borka Tushevska Gavrilovikj, Darko Spasevski</b> MANDATORY RULES OF THE LAW ON CONCESSIONS AND PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP AND THE PRINCIPLE OF FREEDOM OF CONTRACTING.....	187
<b>Saša Knežević</b> INTERNATIONAL LAW STANDARDS ON THE RIGHT TO COMPENSATION FOR WRONGFUL CONVICTION.....	205
<b>Lazar Nanev, Olga Koshevaliska, Elena Maksimova, Aleksandra Rogleva</b> JUVENILE DELINQUENCY IN THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA THROUGH THE PRISM OF GENDER REPRESENTATION .....	223
<b>Agim Nihiu, Ferat Polisi</b> SOME LEGAL ASPECTS OF THE JUDICIAL PROCEDURE FOR PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION.....	239
<b>Danijela Petrović</b> LEGAL AND ECONOMIC ASPECTS OF LIABILITY FOR DAMAGES.....	249
<b>Ivan Rushev</b> PECULIARITIES OF THE OBLIGATION DARE UNDER BULGARIAN LEGISLATION AND IN COMPARATIVE ASPECT.....	265
<b>Arta Selmani Bakiu, Vedije Ratkoceri</b> INCEST AND PEDOPHILIA WITHIN THE FAMILY: CRIMINAL AND FAMILY LEGAL TREATMENT ACCORDING TO THE POSITIVE LEGISLATION OF THE RNM .....	271
<b>Gordana Stanković</b> NORMATIVE RESTRICTION OF THE RIGHT TO LEGAL PROTECTION IN THE CIVIL PROCEDURE .....	285
<b>Biljana Todorova</b> PANDEMIC AND VIOLATIONS OF WORKERS RIGHTS.....	301
<b>Ilija Vasilyev</b> RESTORATIVE MEASURES IN THE REGULATIONS OF INTERANTIONAL SPORTS FEDERATIONNS.....	313
<b>POLITICS</b>	
<b>Nikola Ambarkov</b> PROBLEMATIC ASPECTS IN ELECTORAL REGULATION OF BOSNIA AND HERZEGOVINA REGARDING THE ELECTION OF THREE – MEMBER PRESIDENCY – ONE REVIEW 25 YEARS AFTER DAYTON .....	327
<b>Halil Burak Sakal, Daniela Pastarmadzhieva</b> ENERGY AND ENVIRONMENT IN TURKISH-BULGARIAN RELATIONS .....	347

**Jordanka Galeva**

OHRID FRAMEWORK AGREEMENT AND  
EURO-ATLANTIC INTEGRATION, 20 YEARS LATER..... 371

**Toni Gjorgiev, Goce Stoilovski**

FROM UNEQUAL ACCESS TO RESOURCES TO  
GLOBAL THREAT ..... 393

**Ana Nikodinovska Krstevska**

SOLIDARITY AND EXTERNALIZATION OF SECURITY IN  
EU MIGRANT AND ASYLUM POLICY.  
A DOUBLE – FOLDED CONCEPT?..... 409

**SOCIETY**

**Irena Avirovikj Bundalevska, Ermin Elezi**

MIGRANT FAMILIES FROM WESTERN MACEDONIA ..... 425

**Marin Beroš**

THE TOURIST AND THE MIGRANT-TWO FACES OF  
THE 21ST CENTURY COSMOPOLITANISM ..... 445

**Merita M. Meçe**

TRUST AND LIFE SATISFACTION IN ALBANIA..... 453

**Slavejko Sasajkovski**

COVID-19 PANDEMIC: SOME MEDICAL-SOCIOLOGICAL,  
SOCIAL-EPIDEMIOLOGICAL AND  
POLITICAL-EPIDEMIOLOGICAL ASPECTS ..... 473

**Velga Vevere, Arturs Mons**

DECISION MAKING FOR SMALL AND MEDIUM SIZE  
ENTERPRISES WITH FOCUS ON SUCCESSFUL  
WORKPLACE COLLABORATION ..... 487

**MEDIA AND COMMUNICATIONS**

**Iskra Koroveshoska, Jordanka Galeva,**

**Andon Majhoshev, Jadranka Denkova**

PERCEPTION OF FREEDOM OF EXPRESSION OF  
MEDIA WORKERS IN THE WESTERN REGION OF  
THE REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA ..... 499

**LAW**



**COMMISSIONERS FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS  
OF SMALL INDIGENOUS PEOPLES IN THE SUBJECTS OF  
THE RUSSIAN FEDERATION:  
THE LATEST TRENDS IN THE DEVELOPMENT OF THE INSTITUTE**

**Natalya Alekseevna Filippova**

Doctor of Law, Candidate of Political Sciences,  
Professor, Head of the Department of State and Municipal Law  
Surgut State University (Surgut, Russia)  
e-mail: [filippova\\_na@surgu.ru](mailto:filippova_na@surgu.ru), [filip64@mail.ru](mailto:filip64@mail.ru)

**Annotation**

The institution of the Commissioner for the Rights of Indigenous Minorities in the subjects of the Russian Federation is a unique legal phenomenon that reflects the peculiarities of Russian public law. The emergence of the institute at the turn of the XX – XXI centuries is associated with the right of the subjects of the Russian Federation to advance legal regulation. The initially developed variety of regional models, which can be conditionally reduced to four main ones, reflected the different views of regional communities about the place of this official in the system of state power of the subjects of the Russian Federation and about the expediency (inexpediency) of the specialization of regional human rights institutions. The period of the first two decades of the twenty-first century is characterized by an increased interest in the institute from both the federal legislator and the indigenous communities. On the one hand, the process of unification of the status of regional commissioners for the rights of indigenous peoples has begun due to the increasingly active regulation of its position by federal legislation. On the other hand, this institution defines its specific functions in the system of other institutions of representation of indigenous peoples, which includes both traditional and modern forms of public and public representation. Finally, the new tasks of nation-building and the constitutional reform of 2020 in Russia allow us to predict new trends in the development of this institution, due both to the modernization of other institutions of indigenous peoples ‘ law (for example, the institution of belonging to an indigenous person), and the desire to provide legal protection to other traditional ethnic minorities, that is, to ethnic minorities that are not considered indigenous by the legislation.

**Keywords:** national minorities, traditional ethnic minorities, indigenous peoples, Commissioner for the Rights of Indigenous Minorities, traditional representation of indigenous peoples, public representation of indigenous people



## УПОЛНОМОЧЕННЫЕ ПО ЗАЩИТЕ ПРАВ КОРЕННЫХ МАЛОЧИСЛЕННЫХ НАРОДОВ В СУБЪЕКТАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: НОВЕЙШИЕ ТЕНДЕНЦИИ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА

**Наталья Алексеевна Филиппова**

доктор юридических наук, кандидат политических наук,  
профессор, заведующая кафедрой государственного и муниципального права  
Сургутский государственный университет (Россия, г. Сургут)

[filippova\\_na@surgu.ru](mailto:filippova_na@surgu.ru), [filip64@mail.ru](mailto:filip64@mail.ru)

### **Аннотация**

Институт уполномоченного по защите прав коренных малочисленных народов в субъектах РФ – уникальный правовой феномен, отражающий особенности российского публичного права. Возникновение института на рубеже XX – XXI вв. связано с правом субъектов РФ на опережающее правовое регулирование. Изначально сложившееся многообразие региональных моделей, которые условно могут быть сведены к четырем основным, отразило различные представления региональных сообществ о месте этого должностного лица в системе государственной власти субъектов РФ и о целесообразности (нецелесообразности) специализации региональных правозащитных институтов. Период двух первых десятилетий XXI века характеризуется возросшим интересом к институту, как со стороны федерального законодателя, так и со стороны сообществ коренных народов. С одной стороны, начался процесс унификации статуса региональных уполномоченных по правам коренных народов за счет все более активного регулирования его положения федеральным законодательством. С другой, этот институт определяет свои специфические функции в системе иных институтов представительства коренных народов, включающей как традиционные, так и современные формы публичного и общественного представительства. Наконец, новые задачи национального строительства, обусловленные конституционной реформой 2020 года в России, позволяют прогнозировать тенденции в развитии этого института. Они обусловлены как модернизацией других институтов права коренных народов (например, института принадлежности лица к числу коренных народов), так и стремлением обеспечить правовую защиту иным традиционным этническим меньшинствам, то есть таким этническим сообществам, которые законодательство не относит к коренным.

**Ключевые слова:** национальные меньшинства, традиционные этнические меньшинства, коренные народы, уполномоченные по защите прав коренных малочисленных народов, традиционное представительство коренных народов, общественное представительство коренных народов

### **1. Введение**

Институт регионального омбудсмана, защищающего права исключительно аборигенных сообществ, а не всех этнических меньшинств в государстве, – уникальный феномен российского публичного права. Наиболее близкие

к нему институты в Европе (Верховный комиссар по делам национальных меньшинств Совета Европы; парламентский комиссар по делам национальных и этнических меньшинств в Венгрии; омбудсмен по борьбе с этнической дискриминацией в Швеции, ныне преобразованный в омбудсмена по вопросам равенства<sup>1</sup>, обеспечивают защиту прав значительно более широкого круга лиц. Это традиционные и новые (миграционные) этнические меньшинства, иные (конфессиональные, региональные, гендерные) национальные меньшинства. В полной мере своеобразие российского «адресного» подхода к защите прав меньшинств можно оценить с учетом трех обстоятельств.

Во-первых, следует помнить, что в российском федеральном конституционном праве урегулирован статус «коренных малочисленных народов», в соответствии с которым обязательным критерием отнесения к таким народам является критерий численности (не более 50 тыс человек). Это исключает из числа субъектов позитивной дискриминации более крупные этносы, представители которых также сохраняют традиционный образ жизни (алтайцев, бурятов, карелов, коми, тувинцев, якутов и др.)<sup>2</sup>. В 2019 году Комитет по ликвидации расовой дискриминации ООН отметил в этой связи, что часть коренных этносов не может воспользоваться существующими инструментами правовой защиты своих земель, ресурсов и средств к существованию<sup>3</sup>. Перечень коренных малочисленных народов РФ определен постановлением Правительства РФ; он насчитывает 47 народов<sup>4</sup> (это немногим более 300 тыс. человек в целом)<sup>5</sup>.

Во-вторых, необходимо учесть, что коренные малочисленные народы проживают на территории 28 субъектов Российской Федерации<sup>6</sup>, а опыт учреждения должности уполномоченного по защите их прав в качестве

---

<sup>1</sup> Чуксина, В.В. *Новый омбудсмен по вопросам равенства (шведский опыт борьбы с дискриминацией)*. Конституционное и муниципальное право, 2012, № 3, сс.78-80.

<sup>2</sup> Жуков, М.А. *Проблемы правового регулирования традиционного природопользования в республиканском и федеральном законодательстве*, Вестник Якутского государственного университета. 2007, №4 (2), сс. 95–99.

<sup>3</sup> *Concluding observations on the twenty third and twenty fourth periodic reports of the Russian Federation, (2019, 21 May)*. Committee on the Elimination of Racial Discrimination. URL: [https://shor-people.ru/wp-content/uploads/2020/05/cerd\\_c\\_rus\\_co\\_23-24\\_add.1-informacija-rf-v-klrd.pdf](https://shor-people.ru/wp-content/uploads/2020/05/cerd_c_rus_co_23-24_add.1-informacija-rf-v-klrd.pdf)(дата обращения 20.05.2021).

<sup>4</sup> *О Едином перечне коренных малочисленных народов Российской Федерации (с изменениями и дополнениями): Постановление Правительства РФ от 24 марта 2000 г. № 255*. Собрание законодательства Российской Федерации, 2000, № 14, ст. 1493.

<sup>5</sup> *Численность коренных малочисленных народов в России выросла более чем на 20% за 30 лет*, ТАСС, 2021, 6 апр. URL: <https://tass.ru/obschestvo/11076891>(дата обращения 06.05.2021).

<sup>6</sup> *Об утверждении перечня мест традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов РФ и перечня видов их традиционной хозяйственной деятельности: Распоряжение Правительства РФ от 8 мая 2009 г. № 631-р (с изменениями и дополнениями)*. Собрание законодательства Российской Федерации, 2009, № 20, ст. 2493.

государственной должности субъекта Федерации имеют всего 4: Красноярский край (2007 г.), Республика Саха (Якутия) и Камчатский край (2013 г.), Республика Алтай (2015 г.). При этом в Республике Алтай опыт оказался не результативным, в настоящее время этой должности нет. Активно обсуждалась, но не была реализована идея учреждения должности уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в Республике Бурятия и Ханты-Мансийском автономном округе – Югре. Наконец, особый институт уполномоченных представителей коренных малочисленных народов Севера существует с 2001 года в Хабаровском крае, где к числу таких представителей отнесены общины коренных малочисленных народов, общественные организации этих народов, их союзы и ассоциации, а с 2009 года также физические лица, избираемые непосредственно сообществами аборигенов. Но в этом случае речь идет о поручении действовать в интересах коренных сообществ, общественном и частноправовом представительстве, а не о правозащитном институте. Похожий институт уполномоченного представительства (или представительства интересов) возник в 2006 году в Магаданской области, где имеется представитель аборигенных этносов при Думе субъекта РФ. По мнению О.Н. Дорониной и О.А. Бражникова, его следует рассматривать в качестве самостоятельного правового института («институт представительства при законодательном органе субъекта федерации»); помимо Магаданской области к группе субъектов РФ, в которых он имеется, авторы отнесли Республики Бурятию и Саха (Якутию), а также Сахалинскую область<sup>7</sup>.

Третье важное обстоятельство заключается в том, что нет корреляции между долей аборигенов в составе населения субъекта Федерации и наличием специализированного правозащитного института. На это обстоятельство указал Уполномоченный по правам человека в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре<sup>8</sup>. К примеру, нет специализированного омбудсмана в Чукотском и Ямало-Ненецком автономных округах, при том, что доли аборигенов в составе населения этих территорий высоки (соответственно, 33% и 8 %).

В трех субъектах Федерации, где представителям коренных этносов *de facto* предоставлена возможность обращения к «своему» уполномоченному по правам, проживает в совокупности чуть более 65 тысяч аборигенов (что сопоставимо с числом жителей одного провинциального российского городка). При этом в структуре населения своего региона они занимают более

---

<sup>7</sup> Доронина, О.Н., Бражников, О.А. *Федеральные и региональные гарантии обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина (на примере прав коренных малочисленных народов и иных национальных меньшинств в Дальневосточном федеральном округе)*. Современное право, 2019, № 3, сс. 19–26.

<sup>8</sup> Стребкова, Н.В. *О некоторых аспектах защиты исконной среды обитания, традиционного образа жизни и традиционного природопользования коренным малочисленным народам Севера в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре*. Вестник Сургутского государственного университета, 2020, № 4, сс. 49–60.

чем скромную позицию (от 0,6% в Красноярском крае до 4% в Камчатском крае и Республике Саха). Таким образом, представленность коренных этносов в структуре региональных сообществ и масштабы потенциальной правозащитной работы нельзя считать достаточным фактором учреждения этого правозащитного института в субъектах РФ. Причины его возникновения можно понять только в контексте трансформации российского федерализма, произошедшей в конце первого – начале второго десятилетия XXI в.; точно также прогноз сохранения и развития института в наибольшей степени связан с новой Арктической политикой России и конституционной реформой 2021 г.

Имеющиеся исследования института уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в субъектах РФ пока ограничены формальным правовым анализом, сравнением соответствующих региональных законов и практик их применения<sup>9</sup>. Системного исследования причин возникновения этого уникального правового явления не предпринималось; прогнозы его дальнейшего существования в контексте эволюции национальных федеративных отношений не делались.

## **2. Институциональный контекст защиты прав коренных малочисленных народов в России**

Действующая российская конституция является первой в истории российского конституционализма, закрепившей обязательство государства обеспечить права коренных малочисленных народов в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами Российской Федерации (ст. 69). При этом история позитивного правового регулирования положения аборигенов насчитывает уже два столетия<sup>10</sup>. Сложившийся за многие десятилетия подход к решению этой задачи в контексте государственного управления территориальным развитием отразился и в конституционном тексте. Статья о правах аборигенов включена не во вторую главу Конституции («Права и свободы человека и гражданина»), а в третью главу («Федеративное устройство»). Будучи частью федеративных отношений, российское аборигенное право не могло не отразить специфику российского федерализма. Нетипично большому количеству субъектов РФ соответствует нетипично большое количество аборигенных этносов, а имеющиеся дефекты конституционной модели разграничения предметов ведения и полномочий в полной мере отразились в разграничении полномочий по обеспечению и защите прав лиц, принадлежащих к числу коренных малочисленных народов.

<sup>9</sup> Колесникова, О.В. (2019) Институт уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в субъектах Российской Федерации: основные направления совершенствования, Актуальные проблемы российского права, 9, 63 – 70.

<sup>10</sup> Кряжков, В.А. *Коренные малочисленные народы Севера в российском праве*. Москва, Изд-во «Норма». 560с.

В соответствии с п. «в» статьи 71 Конституции РФ «регулирование и защита прав национальных меньшинств», в том числе и аборигенных сообществ, – вопрос исключительного федерального ведения. Но «защита прав национальных меньшинств» (п. «б» части 1 статьи 72) – уже предмет совместного ведения. Требования законодательной юридической техники в этом случае не соблюдены. В самом деле, с точки зрения части 1 статьи 76 Конституции РФ вопросы защиты прав национальных меньшинств могут регулироваться исключительно федеральными законами, а с точки зрения части 2 той же статьи они могут регулироваться как федеральными законами, так и законами субъектов Федерации. Более того, по предметам совместного с Федерацией ведения субъекты Федерации имеют право на опережающее правовое регулирование, они вправе принять свой закон в отсутствие федерального. Это и стало правовым основанием учреждения института защитника прав коренных малочисленных народов в регионах в отсутствие аналогичного федерального института. Сам факт коллизии конституционных норм фактически означает, что реальная «демаркация» законодательных полномочий между федеральным парламентом и парламентами субъектов Федерации в этом вопросе проводится по усмотрению федерального законодателя. Лишь отчасти противоречие было разрешено в толковании этих положений Конституционным Судом РФ в 1996 году: Суд посчитал, что *основные* гарантии защиты прав устанавливает федеральный закон, а *дополнительные* могут быть определены региональным законодательством<sup>11</sup>. Но что считать основной гарантией, а что – дополнительной?

Например, достаточно долго положения части 1 статьи 77 Конституции толковались и применялись федеральным законодателем как исключающие рамочное федеральноерегулированиекаких-либоиных, кромепредставительных и исполнительных, органов государственной власти субъектов РФ. Учреждая должность уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в Красноярском крае в 2007 году, красноярский законодатель действовал в своем праве, полагая, что вторжения в компетенцию Федерального Собрания РФ нет; что речь идет о *дополнительном* правозащитном институте. Указ Президента РФ от 4 декабря 2009 года № 1381 «О типовых государственных должностях субъектов Российской Федерации» подтвердил, что такая должность может утверждаться по усмотрению субъекта РФ. Однако уже в 2015 году в Федеральном законе «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» появилась новая глава II.1, регулирующая

---

<sup>11</sup> По делу о проверке конституционности ряда нормативных актов города Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и города Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы: постановление Конституционного Суда РФ от 04.04.1996 г. № 9-П. Собрание законодательства РФ, 1996, № 16, ст. 1909.

общие принципы организации региональных омбудсменов, а в 2020 году был принят новый федеральный закон «Об уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации»<sup>12</sup>.

Основной законодательной новеллой стала возможность выбора между двумя региональными моделями дополнительной защиты прав лиц, относящихся к числу аборигенных этносов: 1) учреждение специального защитника их прав (но при этом функции координации всех специальных уполномоченных возложены на «общего» уполномоченного по правам человека в субъекте Федерации); 2) возложение полномочий специального защитника на «общего» омбудсмена. А назначение последнего требует предварительного согласования кандидатуры с Уполномоченным по правам человека в Российской Федерации (п. 4 ст. 5 Федерального закона от 18 марта 2020 г. № 48-ФЗ). Таким образом, институт защитника прав аборигенов в субъекте Федерации остается дополнительной гарантией их прав, однако свобода усмотрения регионального законодателя в определении его правового статуса уже несколько ограничена. В таком институциональном контексте количество субъектов РФ, учреждающих должность уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в качестве специального правозащитного института, не будет заметно увеличиваться (или не будет увеличиваться совсем).

### **3. Красноярский кейс: факторы успеха «пилотной модели» защитника прав аборигенов**

Институт уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в Красноярском крае возник в результате процесса образования нового субъекта Российской Федерации путем объединения трех субъектов РФ в один. С 1 января 2007 года сложноустроенный Красноярский край (в составе которого было 2 автономных округа – субъекта Федерации) был преобразован в «простой» край. Таймырский (Долгано-Ненецкий) и Эвенкийский автономные округа в процессе этого преобразования утратили статус субъектов РФ, став муниципальными районами. Утрата коренными сообществами своей государственности в форме титульных государственных образований – субъектов РФ была компенсирована учреждением новых институтов представительства на уровне органов государственной власти вновь созданного края. Во-первых, было предусмотрено фиксированное (из 4 депутатов) представительство населения бывших автономных округов в составе Законодательного Собрания Красноярского края. Во-вторых, учреждена должность уполномоченного по правам коренных малочисленных народов (впервые в России и в мире). Российское избирательное право исключает ограничение избирательных

---

<sup>12</sup> *Об уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации: Федеральный закон от 18 марта 2020 г. № 48-ФЗ*. Собрание законодательства Российской Федерации, 2020, № 12, ст. 1640.

прав по признаку этнической принадлежности, поэтому формирование квоты представителей в региональном парламенте только из числа аборигенов и посредством голосования только их одних невозможно. В этой связи создание специализированного уполномоченного изначально рассматривалось и коренным сообществом, и органами государственной власти края в качестве главной компенсирующей гарантии.

И эти ожидания были оправданы. Новый уставный закон края от 16 июня 2016 г. № 10-4679 «Об Уполномоченном по правам человека в Красноярском крае» изменил, вслед за федеральным законодательством, правовое положение «общего» регионального омбудсмана, но сохранил найденную в 2007 году юридическую форму «специального» омбудсмана коренных этносов как оптимальную. Согласно установленному с 2007 года порядку, Уполномоченного по правам коренных малочисленных народов назначает Уполномоченный по правам человека в Красноярском крае, при условии предварительного согласования кандидатуры Законодательным Собранием края (для чего требуется более половины голосов избранных парламентариев). Функция института отражена в определении Уставного закона: он создан для обеспечения «дополнительных гарантий государственной защиты прав и законных интересов коренных малочисленных народов, проживающих на территории края, их соблюдения органами государственной власти края, органами местного самоуправления и должностными лицами, а также для осуществления такой защиты» (п. 2 ст.21); сохранены и требования к кандидатам на эту государственную должность: претендовать на нее может «гражданин Российской Федерации не моложе 30 лет, обладающий безупречной репутацией, имеющий высшее образование и опыт работы по обеспечению социально-экономических, этнических и иных прав этой категории граждан, а также имеющий опыт работы в местах компактного проживания коренных малочисленных народов» (п. 6 ст. 21)<sup>13</sup>. Ограничения по срокам избрания (не более двух пятилетних сроков) отсчитывается с момента вступления в силу названного Уставного закона.

С 2008 года и по сей день Уполномоченным по защите прав коренных малочисленных народов в крае является Семён Пальчин, имеющий опыт работы депутата в составе Верховного Совета СССР, депутата Думы Таймырского (Долгано-Ненецкого) автономного округа и вице-губернатора этого округа. С.Я. Пальчин – один из организаторов Ассоциации коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока РФ и аналогичной Ассоциации Таймыра. Помимо ежегодных специальных докладов Законодательному Собранию по соблюдению прав коренных малочисленных народов на территории края,

---

<sup>13</sup> *Об Уполномоченном по правам человека в Красноярском крае: Уставный закон Красноярского края от 16 июня 2016 г. № 10-4679 (с изменениями и дополнениями)*. Наш Красноярский край, 2016, 6 июля, № 48.

С.Я. Пальчин взаимодействует с общественными организациями коренных народов, а также с палатой коренных малочисленных народов Севера Гражданской ассамблеи Красноярского края; он участвует как уполномоченный представитель в судебных процессах и при рассмотрении обращений к Уполномоченному по правам человека в Красноярском крае, если речь идет о защите и восстановлении прав аборигенов. Таким образом, фактором успеха стали уникальные личные компетенции Уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в крае, дополненные удачным институциональным решением.

Учреждение государственной должности Уполномоченного по защите прав коренных малочисленных народов в Камчатском крае происходило в аналогичных обстоятельствах. Камчатский край возник с 1 июля 2007 года, также в результате объединения Камчатской области и Корякского автономного округа. Корякский автономный округ из субъекта Федерации был преобразован в административную единицу с особым статусом. Федеральный конституционный закон, регулирующий это преобразование, предусмотрел, что из 50 депутатов Законодательного Собрания Камчатского края десять будут представлять жителей этой территориальной единицы (п.1 ст.9). Однако принятый в 2008 году Устав края уже не содержал этой нормы. Краевой закон об Уполномоченном по правам коренных малочисленных народов закрепил парламентскую модель формирования омбудсмана, предоставив право внесения кандидатур в Законодательное Собрание края Губернатору края, депутатским объединениям и Ассоциации коренных малочисленных народов Севера Камчатского края. С 2017 года Уполномоченным по защите прав коренных малочисленных народов в Камчатском крае стала Роза Долган.

Степень востребованности специального омбудсмана для коренных народов в этих двух субъектах Федерации примерно одинакова: 5–6 письменных обращений на каждую тысячу проживающих в регионе аборигенов в год; при этом на письменные обращения приходится примерно 20% всех обращений. Анализ содержания ежегодных докладов позволяет сказать, что, наряду с правозащитной функцией, защитники прав аборигенов выполняют функцию лоббирования интересов коренных сообществ в структурах региональной и федеральной государственной власти.

#### **4. Якутский кейс: с опорой на международное право**

В 2021 году Уполномоченным по правам коренных малочисленных народов в Республике Саха (Якутия) вновь стал Константин Роббек; он занимал эту должность с 2014 по 2019 год. Изначально в Республике была принята модель «исполнительного» омбудсмана по делам коренных народов: назначение на должность осуществляется указом главы Республики. Требуется только



предварительное согласие Ил Тумэн (большинством от установленного числа депутатов) и учет мнения общественных организаций малочисленных народов (п. 2 ст. 4 республиканского закона «Об уполномоченном по правам коренных малочисленных народов Севера в Республике Саха (Якутия)»)<sup>14</sup>.

Республика – бесспорный лидер как по количеству законов в сфере аборигенного права, так и по эффективности их применения. Это единственный субъект РФ, в котором уже на протяжении десяти лет проводится обязательная этнологическая экспертиза, предоставляемая в качестве государственной услуги во всех случаях, когда намечаемая хозяйственная и иная деятельность затрагивает территории традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности коренных жителей Республики. Несоблюдение закона об этнологической экспертизе влечет наложение санкций, предусмотренных региональным административным законодательством. Вероятно, Республика Саха станет первым субъектом РФ, в котором будет кодифицировано законодательство о правах коренных малочисленных народов Севера. В составе ее парламента имеется комитет по вопросам коренных малочисленных народов Севера и делам Арктики, а в системе органов исполнительной власти создано Министерство по развитию Арктики и делам народов Севера. Кроме того, сформирована Ассамблея депутатов – представителей коренных малочисленных народов Севера при Государственном Собрании (Ил Тумэн). Но, пожалуй, самая примечательная особенность регионального взгляда на проблемы коренных этносов заключается в легализации понятия «коренные народы» в том его понимании, которое характерно для международного права. К числу коренных народов в этой республике отнесены якуты, численность которых почти в десять раз превышает установленный федеральным законом предел, а также некоторые иные этнические группы, не включенные в федеральный перечень (например, русское старожильческое население). Таким образом, в этой Республике Уполномоченный по правам коренных малочисленных народов – только один элемент в системе дополнительных гарантий их прав. Структуры, призванные обеспечивать такие гарантии, сформированы во всех ветвях государственной власти Республики. Эффект системности основан на консолидированной воле региональной политической элиты, которая выступает одним из самых влиятельных лоббистов интересов коренных сообществ России на федеральном уровне государственной власти.

## **5. Омбудсмен и защитник? Омбудсмен и арбитр в публичных спорах?**

Типология уполномоченных по правам коренных малочисленных народов в субъектах РФ, сформулированная по критерию порядка их формирования

<sup>14</sup> Об Уполномоченном по правам коренных малочисленных народов Севера в Республике Саха (Якутия): закон Республики Саха (Якутия) от 24 июня 2013 г. 1220-3 N 1327-IV. Якутские ведомости, 2013, 13 июля, № 46.

(законодательная, исполнительная и смешанная модели)<sup>15</sup>, очевидно, сохраняет свой смысл. Однако вопрос о том, какой государственный орган субъекта Федерации должен иметь полномочие назначать защитника прав коренных малочисленных народов, теперь является вторым. Первый вопрос – учреждать ли эту должность, если есть возможность возложить соответствующие функции на «общего» омбудсмена в субъекте РФ?

Формула, которая сегодня включена в федеральный закон, также основывается на региональном опыте. С начала второго десятилетия XXI в. в некоторых субъектах РФ обсуждался вопрос целесообразности учреждения государственной должности уполномоченного по защите прав коренных малочисленных народов. В Ханты-Мансийском автономном округе – Югре было найдено компромиссное решение. Вместо учреждения еще одного специализированного уполномоченного<sup>16</sup>, его функции были возложены на Уполномоченного по правам человека в этом субъекте Федерации. В 2014 году омбудсмен Югры А.Л. Сидоров впервые выступил с докладом «Создание условий для ведения традиционной хозяйственной деятельности титульных народов посредством нормотворческой деятельности органов государственной власти Ханты-Мансийского автономного округа – Югры». Позже он стал депутатом Государственной Думы Федерального Собрания от Югры (комитет по федеративному устройству и вопросам местного самоуправления). В итоге «югорская модель» стала общим вариантом решения проблемы специализации уполномоченных по правам человека в субъектах РФ: функции любого специализированного уполномоченного могут быть возложены на «общего», что чрезвычайно актуально в условиях хронического дефицита бюджетов подавляющего большинства субъектов РФ.

Но основания для регионального многообразия остаются, поскольку «функциональный стандарт», определенный федеральным законодателем для уполномоченного по правам человека в субъекте РФ в 2020 году, всё же может быть дополнен в целях решения задач специальной правовой защиты. И, конечно, объем публичных прав специализированного уполномоченного может быть иным. Таким образом, практический интерес типологизации смещается от критерия порядка формирования должности к критерию порядка ее функционирования, объема публичных прав и полномочий (если полномочия с точки зрения регионального законодателя есть). Федеральный закон «Об уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации» избегает слова «полномочие» в отношении омбудсмена. В соответствии с принятой в России правовой доктриной, это не орган государственной власти

---

<sup>15</sup> Филиппова, Н.А. *Защитник прав коренных народов в регионах России: становление института*. Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук, 2016, № 4, сс. 105–120.

<sup>16</sup> А таких уполномоченных в субъектах РФ, по общему правилу, два: по правам детей и по защите прав предпринимателей.

(он не относится ни к одной из трех ее ветвей, перечисленных в статье 10 Конституции РФ), следовательно, не может иметь децизивных властных полномочий. Однако, наряду с публичными правами, федеральный законодатель наделяет регионального омбудсмена и публичной обязанностью ежегодно предоставлять доклад о своей деятельности региональному парламенту и иным государственным органам, в том числе и федеральным (ст.16 Закона). Значит, как минимум одним полномочием региональный омбудсмен наделен. Согласно федеральному закону, система публичных прав уполномоченного включает в себя: 1) право принимать меры по защите и восстановлению прав и свобод человека и гражданина (основное право); 2) право правотворческого предложения (не инициативы!); 3) право участия в международном сотрудничестве в гуманитарной сфере; 4) право правового просвещения; 5) право инициировать ту или иную форму общественного контроля. Основное публичное право конкретизируется в системе публичных прав уполномоченного, реализуемых им, во-первых, в ходе рассмотрения обращения (ст. 10 Закона) и, во-вторых, по результатам рассмотрения обращения (ст. 11 Закона). Например, по результатам рассмотрения обращения региональный омбудсмен может: 1) обратиться в суд с административным иском (иском) в защиту прав и свобод человека и гражданина (в том числе неограниченного круга лиц), нарушенных решениями или действиями (бездействием) публичных органов; 2) обратиться к этим органам с рекомендациями по восстановлению нарушенных прав; 3) обратиться в соответствующие компетентные публичные органы с ходатайством о возбуждении дисциплинарного производства, рассмотрении вопроса об уголовном преследовании, о возбуждении производства по делу об административном правонарушении в отношении тех, чьи действия стали причиной нарушения прав граждан; 4) обратиться в органы прокуратуры с ходатайством о проверке вступившего в законную силу приговора суда в целях его возможного пересмотра на основании представления прокурора. Очевидно, что при использовании «югорской модели» дополнительных государственных гарантий прав аборигенов, весь этот арсенал возможностей применим для восстановления их прав.

Как уже говорилось, федеральный закон допускает региональные вариации в определении перечня публичных прав омбудсменов. Так, возможно наделение их не только правом правотворческого предложения, но и куда более значимым правом законодательной инициативы в региональном законодательном собрании и некоторыми иными правами. Таким образом, при анализе региональных законов об «общих» или специализированных омбудсменах необходимо обратить внимание на все возможные дополнения перечня публичных прав (это, подчеркнем, могут быть и публичные права, и полномочия), а также на особенности реализации публичных прав из «федерального перечня». Например, в Ханты-Мансийском автономном округе

– Югре в составе корпуса общественных помощников омбудсмена имеется группа таких, которые представляют именно коренных малочисленные народы этого субъекта Федерации. И их деятельность достаточно эффективна<sup>17</sup>.

Некоторое приращение к перечню публичных прав предусмотрено в Красноярском крае, где соответствующая статья уставного закона (ст.23) называется «Компетенция Уполномоченного по правам коренных малочисленных народов», что предполагает наличие полномочий. К полномочиям в строгом смысле этого слова можно отнести: 1) полномочие участия в рассмотрении жалоб, поступающих к «общему» омбудсмену от представителей коренных сообществ края; 3) полномочие ведения мониторинга выполнения федерального и краевого законодательства в отношении таких народов на территории края и анализ соблюдения их прав и социальных гарантий, условий проживания и культурно-национального развития; 3) выступление по доверенности в суде в защиту прав представителей коренных малочисленных народов. Таким образом, уполномоченный по правам коренных этносов одновременно может быть их представителем в суде, защитником их прав в конкретном судебном процессе. Как раз по этой причине миссия специализированного омбудсмена определена краевым законом двойственно: это и «обеспечение дополнительных гарантий государственной защиты прав и законных интересов коренных малочисленных народов», и «осуществление такой защиты».

Соответствующая статья Закона Камчатского края названа «Полномочия Уполномоченного» (ст.8), однако в основном к полномочиям отнесены публичные права, уже названные в федеральном законе. Обращает на себя внимание только пункт 5 этой статьи, в котором специализированному уполномоченному предоставлены функции арбитра (посредника) в спорах между органами публичной власти и представителями коренных малочисленных народов.

Законодатель Республики Саха (Якутия) также говорит о полномочиях Уполномоченного по правам коренных малочисленных народов Севера (глава 3, ст. 6 республиканского закона). Перечень публичных прав и полномочий аналогичен тому, что заявлен в законодательстве Камчатского края, но п.7 статьи 6 на Уполномоченного дополнительно возложена публичная обязанность ежегодно информировать население в местах компактного проживания малочисленных народов по вопросам, относящимся к сфере его деятельности. Можно считать это вариантом целевого правового просвещения.

Итак, особенностью регионального законодательного регулирования является не столь щепетильное отношение к разграничению публичных прав и полномочий специализированных омбудсменов, а также наделение их дополнительными функциями (реализуемыми посредством дополнительных

---

<sup>17</sup> *Гарантии прав коренных малочисленных народов Севера, их реализация и защита в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре*. Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре / Сост. Н.В. Стребкова, Ханты-Мансийск, Изд.-во «Принт-класс», 2019. 349с.

публичных правил полномочий). Таких функций три: 1) публичное посредничество в случае возникновения конфликтов между сообществами коренных народов и публичными органами (организациями); 2) представительство (защита) в судебном процессе; 3) региональный государственный мониторинг соблюдения прав и законных интересов лиц, принадлежащих к числу коренных малочисленных народов, их сообществ и общественных объединений. Региональное своеобразие сочетания этих функций у региональных уполномоченных по правам коренных малочисленных народов в субъектах РФ позволяет условно говорить о моделях «уполномоченного/посредника» (Республика Саха и Камчатский край) и «уполномоченного/защитника» (Красноярский край).

## 6. Перспективы развития института

Формирование новой национальной стратегии освоения Арктических пространств России в 2019 – 2021 гг. стало причиной стремительной модернизации аборигенного права. К вновь возникшим (или формирующимся) институтам этого права можно отнести институт общественных советов с участием представителей аборигенных сообществ при главах исполнительной власти регионального и местного уровней публичной власти; институт принадлежности лица к числу коренных (ведение списка таких лиц Федеральным агентством по делам национальностей с использованием государственной информационной системы мониторинга в сфере межнациональных и межконфессиональных отношений и раннего предупреждения конфликтных ситуаций<sup>18</sup>); институт этнологической экспертизы. Этому же способствует принятие ряда документов программно-целевого планирования, например, Программы государственной поддержки традиционной хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов Российской Федерации, осуществляемой в Арктической зоне Российской Федерации. Усилия государства направлены на предотвращение конфликтов между сообществами коренных народов и субъектами хозяйственной и иной деятельности в процессе активного промышленного освоения Арктической зоны России. Предполагается, что функции посредника, согласующего интересы, будут возложены на общественные советы с участием представителей коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока при органах исполнительной власти субъектов РФ. Новый порядок возмещения убытков, причинённых

---

<sup>18</sup> Об утверждении Правил ведения списка лиц, относящихся к коренным малочисленным народам Российской Федерации, предоставления содержащихся в нем сведений, а также осуществляемого в связи с его ведением межведомственного взаимодействия: постановление Правительства РФ от 23 сентября 2020 г. № 1520. Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202009280014> (дата обращения: 17.05.2021).

сообществам коренных народов в результате нанесения ущерба исконной среде их обитания субъектами хозяйственной деятельности, предполагает, что именно эти советы, а не субъекты традиционной хозяйственной деятельности (как это было ранее принято в регионах) являются стороной компенсирующих соглашений.

Согласно Положению о Совете представителей коренных малочисленных Севера при Главе Республики Саха (Якутия), совет не только обеспечивает подготовку и подписание соглашений с хозяйствующими субъектами, осуществляющими деятельность на территориях традиционного природопользования и (или) территориях, включенных в перечень мест традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов, но и обеспечивает «координацию взаимодействия коренных малочисленных народов Севера и их общин с органами государственной власти Республики Саха (Якутия), территориальными органами федеральных органов исполнительной власти, органами местного самоуправления»<sup>19</sup>. В этой связи модернизация института региональных омбудсменов может быть связана с определением форм их взаимодействия с такими советами.

Конституционная реформа 2020 года открывает еще одну перспективу развития института специализированных омбудсменов в России. Изменения статьи 69 Конституции России, которая в ее первоначальной редакции была направлена исключительно на определение правового положения коренных малочисленных народов в РФ, теперь дополнена еще двумя частями, одна из которых адресована тем этническим меньшинствам, которые не являются аборигенными, а другая – соотечественникам, проживающим за рубежом. И это обстоятельство вновь выносит в плоскость актуальных дискуссий вопрос о расширении специализации «этнических» омбудсменов. В субъектах РФ, отличающихся наиболее сложным этническим составом, предоставление дополнительных государственных гарантий правовой защиты можно адресовать всем этническим меньшинствам, а не только коренным малочисленным народам РФ.

## 7. Заключение

С большой долей уверенности можно утверждать, что возникновение института уполномоченных по правам коренных малочисленных народов в субъектах РФ обусловлено двумя основными факторами: уникальным опытом двухсотлетнего законодательного регулирования положения аборигенных

---

<sup>19</sup> О Совете по вопросам коренных малочисленных народов Севера при Главе Республики Саха (Якутия): утверждено распоряжением Президента Республики Саха (Якутия) от 13 июня 2012 г. № 375-РП (с изм. и доп.). Якутские ведомости, 2012, 20 июня, № 51.

сообществ в российском государстве и особенностями российского федерализма, который сложился в конце XX века и заметно трансформировался в начале текущего столетия. К настоящему времени государственная должность такого омбудсмана существует всего в трех субъектах РФ, в то время как в остальных 25, где также проживают коренные этносы, эти функции возложены на регионального уполномоченного по правам человека («югорская модель» дополнительных гарантий их прав). В Красноярском и Камчатском краях формирование института стало мерой компенсации в процессе прекращения существования автономных округов – субъектов Федерации, в которых коренные народы были титульными этносами. В Республике Саха (Якутия) институт специализированного омбудсмана – часть системы государственных гарантий коренным малочисленным народам, ориентированной на международные стандарты их правовой защиты. В каждом субъекте Федерации используется своя модель формирования специализированного омбудсмана («законодательная» в Камчатском крае, «исполнительная» в Республике Саха (Якутия), «смешанная» в Красноярском крае). С точки зрения дополнительных функций омбудсменов (по отношению к базовому набору публичных прав, определенных федеральным законом) типология уполномоченных выглядит иначе: функции омбудсмана дополняются либо функцией публичного посредника в спорах (Камчатский край и Якутия), либо функцией представителя в судебных процессах с участием аборигенов (Красноярский край). В конце второго десятилетия XXI в. институт уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в субъектах РФ оказался в ситуации конкуренции со множеством новейших институтов аборигенного права, прежде всего, с институтом общественного представительства коренных малочисленных народов при органах исполнительной власти тех субъектов РФ, которые географически включены в Арктическую зону России. Это позволяет предположить, что дальнейшее существование института возможно только за счет существенного обновления его функций. Нельзя исключить и трансформацию института в институт регионального уполномоченного по защите прав этнических меньшинств в целом.

#### **Литература:**

1. Гарантии прав коренных малочисленных народов Севера, их реализация и защита в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре (2019). *Специальный доклад Уполномоченного по правам человека в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре / Сост. Н.В. Стребкова, Ханты-Мансийск, Изд.-во «Принт-класс».*
2. Доронина, О.Н., Бражников О.А. (2019). Федеральные и региональные гарантии обеспечения и защиты прав и свобод человека и гражданина (на примере прав коренных малочисленных народов и иных национальных

- меньшинств в Дальневосточном федеральном округе). *Современное право*, 3, 19–26.
3. Жуков, М.А. (2007). Проблемы правового регулирования традиционного природопользования в республиканском и федеральном законодательстве. *Вестник Якутского государственного университета*, 4, 95–99.
  4. Колесникова, О.В. (2019). Институт уполномоченного по правам коренных малочисленных народов в субъектах Российской Федерации: основные направления совершенствования. *Актуальные проблемы российского права*, 9, 63–70.
  5. Кряжков, В.А. (2010). Коренные малочисленные народы Севера в российском праве. Москва: Норма.
  6. О Едином перечне коренных малочисленных народов Российской Федерации (с изменениями и дополнениями): Постановление Правительства РФ от 24 марта 2000 г. № 255 (2000). *Собрание законодательства Российской Федерации*, № 14, ст.1493.
  7. О Совете по вопросам коренных малочисленных народов Севера при Главе Республики Саха (Якутия): утверждено распоряжением Президента Республики Саха (Якутия) от 13 июня 2012 г. № 375-РП (20 июня 2012 г.). *Якутские ведомости*, №51.
  8. Об Уполномоченном по правам коренных малочисленных народов Севера в Республике Саха (Якутия): закон Республики Саха (Якутия) от 24 июня 2013 г. 1220-3 N 1327-IV (13 июля 2013 г.). *Якутские ведомости*, № 46.
  9. Об Уполномоченном по правам человека в Красноярском крае: Уставный закон Красноярского края от 16 июня 2016 г. № 10-4679 (6 июля 2016 г.). *Наш Красноярский край*, № 48.
  10. Об уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации: Федеральный закон от 18 марта 2020 г. № 48-ФЗ (2020). *Собрание законодательства Российской Федерации*, № 12, ст.1640.
  11. Об утверждении перечня мест традиционного проживания и традиционной хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов РФ и перечня видов их традиционной хозяйственной деятельности: Распоряжение Правительства РФ от 8 мая 2009 г. № 631-р. (2009). *Собрание законодательства Российской Федерации*, № 20, ст.2493.
  12. Об утверждении Правил ведения списка лиц, относящихся к коренным малочисленным народам Российской Федерации, предоставления содержащихся в нем сведений, а также осуществляемого в связи с его ведением межведомственного взаимодействия: постановление Правительства РФ от 23 сентября 2020 г. № 1520 (2020 г.). Получено 17 мая 2021 г., из Официального интернет-портала правовой информации: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202009280014>.



13. По делу о проверке конституционности ряда нормативных актов города Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и города Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы: постановление Конституционного Суда РФ от 4 апреля 1996 г. № 9-П (1996). Собрание законодательства Российской Федерации. № 16, ст. 1909.
14. Стребкова, Н.В. (2020). О некоторых аспектах защиты исконной среды обитания, традиционного образа жизни и традиционного природопользования коренным малочисленных народов Севера в Ханты-Мансийском автономном округе – Югре. *Вестник Сургутского государственного университета*, 4, 49–60.
15. Филиппова, Н.А. (2016). Защитник прав коренных народов в регионах России: становление института. *Научный ежегодник Института философии и права Уральского отделения Российской академии наук*, 4, 105–120.
16. Чуксина, В.В. (2012). Новый омбудсмен по вопросам равенства (шведский опыт борьбы с дискриминацией). *Конституционное и муниципальное право*, № 3, 78–80.
17. Concluding observations on the twenty third and twenty fourth periodic reports of the Russian Federation (21 May 2019 г.). Committee on the Elimination of Racial Discrimination.

**Reference:**

1. Garantii prav korenny`x malochislenny`x narodov Severa, ix realizaciya i zashhita v Xanty`-Mansijskom avtonomnom okruge – Yugre (2019). Special`ny`j doklad Upolnomochennogo po pravam cheloveka v Xanty`-Mansijskom avtonomnom okruge – Yugre / Sost. N.V. Strebkova, Xanty`-Mansijsk, Izd.-vo «Print-klass».
2. Doronina, O.N., Brazhnikov O.A. (2019). Federal`ny`e i regional`ny`e garantii obespecheniya i zashhity` prav i svobod cheloveka i grazhdanina (na primere prav korenny`x malochislenny`x narodov i iny`x nacional`ny`x men`shinstv v Dal`nevostochnom federal`nom okruge). *Sovremennoe pravo*, 3, 19–26.
3. Zhukov, M.A. (2007). Problemy` pravovogo regulirovaniya tradicionnogo prirodopol`zovaniya v respublikanskom i federal`nom zakonodatel`stve. *Vestnik Yakutskogo gosudarstvennogo universiteta*, 4, 95-99.
4. Kolesnikova, O.V. (2019). Institut upolnomochennogo po pravam korenny`x malochislenny`x narodov v sub``ektax Rossijskoj Federacii: osnovny`e napravleniya sovershenstvovaniya. Aktual`ny`e problemy` rossijskogo prava, 9, 63–70.

5. Kryazhkov, V.A. (2010). Korenny`e malochislenny`e narody` Severa v rossijskom prave. Moskva: Norma.
6. O Edinom perechnye korenny`x malochislenny`x narodov Rossijskoj Federacii (s izmeneniyami i dopolneniyami): Postanovlenie Pravitel`stva RF ot 24 marta 2000 g. № 255 (2000). Sobranie zakonodatel`stva Rossijskoj Federacii, №. 14, st.1493.
7. O Sovete po voprosam korenny`x malochislenny`x narodov Severa pri Glave Respubliki Saxa (Yakutiya): utverzhdeno rasporyazheniem Prezidenta Respubliki Saxa (Yakutiya) ot 13 iyunya 2012 g. № 375-RP (20 iyunya 2012 g.). Yakutskie vedomosti, № 51.
8. Ob Upolnomochennom po pravam korenny`x malochislenny`x narodov Severa v Respublike Saxa (Yakutiya): zakon Respubliki Saxa (Yakutiya) ot 24 iyunya 2013 g. 1220-Z N 1327-IV (13 iyulya 2013 g.). Yakutskie vedomosti, № 46.
9. Ob Upolnomochennom po pravam cheloveka v Krasnoyarskom krae: Ustavny`j zakon Krasnoyarskogo kraja ot 16 iyunya 2016 g. № 10-4679 (6 iyulya 2016 g.). Nash Krasnoyarskij kraj, № 48.
10. Ob upolnomochenny`x po pravam cheloveka v sub``ektax Rossijskoj Federacii: Federal`ny`j zakon ot 18 marta 2020 g. № 48-FZ (2020). Sobranie zakonodatel`stva Rossijskoj Federacii, №12, st.1640.
11. Ob utverzhdenii perechnya mest tradicionnogo prozhivaniya i tradicionnoj xozyajstvennoj deyatel`nosti korenny`x malochislenny`x narodov RF i perechnya vidov ix tradicionnoj xozyajstvennoj deyatel`nosti: Rasporyazhenie Pravitel`stva RF ot 8 maya 2009 g. № 631-r. (2009). Sobranie zakonodatel`stva Rossijskoj Federacii, № 20, st.2493.
12. Ob utverzhdenii Pravil vedeniya spiska licz, odnosyashhixsya k korenny`m malochislenny`m narodam Rossijskoj Federacii, predostavleniya sodержashhixsya v nem svedenij, a takzhe osushhestvlyaemogo v svyazi s ego vedeniem mezhdovedstvennogo vzaimodejstviya: postanovlenie Pravitel`stva RF ot 23 sentyabrya 2020 g. № 1520 (2020 g.). Polucheno 17 maya 2021 g., iz Oficial`nogointernet-portala pravovoj informacii: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202009280014>
13. Po delu o proverke konstitucionnosti ryada normativny`x aktov goroda Moskvy` i Moskovskoj oblasti, Stavropol`skogo kraja, Voronezhskoj oblasti i goroda Voronezha, reglamentiruyushhix poryadok registracii grazhdan, priby`vayushhix na postoyannoe zhitel`stvo v nazvanny`e regiony` :postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 4 aprelya 1996 g. № 9-P (1996). Sobranie zakonodatel`stva Rossijskoj Federacii. № 16, st.1909.
14. Strebkova, N.V. (2020). O nekotory`x aspektax zashhity` iskonnoj sredy` obitaniya, tradicionnogo obraza zhizni i tradicionnogo prirodopol`zovaniya korenny`m malochislenny`x narodov Severa v Xanty`-Mansijskom avtonomnom okruge – Yugre. Vestnik Surgutskogo gosudarstvennogo universiteta, 4, 49–60.

15. Filippova, N.A. (2016). Zashhitnik prav korenny`x narodov v regionax Rossii: stanovlenie instituta. Nauchny`j ezhegodnik Instituta filosofii i prava Ural`skogo otdeleniya Rossijskoj akademii nauk, 4, 105–120.
16. Chuksina, V.V. (2012). Novy`j ombudsmen po voprosam ravenstva (shvedskij opy`t bor`by` s diskriminacej). Konstitucionnoe i municipal`noe pravo, № 3, 78–80.
17. Concluding observations on the twenty third and twenty fourth periodic reports of the Russian Federation (21 May 2019 г.). Committee on the Elimination of Racial Discrimination.

## PRISON SENTENCES IN THE REPUBLIC OF SERBIA WITH AN ANALYSIS OF COURT PRACTICE

**Vanda Božić**

Assistant Professor, Faculty of Law  
University Business Academy, Novi Sad  
University Union - Nikola Tesla, Belgrade  
e-mail: [vanda.bozic@pravni-fakultet.info](mailto:vanda.bozic@pravni-fakultet.info)

### **Abstract**

The paper gives an overview of the hindermost reform of criminal legislation from May 2019 in relation to imprisonment in the Republic of Serbia. From a theoretical point of view, the legal provisions of imprisonment and life imprisonment for the most serious crimes in the criminal legislation of the Republic of Serbia have been analyzed. Along with arduous debate in scientific and professional circles, the amendment to the Criminal Code of the Republic of Serbia from December 1, 2019, introduced a life sentence for perpetrators of serious crimes. In this way, the previous long-term prison sentences of 30 to 40 years in prison are included in the sentence of life imprisonment. In relation to imprisonment, the Criminal Code prescribes a special minimum sentence of imprisonment which may not be less than thirty days and a special maximum sentence of imprisonment which may not exceed twenty years. The paper also contains an analysis of court practice regarding the pronouncement of prison sentences (prison and life imprisonment) as well as unconditional and conditional prison sentences for the convicted in the last seven years (2014-2020). Based on the conducted research and theoretical analysis, possible proposals were pointed out *de lege ferenda*.

**Keywords:** imprisonment, life imprisonment, reform of criminal legislation, the Republic of Serbia

### **1. INTRODUCTORY NOTES**

In the last few years, the Republic of Serbia has largely harmonized its national legislation with European Union international documents and law. At the end of 2019, the criminal legislation of the Republic of Serbia underwent significant reforms in relation to imprisonment. The amendment to the Criminal Code from December 2019 caused sharp debate and disapproval in scientific and professional circles regarding the introduction of life imprisonment, without the possibility of conditional release for the exhaustively listed criminal offenses (aggravated murder, rape, intercourse with a minor, a pregnant woman and an incapacitated person with a fatal outcome).

We find the same decision in the national legislations of Great Britain, Germany, Belgium, the Netherlands, Latvia, Malta, Turkey, Hungary and the Slovak Republic.

The proposal for the introduction of a life sentence was initiated by the “Tijana Jurić” foundation<sup>1</sup>. Tijana Jurić was a fifteen-year-old girl who was brutally raped and killed therefore, the stated amendment to the criminal law was unofficially named – „Tijana’s law“. This legal solution sent a message to the public that the perpetrators of the most serious crimes will be imprisoned for life, in order for justice to be served.

As one of the criminal sanctions prescribed by the Criminal Code of the Republic of Serbia<sup>2</sup> (in addition to a fine, work in the public interest and revocation of a driver’s license), imprisonment (imprisonment and life imprisonment) may be imposed on a perpetrator of a criminal offense who has been found guilty of a criminal offense.<sup>3</sup> Until then, the highest prison sentences were 30 to 40 years in prison, which are now covered by life imprisonment.

In order to achieve the purpose of a sentence, it should be emphasized that the court in criminal proceedings will take into account all mitigating and aggravating circumstances of a particular case. The court renders a conviction consisting of two decisions, decisions of guilt and decisions on sentence.<sup>4</sup> When the court finds that a criminal offense has been committed and that the perpetrator is guilty, it imposes a sentence on the perpetrator in order to express social condemnation, in order to influence the specific perpetrator not to commit criminal offenses in the future, but also to prevent other citizens from committing criminal acts. Through social condemnation, the victim receives a certain satisfaction for the harm and injustice done, and the law thus enhances.

## 2. CRIMINAL LAW REFORM IN RELATION TO PRISON

Imprisonment and life imprisonment that can be imposed for the most serious crimes, are two prison sentences in the Criminal Code of the Republic of Serbia.<sup>5</sup> The prison sentence system is shown in Table 1.

---

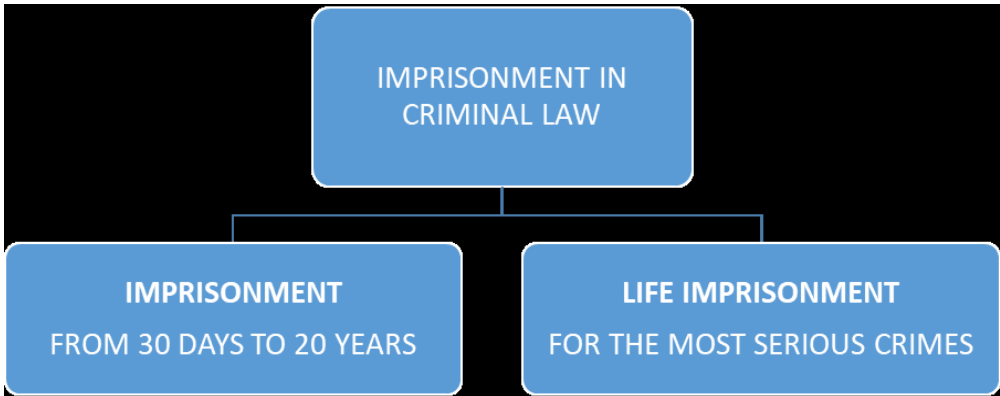
<sup>1</sup> On August 21, 2018, the Court of Appeals in Novi Sad confirmed the verdict of the High Court in Subotica, which sentenced Dragan Đurić to 40 years in prison on June 15 for the murder of Tijana Jurić. See more at: <https://tijana.rs/>, accessed on 01/05/2021.

<sup>2</sup> Article 43 of the RS Criminal Code, Official Gazette of the Republic of Serbia, no. 85/05, 88/05 - corrected, 107/05 - corrected, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 and 35/19.

<sup>3</sup> For more on comparative decisions on imprisonment, see: Božić V, Simović M, *Kritički osvrt na reformu kaznenog zakonodavstva u odnosu na kaznu zatvora u Republici Hrvatskoj i Republici Srbiji*, Srpska pravna misao, 53/2020; p. 129-142.

<sup>4</sup> See: Đurđević Z, *Odluka o kazni – kaznenoprocesna pitanja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 11, broj 2/2004, p.751-782.

<sup>5</sup> See previous solutions in: Božić V, *Kazna zatvora u kaznenom zakonodavstvu Hrvatske i Srbije – osvrt na pojedina zakonska rješenja uz prijedloge de lege ferenda*, Collection of papers „The Role of Law in Social Development“, Faculty of Law Priština, Kosovska Mitrovica, Tom II, 2019, p. 91-106.



**Table no 1.** Imprisonment in the Criminal Code of Serbia

The court may impose a prison sentence of a minimum of 30 (thirty) days. The maximum term of imprisonment is 20 (twenty) years. Imprisonment is predicated in full years and months, while imprisonment for up to 6 (six) months may be predicated in days.<sup>6</sup> If the court considers that the purpose of the sentence can be achieved by serving a prison sentence at home, and it is a prison sentence of up to one year, it may decide that the convict shall serve the sentence of imprisonment at home. It should be noted that a house arrest sentence cannot be imposed on a perpetrator of a criminal offense against marriage and family, who lives in the same apartment or under the same roof with the injured party.<sup>7</sup> When making a decision, the court will take into account the personality of the perpetrator, his previous life, the degree of guilt and his behavior and conduct after committing the criminal offense.<sup>8</sup> If a convict serving a prison sentence at home leaves his apartment or the house where he lives for more than six hours, or if he voluntarily and independently leaves the premises of his stay and residence twice for up to six hours, the court shall issue a decision orders for the person to spend the rest of the prison sentence in the prison.<sup>9</sup>

For the most serious criminal offenses and the most serious forms of serious criminal offenses, in addition to imprisonment, a life sentence may be exceptionally imposed, provided that such a severe sentence of deprivation of liberty cannot be imposed on a person who at the time of the commission of the criminal offense had

<sup>6</sup> Article 45 paragraph.1. and 2. Criminal Code of the Republic of Serbia (CC RS), Official Gazette of the Republic of Serbia, no. 85/05, 88/05 – corr., 107/05 – corr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 and 94/16.

Art.45. paragraph 1. i 2. CC RS, Official Gazette of the Republic of Serbia, no. 85/05, 88/05 - corr., 107/05 - corr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

<sup>7</sup> Art.44.a. paragraph 1. i 2. CC RS

<sup>8</sup> Art.45. st.5. CC RS

<sup>9</sup> Art.44.a paragraph 1. i 2. CC RS

not reached the age of 21.<sup>10</sup>

Introduced life imprisonment in the criminal legislation of the Republic of Serbia acknowledges the parole provided that the convicted person has served two thirds of his sentence in prison. In addition to the above stated basic condition, the Criminal Code imposes other additional conditions that must be met cumulatively: if the convict has improved while serving his sentence and can be reasonably expected that he will be well-behaved in freedom, and especially if does not commit a new crime until the expiration of the time for which the sentence was imposed.<sup>11</sup>

In assessing whether the convict will be released on parole, the court will particularly appreciate his conduct while serving his sentence, the performance of work obligations with regard to his ability to work, as well as other circumstances that indicate that the convict will not commit a new crime while on parole.<sup>12</sup> It should be pointed out that a convict who has been punished twice for serious disciplinary offenses while serving his sentence and whose benefits have been taken away cannot be released on parole.<sup>13</sup> It should also be noted that the court may determine in the decision on conditional release that the convict is obliged to fulfill some of the obligations provided by the criminal law provisions. According to paragraph 5 of Art. 46 of the Criminal Code, the court may not conditionally release a convicted person for criminal offenses: *aggravated murder* - who takes the life of a child or a pregnant woman (Article 114, paragraph 1, item 9), *rape* - if during the act the death of the person against whom the act was committed occurred or if the act was committed against a child (Article 178, paragraph 4), *intercourse over an incapacitated person* - if the act resulted in the death of the person against whom the act was committed or if the act was committed against a child (179 paragraph 3), *intercourse with a child* - if the child died as a result of the act (Article 180, paragraph 3) and *intercourse by abuse of position* - if the act was committed against a child, and the child died as a result of the act (Article 181, paragraph 5).

In table no.2. the conditions under which the court may conditionally release the convicted person are stated.

---

<sup>10</sup> Art.44.a. paragraph 2. CC RS

<sup>11</sup> Art.46. paragraph 1.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

### THE COURT MAY CONDITIONALLY DISMISS THE CONVICTED PERSON

- 1- who is sentenced to life imprisonment, if he has served twenty-seven (27) years
- 2- if he has improved while serving his sentence and it can be reasonably expected that he will behave well in freedom
- 3- if he has not committed a new criminal offense by the end of the time for which the sentence was imposed
- 4- who was convicted of:
  - crimes against humanity and other goods protected by international law (Articles 370 to 393a)
  - criminal offenses against sexual freedom (Articles 178 to 185b)
  - criminal offense of domestic violence (Article 194, paragraphs 2 to 4)
  - criminal offense of unauthorized production and distribution of narcotics (Article 246, paragraph 5)
  - criminal offenses against the constitutional order and security of the Republic of Serbia (Articles 305 to 321)
  - criminal offense of accepting bribes (Article 367)
  - criminal offense of bribery (Article 368)
- 5- who has been convicted by special departments of the competent courts, in proceedings conducted in accordance with the jurisdiction determined by the law governing the organization and competence of state bodies in the fight against organized crime, corruption and terrorism.
- 6- who has been sentenced to imprisonment more than three times, and there has been no erasure or there are no conditions for erasing any of the convictions.

**Table no 2.** Conditions for parole<sup>14</sup>

The European Court of Human Rights has confirmed in its decisions that the imposition of life imprisonment on convicts in the national legislation of the Member States must be in accordance with Art. 3. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which prohibits torture, inhuman or degrading treatment or punishment.<sup>15</sup> The decisions state that the national laws of the

<sup>14</sup> Art. 46. CC RS

<sup>15</sup> Article 3. The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, available at: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (01.05.2021.)  
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Rome, 4.XI.1950, European



member states should adopt provisions according to which the competent courts will be able to review the need to serve a life sentence for a convict, after 25 years of serving a sentence. The European Court of Human Rights considers that it is incompatible with human dignity to deprive someone of their liberty without trying to rehabilitate them and give them a chance to regain their freedom one day.<sup>16</sup> At the national level, courts should be obliged to examine whether the circumstances of progress have changed significantly for convicts, which no longer justify further prison sentence. To clarify, the provisions relating to the examination of the justification of further serving a life sentence by convicts should be based on penological reasons for and against, such as sentencing, deterrence from re-offending, public protection and rehabilitation of convicts.<sup>17</sup>

It should also be noted that the European Court of Human Rights has taken the view that stricter control is needed in granting pardons by the President of the Republic in the event that there are no conditions for the conditional release of a convict from serving a life sentence, because in cases of pardons that are given only in exceptional cases, there are no provisions that oblige to determine the existence of penological reasons for the justification of pardons.<sup>18</sup>

We point out to Resolution (76) 2 on the treatment of convicts serving long prison sentences, which was adopted 45 years ago, on 17 February 1976, by the Committee of Ministers of the Council of Europe at the 254<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies. With the mentioned Resolution, the Committee of Ministers of the Council of Europe recommended to the member states to provide in their national legislation the possibility for the convict, after eight to fourteen years from imprisonment, to reconsider the need and justification for the continuation of a prison sentence.<sup>19</sup> According to the Recommendation (item 5), the convict must be provided with the right for the revision of the sentence of life imprisonment, and he should be informed about the possibilities of conditional release at the beginning of serving the sentence.

---

Convention on Human Rights, available at: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_BOS.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf) (01.05.2021).

<sup>16</sup> See: European Court of Human Rights, CASE OF HARAKCHIEV AND TOLUMOV v. BULGARIA, (Applications nos. 15018/11 and 61199/12), STRASBOURG, 8 July 2014, available at: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-145442&filename=001-145442.pdf> (01.05.2021.)

<sup>17</sup> See: European Court of Human Rights, CASE OF MURRAY v. THE NETHERLANDS (Application no. 10511/10), JUDGMENT, STRASBOURG, 26 April 2016, available at: <https://www.conjur.com.br/dl/holanda-prisao-perpetua-tratamento.pdf> (01.05.2021.)

<sup>18</sup> See: European Court of Human Rights, CASE OF PETUKHOV V. UKRAINE No. 2, JUDGMENT, STRASBOURG, 26 March 2019, available at: <https://strasbourgobservers.com/2019/03/26/petukhov-v-ukraine-no-2-life-sentences-incompatible-with-the-convention-but-only-in-eastern-europe/>, (01.05.2021.)

<sup>19</sup> Item 12. COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS RESOLUTION (76) 2 ON THE TREATMENT OF LONG-TERM PRISONERS<sup>1</sup> (Adopted by the Committee of Ministers on 17 February 1976 at the 254<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies), available at: <https://rm.coe.int/16804f2385> (01.05.2021.)

### 3. PRISON SENTENCE - ANALYSIS AND RESEARCH OF COURT PRACTICE

The paper analyzes the sentences imposed on adult convicts in the Republic of Serbia in the seven-year period from 2014 to 2020. The analysis includes all prison sentences, from life imprisonment (40 years), prison sentences from 30 to 40 years, prison sentences from 15 to 20 years, from 10 to 15 years, from 5 to 10 years, from 3 to 5 years, from 2 up to 3 years, from 1 to 2 years, and short-term imprisonment of less than one year (from 6 to 12 months, from 3 to 6 months, from 2 to 3 months and imprisonment for up to 2 months).

This analysis is visible in the figures under ordinal numbers 4 and 5 and in chart no.1.

PRISON SENTENCES	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<b>TOTAL</b>	<b>13026</b>	<b>8820</b>	<b>9419</b>	<b>8220</b>	<b>7408</b>	<b>6772</b>	<b>6150</b>
<b>40 years</b>	2	4	5	2	3	4	-
<b>30 - 40 years</b>	11	13	9	11	7	4	8
<b>15 – 20 years</b>	23	3	22	18	12	13	14
<b>10–15 years</b>	59	34	49	38	29	36	50
<b>5–10 years</b>	191	171	191	156	125	150	138
<b>3–5 years</b>	677	550	707	628	616	589	480
<b>2–3 years</b>	947	875	930	770	753	798	631
<b>1–2 years</b>	1631	1438	1520	1448	1256	1293	1137
<b>6 - 12months</b>	3184	2422	2424	2199	1860	1664	1562
<b>3–6months</b>	3772	2116	2269	2000	1835	1498	1481
<b>2–3months</b>	1899	864	965	757	687	586	511
<b>Up to 2 months</b>	630	330	328	193	225	137	138

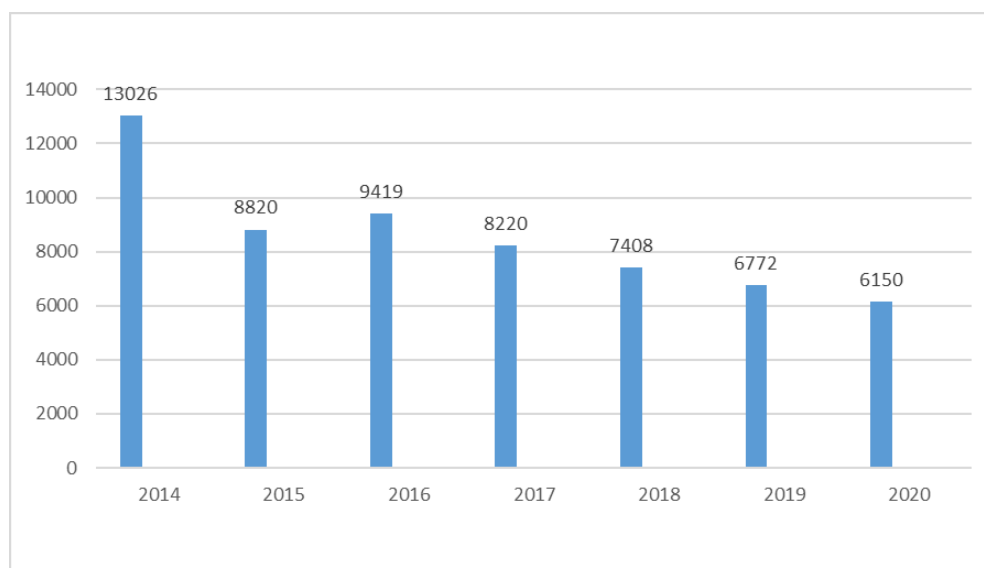
*Table no 3.* Adults sentenced to imprisonment in the period from 2014 to 2020 in the Republic of Serbia<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Adult perpetrators of criminal offenses in 2014, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

Adult perpetrators of criminal offenses in 2015, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

Adult perpetrators of criminal offenses in 2016, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

Adult perpetrators of criminal offenses in 2017, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions,



*Chart no 1.* Sentenced to prison 2014 – 2020.

The highest number of prison sentences was noted in 2014 (13026), and the lowest in 2020 (6150). What we notice first is the gradual decline from year to year in the number of prison sentences imposed. Thus, in 2020, 53% fewer prison sentences were imposed than seven years earlier.

If we consider each year of the observed period, we can point out that in 2014, the most prison sentences were for three to six months (3772), then imprisonment from six months to one year (3184) and imprisonment from two to three months (1899). In 2015, the situation changed somewhat, with the number of prison sentences being significantly lower than in the previous year. Thus, we have the most sentences of imprisonment from 6 to 12 months (2422), then imprisonment from 3 to 6 months (2116), and imprisonment from 1 to 2 years (1438). We can conclude that in terms of the frequency of imprisonment, prison sentences of three months to two years are in the first place, which persisted for the next three years.

---

Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

Adult perpetrators of criminal offenses in 2018, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

Adult perpetrators of criminal offenses in 2019, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

Adult perpetrators of criminal offenses in 2020, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

In 2016, the most sentences were imprisonment for more than six months to one year (2424), followed by imprisonment for three to six months (2269) and the third place for imprisonment for 1 to 2 years (1520). In 2017 and 2018, the situation is almost identical. In 2017, most prison sentences were imposed for more than six months to a year (2199), then imprisonment for three to six months (2000) and imprisonment for 1 to 2 years (1448).

In 2018, the most sentences were imprisonment for more than six months to a year (1860), followed by imprisonment for three to six months (1835) and third place for imprisonment for one to two years (1256).

However, in 2019 and 2020, there was a significant decline in the total number of prison sentences imposed compared to the previous period. Thus, in 2019, in the first place is still a prison sentence of 6 to 12 months (1664), in the second place is a prison sentence of three to six months (1498) and in the third place is a prison sentence of 1 to 2 years (1293). In the past 2020, there was a decline in the imposition of prison sentences, in the first place is still a prison sentence of 6 to 12 months (1562), in the second place a prison sentence of 3 to 6 months (1481), and in the third place a prison sentence from 1 to 2 years (1137).

From the above analysis, we can conclude that most short-term prison sentences were imposed, however, the question arises as to whether the purpose of punishment has been achieved. A greater effect in sentencing convicts, however, would be obtained in imposing alternative sanctions, such as work in the public interest, than through unconditional short-term imprisonment. It should be emphasized that suspended sentences are very questionable in terms of achieving the purpose of punishment because the convict, in the case of a suspended sentence, actually understands the conviction as acquittal,<sup>21</sup> because *de facto* he did not receive any imprisonment that would prevent him from committing any more criminal offense.<sup>22</sup> Consideration should be given to whether the imposition of a suspended sentence is justified in all cases and whether the purpose of punishment has been achieved in each individual case *in concreto*.

Although there have been fewer and fewer prison sentences in recent years, short-term prison sentences still take the lead. It is to be assumed that the court is willing to immediately issue a serious reprimand to the perpetrator as well as social condemnation for the committed crime. On the other hand, it should be emphasized

---

<sup>21</sup> See more: Krstulović A, Šćepanović M, *Utjecaj izmjena Kaznenog zakona na mogućnost i učestalost primjene uvjetne osude (i njihov daljnji utjecaj na primjenu instituta kaznenog materijalnog i procesnog prava)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2006, 13 (2), p. 617-655.

<sup>22</sup> Božić V, *Kaznenopravne sankcije u zakonodavstvu Republike Hrvatske – kritički osvrt i analiza stanja uz prijedloge de lege ferenda*, Zbornik radova Udruženja za međunarodno krivično pravo, Tara, 05/2019, p. 319-334.

More about the suspended sentence, see: Aljinović N, *Djelomična uvjetna osuda i njezina primjena u praksi s prikazom sustava uvjetne osude u novom kaznenom zakonu*, Zagrebačka pravna revija, 2017, 6 (3), p.337-367.

that a serious decline in the imposition of prison sentences is recorded by short-term imprisonment of up to 2 months, which the courts imposed 630 times in 2014, and in the last year of the observed period 2020, only 138 times.

We can note that a large number of prison sentences ranging from two to five years were noted down, which was maintained throughout the years of the observed period. Imprisonment sentences of 2 to 5 years in 2014 were noted (1624), in 2015 (1425), in 2016 (1637), in 2017 (1398), in 2018 (1369), in 2019 (1387) and 2020 (1111), which indicates a certain constant.

The sentence of five to ten years in prison, although numerically much less represented, is still relatively often imposed by courts. In the observed seven-year period, the sentences of 5 to 10 years in prison ranged from (191) imposed in 2014, (171) imposed in 2015, (191) imposed in 2016, (156) imposed in 2017. year, (125) pronounced in 2018, (150) in 2019 and (138) in the last year of the observed period, 2020.

The number of imprisonment sentences of 10 to 15 years ranged from 29 to 59, while the number of prison sentences of 15 to 20 years ranged from 3 sentences in 2015 to 23 prison sentences in 2014.

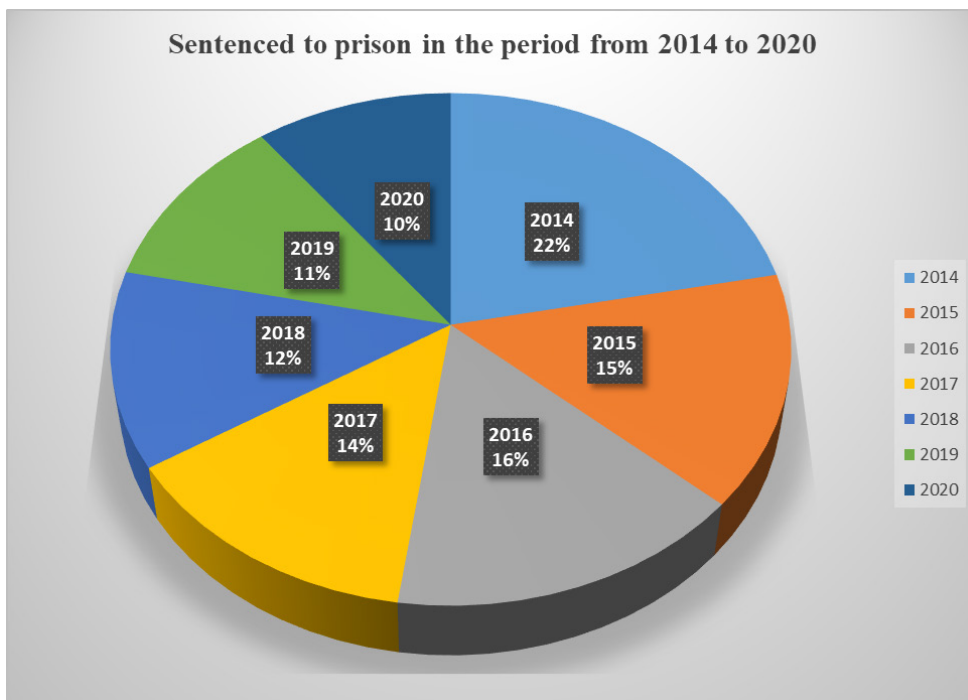
In court practice, in the observed period, the most severe sentences of thirty to forty years of imprisonment were imposed, as well as a sentence of imprisonment of forty years. Long-term imprisonment from 30 to 40 years was imposed in each year of the observed period, the most were imposed in 2014 and 2017, 11 prison sentences, and the least, only 4 such prison sentences in 2019. In 2015, (13) prison sentences of 30-40 years were imposed, in 2016 (9) sentences, in 2018 (7) sentences, and in 2020 (8) prison sentences of 30 - 40 years. The sentence of 40 years in prison was imposed in two cases, in 2014 and 2017, and in 5 cases in 2016. In 2020, no 40-year life sentence was imposed.

In 2020, the most numerous criminal offenses for which adults have been convicted are criminal offenses against: property (25.6%), marriage and family (14.3%) and human health (19.4%), while imprisonment makes up 24.1% of all sentences, and suspended sentence 55.6%.<sup>23</sup>

At least prison sentences were imposed in 2020 (10%), which is also shown in Figure no. 1.

---

<sup>23</sup> Adult perpetrators of criminal offenses in 2020, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.



**Figure no 1.** Sentenced to prison in the period from 2014 to 2020.<sup>24</sup>

In table no.5. and chart no.2. the total prison sentences imposed (unconditional prison sentences and suspended prison sentences) in the observed seven-year period, from 2014 to 2020, are presented.

The highest number of total prison sentences was recorded in 2015 (31333), and the lowest in 2020 (20329).

Of the total number of prison sentences, in 2014, 41.58% of unconditional prison sentences were imposed, while 58.42% were suspended prison sentences. In 2015, the situation changed a lot in favor of suspended prison sentences, so unconditional prison sentences were represented by only 31.38 %, while suspended prison sentences were 68.62%. In 2016, we had 34.94% of unconditional prison sentences and 65.06% of suspended sentences. In 2017, of the total prison sentences imposed, 31.41% were unconditional prison sentences, while 68.59% were suspended prison sentences. The same situation marked 2018, with 30.51% of unconditional prison sentences and 69.49% of suspended prison sentences. The trend is almost identical in the last two years of the observed period. Thus, in 2019, 29.62% of unconditional prison sentences and 70.38% of suspended prison sentences were recorded. In 2020, of the total prison sentences imposed, 30.25% were unconditional and 69.75% were

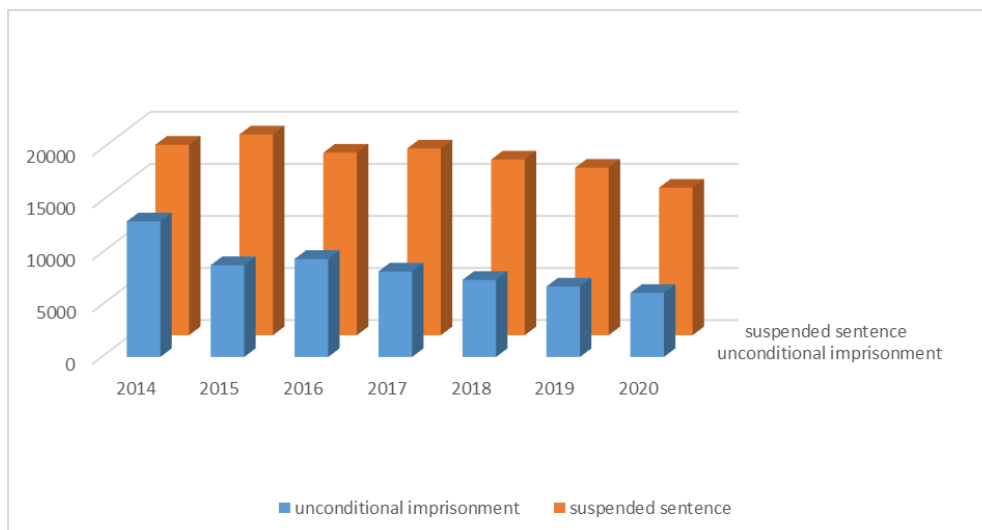
<sup>24</sup> Source: Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

suspended sentence. We can conclude that in recent years the ratio of imposing unconditional and conditional prison sentences has been 1: 2 in favor of suspended prison sentences.

<b>ADULTS SENTENCED TO UNCONDITIONAL AND CONDITIONAL IMPRISONMENT FROM 2014 TO 2020</b>							
	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>2020</b>
<b>TOTAL</b>	31333	28110	26960	26168	24288	22865	20329
<b>UNCONDITIONAL IMPRISONMENT</b>	13026	8820	9419	8220	7408	6772	6150
<b>CONDITIONAL IMPRISONMENT</b>	18307	19290	17541	17948	16880	16093	14179

**Table no.4.** Adult convicts sentenced to unconditional and conditional imprisonment in the period from 2014 to 2020.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Adult perpetrators of criminal offenses in 2014, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.  
 Adult perpetrators of criminal offenses in 2015, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.  
 Adult perpetrators of criminal offenses in 2016, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.  
 Adult perpetrators of criminal offenses in 2017, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.  
 Adult perpetrators of criminal offenses in 2018, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.  
 Adult perpetrators of criminal offenses in 2019, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.  
 Adult perpetrators of criminal offenses in 2020, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.



**Chart no2.** Suspended sentence and Unconditional imprisonment, 2014 – 2020.<sup>26</sup>

#### 4. CONCLUDING REMARKS

Imprisonment is a necessary repressive measure provided by the Criminal Code in the suppression of criminal offenses. Based on a theoretical review through the reform of criminal legislation regarding the imposition of imprisonment and research of the case law of imprisonment in the Republic of Serbia, we came to certain conclusions in the paper.

„Tijana’s law“ (Law on Amendments to the Criminal Code of December 1, 2019) introduced a life sentence, which included the highest prison sentences until then, lasting from 30 to 40 years in prison. The stated decision was adopted, although it was obstructed by certain groups of experts and scientists. It should be emphasized that the sentence of life imprisonment is the only possible sanction provided for the most serious forms of criminal offenses and as such certainly has its justification in the criminal legislation of the Republic of Serbia. It is important to note that on the one hand, the adopted decision regarding the conditional release of a convict serving a life sentence is justified, however, on the other hand, it should be pointed out that such a decision is contrary to Art. 3. European Conventions on Fundamental Human Rights and Freedoms.

Namely, according to the Criminal Code of the Republic of Serbia, conditional release of a convict serving a life sentence is not possible in the case of the following serious criminal offenses, namely: 1) aggravated murder - who kills a child or a pregnant woman, 2) rape -if during the act the death of the person against whom the

<sup>26</sup> *Ibid.*



act was committed occurred or if the act was committed against a child, 3) intercourse over an incapacitated person- if the act resulted in the death of the person against whom the act was committed or if the act was committed against a child, and 4) intercourse with a child and intercourse by abuse of position -if the child died as a result of the aforementioned criminal offenses.

If a life sentence without the right to parole becomes final, the provision of the Convention on Fundamental Rights, which prohibits torture, inhuman or degrading treatment or punishment, is violated, which is the position of the European Court of Human Rights. Therefore, in order for a life sentence to be humane and humiliating, the convict must be given the opportunity from the court to review the sentence after a certain amount of time spent serving the sentence and to determine in the proceedings whether it is necessary for the convict to continue serving the prison sentence. If the convict has largely recovered from the commission of the criminal offense and if it is not necessary to continue serving the sentence, the court may release the convict on parole.

In the conducted case law research, we were convinced that in the past seven years (from 2014 to 2020) there was a rapid decline in the imposition of short-term prison sentences.

However, we still believe that the problem is short-term prison sentences, which are still imposed by the courts in a large number of cases, because they do not achieve the purpose of punishment. Therefore, we suggest that when deciding on the type of criminal sanction, consideration should be given to replacing short-term prison sentences with other, alternative sanctions that will affect the convict more and which will adequately express social condemnation of the perpetrator for the crime.

Likewise, the exceptional prescribing of short-term prison sentences and the application of alternative criminal sanctions can solve the problem of prison overcrowding and reduce the number of prisoners serving sentences in penitentiaries. The problem of overcrowding in penitentiaries has recently been contributed to by the institute of plea agreements between defendants and the prosecution, which is in favor of the growing number of decisions on sentencing in the form of suspended sentences and work in the public interest.

### **Literature**

1. Adult perpetrators of criminal offenses in 2014, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.
2. Adult perpetrators of criminal offenses in 2015, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.
3. Adult perpetrators of criminal offenses in 2016, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.

4. Adult perpetrators of criminal offenses in 2017, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.
5. Adult perpetrators of criminal offenses in 2018, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.
6. Adult perpetrators of criminal offenses in 2019, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.
7. Adult perpetrators of criminal offenses in 2020, Bulletin of Reporting, Indictments and Convictions, Belgrade, Republic Statistical Office of the Republic of Serbia.
8. Aljinović N, *Djelomična uvjetna osuda i njezina primjena u praksi s prikazom sustava uvjetne osude u novom kaznenom zakonu*, Zagrebačka pravna revija, 2017, 6 (3), p.337-367.
9. Božić V, *Kaznenopravne sankcije u zakonodavstvu Republike Hrvatske – kritički osvrt i analiza stanja uz prijedloge de lege ferenda*, Zbornik radova Udruženja za međunarodno krivično pravo, Tara, 05/2019, p. 319-334.
10. Božić V, Simović M, *Kritički osvrt na reformu kaznenog zakonodavstva u odnosu na kaznu zatvora u Republici Hrvatskoj i Republici Srbiji*, Srpska pravna misao, 53/2020; p. 129-142.
11. Božić V, *Kazna zatvora u kaznenom zakonodavstvu Hrvatske i Srbije – osvrt na pojedina zakonska rješenja uz prijedloge de lege ferenda*, Collection of papers „The Role of Law in Social Development“, Faculty of Law Priština, Kosovska Mitrovica, Tom II, 2019, p. 91-106.
12. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Rome, 4.XI.1950, European Convention on Human Rights, available at: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_BOS.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_BOS.pdf) (01.05.2021.)
13. COUNCIL OF EUROPE COMMITTEE OF MINISTERS RESOLUTION (76) 2 ON THE TREATMENT OF LONG-TERM PRISONERS<sup>1</sup> (Adopted by the Committee of Ministers on 17 February 1976 at the 254th meeting of the Ministers’ Deputies), available at: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf) (01.05.2021.)
14. European Court of Human Rights, CASE OF HARAKCHIEV AND TOLUMOV v. BULGARIA, (Applications nos. 15018/11 and 61199/12), STRASBOURG, 8 July 2014
15. European Court of Human Rights, CASE OF MURRAY v. THE NETHERLANDS (Application no. 10511/10), JUDGMENT, STRASBOURG, 26 April 2016, available at: <https://www.conjur.com.br/dl/holanda-prisao-perpetua-tratamento.pdf> (01.05.2021.)

16. European Court of Human Rights, CASE OF PETUKHOV V. UKRAINE No. 2, JUDGMENT, STRASBOURG, 26 March 2019, available at: <https://strasbourgobservers.com/2019/03/26/petukhov-v-ukraine-no-2-life-sentences-incompatible-with-the-convention-but-only-in-eastern-europe/>, (01.05.2021.)
17. Đurđević Z, *Odluka o kazni – kaznenoprocena pitanja*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 11, no 2/2004, p. 751-782.
18. Fondacija Tijana Jurić, available to: <https://tijana.rs/>, (01.05.2021.)
19. Krivični zakonik RS, Official Gazette of the Republic of Serbia, no. 85/05, 88/05 - corr., 107/05 - corr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19.
20. Krstulović A, Šćepanović M, *Utjecaj izmjena Kaznenog zakona na mogućnost i učestalost primjene uvjetne osude (i njihov daljnji utjecaj na primjenu instituta kaznenog materijalnog i procesnog prava)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 2006, 13 (2), str. 617-655.

## LEGAL REMEDIES FOR EXERCISING THE RIGHTS OF THE PARTNERS, IE THE SHAREHOLDERS IN THE TRADING COMPANIES

**Kimo Chavdar**

Full professor, School of Law, University American College Skopje

e-mail: [cavdar@uacs.edu.mk](mailto:cavdar@uacs.edu.mk)

### **Abstract**

The subject of this paper is the summary study of the procedural aspects of the legal remedies that can be used by the partners or shareholders of the company, having in mind that they create relations between them which arise from the obligation law, based on a private legal basis and relations that are aimed at achieving the goal that was set at the moment of establishing the company. In that sense, the procedural aspects of the legal remedies are elaborated, with which the partners or shareholders of the company can exercise their rights according to the Law on Trade Companies, having in mind both the rights through which they realize the interests of the company and the rights that arise for them. In doing so, the legal remedies that they can use in the court procedure in accordance with the Law on litigation Procedure and the Law on Non-litigation Procedure are taken into account, which can be divided into two groups, as follows: 1. lawsuits with which a litigation procedure is initiated for protection, ie realization of a right as *actio pro socio* and 2. other submissions by which a non-litigation procedure is initiated before a court in order to enable the partner or shareholder to inspect the company's documentation for later realization of his or her right.

**Keywords:** company, partners, shareholders, lawsuits, *actio pro socio*

## ПРОЦЕСНОПРАВНИ АПЕКТИ НА ПРАВОЗАШТИТНИТЕ СРЕДСТВА ЗА ОСТВАРУВАЊЕ НА ПРАВАТА НА СОДРУЖНИЦИТЕ, ОДНОСНО АКЦИОНЕРИТЕ ВО ТРГОВСКО ДРУШТВО

**Кимо Чавдар**

Професор, Факултет за правни науки, Универзитет Американ колеџ Скопје,

e-маил: [cavdar@uacs.edu.mk](mailto:cavdar@uacs.edu.mk)

### **Апстракт**

Предмет на овој труд е сумарното проучување на процесните аспекти на правозаштитните средства кои можат да го искористат содружниците односно акционерите на трговското друштво имајќи предвид дека меѓу нив се создаваат односи кои се облигационоправни создадени на приватноправна основа и односи кои се насочено кон остварување на целта која постои при остварување на трговското друштво. Во таа смисла елаборирани се процесните аспекти на правозаштитните средства со кои содружниците односно акционерите на трговското друштво може да ги остваруваат

правата кои според Законот за трговските друштва им припаѓаат имајќи ги предвид како оние права преку кои ги остваруваат интересите на друштвото, така и оние права кои произлегуваат за нив. При тоа, главно се имаат предвид они правозаштитни средства кои тие можат да ги употребуваат во постапката пред суд согласно на Законот за парничната постапка и согласно на Законот за вонпарничната постапка и кои можат да се поделат на две групи и тоа: 1. тужби со кои се поведува парнична постапка за заштита, односно остварување на некое право или како *actio pro socio* и 2. други поднесоци со кои се поведува вонпарнична постапка пред суд со цел на содружникот односно акционерот да му се овозможи увид во документацијата на друштвото заради подоцнежено остварување на некое негово право.

**Клучни зборови:** трговски друштва, содружници, акционери, тужби, *actio pro socio*

## Вовед

Трговското друштво претставува здружување на лица на приватно правна основа, која настанува со правно дело заради остварување на заедничка цел на сите членови кои во што во моментот на основање на друштво станува цел на друштвото.

Трговското друштво се основа со договорот за друштвото (ДОО и др), односно со статут на друштвото (АД и др), при што договорот се склучува, а статутот се усвојува во писмена форма (чл.22 од ЗТД). И едниот и другиот претставуваат правни дела, но не во смисла дека се работи за договор со кој две или повеќе страни заемно се обврзуваат на престации, задоволувајќи своите различни интереси, туку секој здружувач се обврзува на давања и сторувања во друштвото, делувајќи во интерес кој што му е заеднички со останатите здружувачи - *affectio societatis* (*ius fraternitatis*), поради што таа зделка треба да се смета за заеднички акт на здружувачите.

Во теоријата секогаш се поставува прашањето за односот меѓу интересите на содружниците, односно акционерите на трговските друштва, нивните лични интереси по однос на интересите на трговското друштво и дали делувањето на трговското друштво во рамките на неговите интереси, кое е спротивно на личните интереси на содружниците или акционерите, е недопуштено и дали треба да биде санкционирано, па дури и тогаш кога тоа не е предвидено со Законот за трговските друштва. Токму сумарното проучување на правозаштитните средства кои можат да го искористат содружниците односно акционерите на трговското друштво е предмет на овој труд имајќи предвид дека меѓу нив се создаваат односи кои се облигационоправни создадени на приватноправна основа. Поради тоа, статуирана е и регулативата за правозаштитните средства кај здружувањата во трговско друштво согласно со општите начела на облигационото право, а посебно на начелото дека одговара за штета секој кој

причини штета за друг и дека на оштетениот му се гарантира правото на тужба пред надлежен суд. Се разбира ова е еден аспект од потребата за постоење на правозаштитни средства за остварување на правата на содружниците, односно акционерите во трговските друштва, а вториот аспект е остварување на целта која постои при основањето на друштвото.

## 1. Општи согледувања за трговските друштва

### 1.1 Целта на основањето и предмет на работењето на трговско друштво

Основање на одредено трговско друштво всушност е остварување на намерата на лицата правни или физички кој го основаат е постигнување на одредена заедничка цел. Во науката намерата за постигнување на таа заедничка цел се именува како *affectio societatis* (Vasiljević 2011) или уште и како *ius fraternitatis*, кои поими означуваат постоење заедничка волја на сите содружници (здружувачи) да ги групираат и обединат своите усилби во поглед на остварувањето на заедничката цел. Овие латински изрази упатуваат на психолошката врска меѓу здружувачите, којашто е конститутивен елемент на друштвото, а чии составни делови се отсуство на субординација меѓу здружувачите, волјата за соработка во водењето на работите на друштвото и прифаќањето на заедничките ризици, чиј интензитет варира од една до друга форма на друштво, односно од една до друга категорија на здружувачи. Во правната наука е, (Barbić 2008) речиси, општо прифатена тезата дека, по правило, не може да настане и да егзистира друштво без волјата на здружувачите, а тоа, всушност, ја изразува смислата и значењето на терминот *affectio societatis*.

Во врска со постоењето на оваа волја и цел на здружувачите во одредено трговско друштво, во науката е воочено дека целта мора да им одговара на сите здружувачи и е суштествен елемент на договорот на кој се заснова друштвото. Имено, сите здружувачи мораат да придонесуваат кон остварувањето на заедничката цел, но нивниот придонес не мора да биде еднаков ниту во однос на начинот како кон тоа придонесуваат, ниту во однос на големината на она што го придонесуваат (пари, некоја имотна вредност, труд, совет итн.).

Во Законот за трговските друштва (ЗТД), кај одделните видови друштва, не е пропишано која е целта поради која здружувачите (акционери, содружници) основаат трговско друштво, меѓутоа, во одредбата од член 4 став 1 се пропишува дека трговец, во смисла на тој Закон, е секое лице кое самостојно трајно во вид на занимање врши трговска дејност заради остварување добивка со производство, трговија и давање услуги на пазарот.

Во теоријата е истакнато дека треба да се прифати дека целта на секое трговско друштво се состои во водење на претпријатието кое што тоа го има. При ова, под претпријатие, во смисла на член 3 став 1 точка 40 од ЗТД, се сфаќа збир од права, ствари и фактички односи кои имаат имотна вредност

и кои припаѓаат кон трговската дејност на трговецот, при што овие елементи ја сочинуваат активата на трговецот, но ги опфаќаат и неговите обврски. Претпријатието претставува целосен правен објект кој може да биде во промет. Според тоа претпријатието нема правен субјективитет и самото тоа не може да биде носител на права и обврски.

Од целта на друштвото треба да се разликува неговиот предмет на работењето. Со вршење на дејностите коишто го сочинуваат предметот на работењето, друштвото ја остварува својата цел на она подрачје на кое ја остварува својата деловна дејност, па би можело да се каже дека остварувањето на предметот на работењето означува конкретизација на целта на друштвото. Според тоа, предметот на работењето се запишува во трговскиот регистар и, главно, трговското друштво може да презема правни работи и дејствија во рамките на предметот на работењето, но според одредбите од член 64 став 2 од ЗТД, под одредени услови, полноважни се и оние правни работи коишто ги склучува, односно правни работи коишто ги презема трговското друштво со кои што е пречекорен предметното работење. Ова означува дека кај нас е напуштена доктрината *ultra vires*, според која се неважечки правните дела што ги презема друштвото надвор од предметот на работењето (Недков, Беличанец, Градишки – Лазаревска 2003).

## **1.2 Основање и деловно работење на трговското друштво како правен субјект**

Со оглед на тоа дека трговското друштво се основа со договор за друштвото, односно статут на друштвото, со едногласна согласност на сите здружувачи. Меѓутоа доколку се работи за промена на таквиот акт, кога станува збор на друштва на капиталот (ДОО, АД), не е потребна согласност на сите здружувачи, туку најмалку квалификувано мнозинство на нивните гласови што е пропишано со закон, односно со договорот или статутот, а и со исполнувања на некои дополнителни претпоставки.

Меѓутоа, за настанување на трговското друштво не е доволно да се склучи договорот, односно да се усвои статутот. Покрај тоа, потребно е и учество на државата како власт, која преку овластените органи испитува дали се исполнети претпоставките кои можат да доведат до настанување на трговското друштво како правно лице, и доколку утврди дека се исполнети тие претпоставки, друштвото се запишува во трговскиот регистар.

Кога настанува трговското друштво како правен субјект, тоа постои одвоено од здружувачите, се осамостојува во однос на здружувачите и станува посебен правен субјект кој е носител на правата и должностите. Поради тоа, со член 25 од ЗТД е пропишано дека трговското друштво, кое стекнува својство на правно лице со уписот во трговскиот регистар, може да стекнува права и да презема обврски, да стекнува сопственост и други стварни права, да склучува договори

и други правни работи, да тужи и да биде тужено пред суд и да учествува во други постапки.

На тој начин во случај кога трговското друштво стекнува својство на правно лице, односите во самото друштво, делувањето спрема третите лица, а особено статусот на неговиот имот, добиваат сосема поинаква димензија. Така, имотот на друштвото претставува севкупност на правата, сопственички и други стварни права што друштвото ги стекнува над добрата (парите, стварите и правата) што содружниците, односно акционерите ги вложиле во друштвото или коишто друштвото ги стекнало со своето работење (чл. 3 т. 21 од ЗТД), а при што акционерите, односно содружниците не можат да остваруваат никакви права во однос на тој имот.

Со оглед на изнесеното, трговското друштво се институционализира, така што ги поврзува здружувачите во една потрајна заедница, која се разликува од оние облигационоправни заедници во кои страните не се потрајно поврзани, туку како облигационоправни односи престануваат со исполнување на обврските поради кои и настанале. Здружувачите кои основале трговско друштво, пак, се поврзуваат, како содружници или акционери, во заедништво во кое владее начелото на заемна доверба што произлегува од околноста дека тие се здружиле заради постигнување на извесна заедничка цел, што значи дека на тоа ги прилагодиле и своите поединечни интереси, но со здружувањето не се одрекнале од остварувањето на сопствените поединечни интереси. Наведените интереси здружувачот може да ги остварува, но не спротивно на она што го прифатил како заедничка цел со здружувањето, освен што некој од нив се задоволени и со остварувањето на заедничката цел. Со здружувањето во друштвото здружувачот се согласил на таквото ограничување.

### **1.3 Општо за правозаштитните средства на здружувачите во трговско друштво**

Начелото на доверба во овие здружувања потекнува од примената на начелото на совесност и чесност од облигационото право, а во друштвата се одразува во заштитата на правата и во лојалното постапување (Hasić 2013). Така, на пример, преку правилото според кое под еднакви услови здружувачите имаат еднакви права во друштвото (напр. акционерите во акционерското друштво), тие имаат право да бараат надомест на штета од акционерот кој го искористил своето влијание кај органите на друштвото за да би остварил користи кои нему не му припаѓаат, или право на информирање. За случаите на повреда на заемната доверба на здружувачите, некогаш се пропишуваат санкции во вид на можност на побивање на одлуките на собранието на АД или на собирот на содружниците, поднесување тужба против друг содружник (*actio pro socio*) (Veronica 2016) и слично. Значи, не станува збор за начело кое би имало само теоретско значење, туку примената на тоа начело може да доведе до сериозни последици во однос на друштвото.



Токму поради она што е изнесено понапред, овде посебно ќе бидат елаборирани правозащитните средства со кои содружниците, односно акционерите во трговските друштва може да ги остваруваат правата кои, според Законот за трговските друштва, им припаѓаат, имајќи ги предвид како оние права преку кои ги остваруваат своите интереси во друштвото, така и оние права кои произлегуваат за нив доколку се работи за нелојално постапување од страна на другите содружници, односно акционери, или од страна на самото друштво. При тоа, главно, се имаат предвид оние правозащитни средства кои содружниците, односно акционерите можат да ги употребат во постапка пред суд.

Во овие случаи може да стане збор и за *actio pro socio/societate* (Van Deventer 2019), кој поим означува можност одреден содружник или акционер, наместо трговското друштво, да постави барање спрема друг содружник или акционер кој не ги исполнил обврските кои произлегуваат за него од здружувањето во трговското друштво. Оваа *actio pro socio* може да биде поставена во форма на тужба со која се поведува парнична постапка или во форма на предлог со кој се поведува вонпарнична постапка пред суд, кое нешто може да се процени од содржината на секоја конкретна тужба, односно предлог.

Правозащитните средства, пак, главно, можат да се поделат на: а) тужби со кои се поведува парнична постапка за заштита, односно остварување на некое право или како *actio pro socio* и б) други поднесоци со кои се поведува вонпарнична постапка пред суд со цел на содружникот, односно акционерот, со содејство на суд да му се обезбеди увид во документација на друштвото заради подоцнежното остварување на некое негово право, или да се обезбеди непречено работење на друштвото, кое поради нефункционирање на одредени органи не може да се оствари, а исто така и како *actio pro socio*.

Општа одредба за заштита на право пред судот е содржана во член 42 од ЗТД, според кој, ако орган на трговското друштво повреди право на содружниците, односно на акционерите кое што произлегува од содружништвото, секој содружник, односно акционер може да бара заштита на тоа право пред суд што е надлежен според Законот за судовите.

## **2. Некои процесноправни аспекти во врска со правозащитните средства на здружувачите во трговско друштво**

### **2.1 Сумарен приказ на одредбите од Законот за парничната постапка во врска со правозащитните средства за поведување на парница**

Според Законот за парничната постапка (ЗПП), парничната постапка се поведува со тужба како иницијален акт во која како странки постојат тужител и тужен. Тужбата представува парнично дејствие чија форма и содржина е определена со ЗПП – чл. 175. Покрај останатото тужбата треба да содржи

определено барање во поглед на главната работа и на споредните барања, факти врз кои тужителот го заснова барањето, докази со кои се утврдуваат овие факти, како и други податоци кои мора да ги има секој поднесок. Судот ќе постапи според тужбата и кога тужителот не го навел правниот основа на тужбеното барање, а ако тужителот го навел правниот основ, судот не е врзан за него - чл.176 од ЗПП.

Во една тужба тужителот може да истекне повеќе барања против истиот тужен кога сите барања се поврзани со ист фактички или правен основ но и кога истиот суд стварно е надлежен за секој од овие барања и кога за сите барања е определен ист тип постапка. Тужителот може две или повеќе барања да ги истакне во една тужба и така судот да го усвои следното од тие барања ако најде дека она што е пред него истакнато не е основано – чл. 178 од ЗПП.

Во врска со престанок на својството на содружник односно акционер во текот на парницата што ја завел друг содружник согласно одредбите од ЗТД од интерес е одредбите од член 185 од ЗПП со кој е пропишано дека ако некоја од странките отуѓи предмет или право за кој тече парница тоа не пречи да се доврши парницата меѓу истите странаки со тоа што лицето кое го прибавило предметот или правот за кое тече парницата може да стапи во парницата наместо тужителот односно тужениот, смао ако со тоа се согласат двете странки.

Со огредбите од ЗТД за правозаштитните средства, во повеќе случаеви се пропишува дека парницата со извесно правозаштитено средство – тужба, може да ја поведе здружувач, било тоа да го стори поединечно ии заедно со други овластени субјекти – здружувачи односно понекогаш заедно и со самото трговско друштво. Со оглед на ова во предвид доаѓа примена на институтот сопарничари во парничната постапка. Во таа смисла се одредбите од чл. 186 од ЗПП и натаму со кои е пропишано дека повеќе лица можат со една тужба да тужат, односно да бидат тужени (сопарничари) ако во поглед напредметот на спорот се во правна заедница или ако нивните права односно обврски произлегуваат од ист фактички или правен основ, при што до заклучувањето на главната расправа, под наведените услови покрај тужителот може да пристапи нов тужител, при што лицето кое што пристапува кон тужбата мора да ја прими парницата во онаа состојба во која таа се наоѓа кога тоа стапува во неа.

Секако треба да се има предвид дека секој сопарничар во постапката е самостојна странка и неговите дејствија или пропуштања не им користат ниту им штетат на другите сопарничари.

Во практиката може да се случи друго лице кое може да биде тужител да не сака да се приклучи кон тужбата на друг, како сопарничар, но сепак има интерес парницата да заврши во корист на тужителот, така на пример одреден содружник или акционер па и самото трговско друштво има интерес да се успее со тужбата против раководно лице во корист на трговското друштво може да земе учество во парницата како замешувач. Имено, според член 194 од ЗПП,

лице кое има правен интерес во парница што тече меѓу други лица една од странките да успее, може да и се придружи на таа странка како замешувач под условите пропишани со таа одредба и натамошните одредби од ЗПП. (Чавдар 2013)

Со оглед на устројството на правозащитните средства во ЗТД, одредбите од ЗПП за замешувач на страна на тужителот, често можат да дојдат до примена. При тоа се има предвид дека замешувачот мора да ја прими парницата во онаа состојба во која се наоѓа во моментот кога ќе се замешта во парницата, а во натамошниот тек на парницата тој е овластен да истакнува предлози и да ги презема сите други парнични дејствија во рокови во кои тие дејствија би можела да ги презема странката на која и се придружил – чл. 196 од ЗПП.

Во одредени случаи се пропишува дека одреден содружник или акционер може, наместо трговското друштво да постави барање спрема друг содружник или акционер да ги исполни обврските кои произлегуваат за него спрема трговското друштво или пак барање со кое се бара ништовност или се побива одлука на трговското друштво кое е во корист и на останатите здружувачи. Во таков случај несомнено станува збор за *actio pro socio/societate* што е редок случај во правниот живот, едно лице да постои свое тужбено барање во кое побарува корист или друга придобивка за трето лице. *Actio pro socio* може да биде поставена во форма на тужба со која се поведува парнична постапка или во форма на предлог со кој се поведува вонпарнична постапка пред суд, кое нешто може да се процени од содржината на секоја конкретна тужба, односно предлог.

Сепак за поведување на парнична постапка со тужба содружникот, односно акционерот, мора кон тужбата покрај останатото да приложи и докази со кои судот ќе утврди дека тој има својство на содружник односно акционер, кое својство треба да го има во текот на целата парница. Доколку таквото својство му престане на парницата пред донесувањето на првостепената одлука, таквиот акционер, односно содружник парницата може да ја продолжи со првобитното тужбено барање само доколку докаже посебен правен интерес за тоа.

## **2.2 Поведување на парнична постапка со тужба од страна на содружник односно акционер во трговското друштво согласно ЗТД**

Во одредбите од ЗТД во кои е предвидено дека правозащитното средство претставува тужба, наведени се претпоставките кои треба да бидат исполнети за да може содружникот односно акционерот во трговското друштво да поведе парнична постапка со тужба. Така кај тужбата за утврдување ништовност на трговското друштво (чл. 33 од ЗТД) е предвидено дека тужбата може да поднесе секој содружник односно акционер (покрај останатите лице наведени во одредбата), при што стварната легитимација на тужителите е определена во ЗТД, со тоа што е пропишано во кои случаи и кои претпоставки треба да бидат исполнети за да може да се поднесе оваа тужба.

Исто така содружник односно акционер може да поднесе тужба за утврдување на ништовност на упис во трговското регистар (чл. 107 од ЗТД), меѓутоа само доколку докаже дека има правен интерес за утврдување ништовност на уписот во трговскиот регистар. По тужба на еден или повеќе содружници чии што влогови чинат најмалку 1/10 од основната главнина, судот, со одлука може да изрече престанување на ДОО, ако постигнување на целта на друштвото што произлегува од предметот на работењето стане невозможно или ако постојат други значајни причини за престанување на друштвото. Доколку во текот на парницата некој од содружниците се откаже од тужбата така што остане помалку од 1/10 од основната главнина на останатите тужители, настапува случај во кој не постои случај на натамошна активна легитимација на тужителите поради што судот ќе донесе соодветна одлука.

Парнична постапка се поведува и во случаите кога се бара ништовност односно побивање на одредени акти на трговското друштво. Имено, според одредбите од член 225 до 228 од ЗТД содружник може да бара со тужба утврдување на ништовност на одлука донесена на собирот на содружници на ДОО односно, тужба за побивање на одлуки донесени на собирот на содружници на ДОО. Тужбата според одредбите од член 227 и 228 од ЗТД има и карактер на *actio pro socio* бидејќи со таква тужба може да се побива одлука на содружници во ДОО затоа што содружникот со гласањето на собирот на содружниците стекнал за себе или на некој друг му овозможил да стекне корист на штета на друштвото или на другите содружници, како и одлука која е заснована на недавање на известување кое што влијаело на донесувањето на одлуката.

Кај акционерските друштва тужба за ништовност на одлуката на собранието на АД може да поднесе секој акционер и други лица, наброени во член 410 од ЗТД доколку одлуката е ништовна во случаевите наведени во член 408 од ЗТД.

Тужба за побивање на одлука на собрание на АД пак според чл 412 до 415 од ЗТД исто така може да поднесе секој акционер доколку се исполнети претпоставките од тие одредби. Оваа тужба има карактер на *actio pro socio* имајќи предвид дека според член 412 став 2 ако судот со правосилна одлука ја поништи одлуката на собранието таа има дејство спрема сите акционери членовите на органот на управување, односно на надзорниот одбор дури и кога тие не биле странка во постапката.

Во одредени случаи содржник, односно акционер може да поднесе и тужба за надоместување на штетата што му е причинета нему односно, и на друштвото. Посебен случај преставува оној кога уште во подготовките за основање на трговско друштво кога меѓу наредните основаче и склучен договор меѓу наредните основачи, поради неизвршување на обврските од таквиот договор кој има облигационо правен карактер, секој од договорачите може да поведе постапка за надомест на причинетата штета за неизвршување на обврските преземени со него од страна на друг основач.

Содружник или акционер може да поднесе тужба за надомест на штета според член 91 од ЗТД против физичкото лице коеимало обврска до поднесе пријава за упис на друштвото, ако го пропуштило рокот за поднесување на таква пријава.

Одговорноста на управителот на ДОО е регулирана со повеќе одредби од ЗТД така што покрај останатите овластени лица, и секој содружник согласно член 238 став 3 може да бара управителот да ја надомести штетата или да му ја отстапи на друштвото правната работа склучена за своја сметка или на друштвото да му го пренесе побарувањето кое што произлегло од неа. Несомнено е дека оваа тужба има карактер на *actio pro socio*, но во вакви случаи исто така може да настане сопарничарство или пак некој друг содружник или самото трговско друштво да му се приклучи на тужителот како замешувач.

Карактер на *actio pro socio* има и тужбата за надоместување на штетата против управител на ДОО, која согласно чл. 241 став 6 од ЗТД можат, поединечно или групно да ја поднесат содружниците против управителот за надомест на штетата на друштвото. Таков карактер на *actio pro socio* има и тужбата што покрај други лица може да ја поднесе и кој било акционер врз основа на чен 348 став 3 од ЗТД за остварување на барања кои се состојат во надоместување на штета или пак одредени органи во АД се должни зделката склучена со забрана на конкуренција да му ја отстапат на друштвото или да му ја дадат на друштвото користа што потекнува од правната работа склучена за своја или за туѓа сметка или на друштвото да му го пренесе побарувањето кое што произлегува од неа. Карактер на *actio pro socio* има и тужбата за надоместување на штета поради склучување зделка на АД со заинтересирана странка доколку се утврди дека одобрената зделка е штетна за трговското друштво, за акционерите и за членовите на органот на управувањето, која тужба може да ја поднесат и акционерите според чл. 460 од ЗТД.

Со тужба според член 542-а од ЗТД може да се бара надоместување на штета на акционер сторена од ликвидатор.

### **2.3 Предлози за поведување на вонпарнична постапка заради заштита односно остварување на права на содружник односно акционер во трговското друштво**

Вонпарничната постапка која е уредена со Законот за вонпарнична постапка, преставува вид граѓанско судска постапка која содржи правни норми со кои се уредува постапувањето на судот во вонпарничните правни работи. Во правната теорија е спорно што е тоа вонпарнична правна работа, односно во што таа работа се разликува од парничната работа, т.е. од оние работи што се решаваат во судската парнична постапка. Во практиката со оглед дека постојат повеќе теории за нивно разграничување, спорот се разрешува такаа што се поаѓа од извесни изрази кои се присутни во прописите за вонпарничната

постапка односно во општите начела за вонпарничната постапка, како што е на пример тоа дека спорот ќе се реши со решение или дека судот донесува решение а не пресуда, или пак дека постапката се поведува со предлог а не со тужба. Во такви случаи логично е дека се работи за вонпарнична работа која судот треба да ја реши според правилата на вонпарничната постапка. Инаку, во теоријата е неспорно дека заштитат на граѓанските субјективни права по пат на парница е возможно во секој случај односно во оние случаи во кој е пропишано, односно тоа произлегува од толкувањето на одредбата дека тие се штитат по пат на вонпарнична постапка. Така, и во нашиот правен систем по правилата на вонпарничната постапка судовите постапуваат само тогаш кога тоа е изречно пропишано со закон, а доколку тоа не е пропишано спорот се решава во парнична постапка (Чавдар 2008).

Вонпарничната постапка се поведува по предлог од овластено лице и од орган определен со закон. Странки во вонпарничната постапка се предлагач т.е. лице, односно орган по чиј предлог е поведена постапката, а противник на предлагачот е лице спрема кое правото или правниот интерес на предлагачот се остварува. Учесник во вонпарничната постапка е лице на кое одлуката на судот непосредно се однесува кое својот правен интерес го остварува преку барање судот да донесе одлука, како и лице, односно орган чие право на учество е определено со закон.

Токму поради тоа секој содружник, односно акционер може да поведе и вонпарнична постапка пред суд, со цел да оствари некои свои права кои произлегуваат од здружувањето во трговско друштво, но исто така и со цел да постигне исполнување на обврските на друг содружник, односно акционер спрема трговското друштво (*actio pro socio*).

Средствата со кој се поведува вонпарнична постапка кои се во вид главно на предлог, се помногубројни така што овде ќе биде даден осврт само на некои поважни и кои почесто се јавуваат во практиката.

Како сеопфатна одредба од која произлегува правозаштитно барање кое може да го поднесе секој содружник односно акционер е **Предлогот за поведување вонпарнична постапка за оцена на законитоста на општите акти на трговското друштво** регулиран со одредбите од член 43 од ЗТД. Главно со одредбите од тој член се пропишува дека судот на предлог на содружник, односно на акционер, на член на орган на управување, односно на член на надзорен одбор или контролор, ја оценува законитоста на актите односно на договорот на друштвото, статутот и другите општи акти на друштвото, како и нивни одредби, кои се ништовни до колку се во спротивност со закон. Ваков предлог може да поднесе и секое лице ако предходно докаже дека има правен интерес. При ова треба да се има предвид дека доколку ваков предлог не поднесат наведените лица, ништовноста на таков акт, односно одредба во општ акт на друштвото може да се утврдува како предходно прашање во постапката пред секој орган, доколку со посебна одредба на ЗТД е пропишана ништовност.

Понатаму во вонпарничната постапка може да се групираат одредени **Предлози до судот за назначување на орган на управување на трговското друштво** односно ликвидатор, на местото на лице кое престанало да ја врши својата функција во органот на управување во трговското друштво - член 29-а од ЗТД. Потоа Предлог до судот за назначување овластен ревизор за посебна ревизија на последната годишна сметка и финансиските извештаи во ДОО - член 229 од ЗТД. Од ЗТД, Предлог до судот во случај на спор за основачки извештај и извештај за ревизија на основањето на АД - член 296 од ЗТД во врска со член 42 од ЗТД. Одредби за поднесување предлог до судот за назначување привремен застапник кој ќе поднесе барање за надомест на штета во име на содружникот, односно акционерот во случај на статусни промени на друштвото пропишани се во член 529 член 530 од ЗТД а за Предлог до судот за назначување ликвидатори во членовите 540, 560, 566 од ЗТД.

**Предлози во врска со информираноста на здружувачите** кое се состои во право да биде лично информиран за работењето на друштвото и право на увид во книгите, актите и во другите документи на друштвото, за работењето и одлучувањето во трговското друштво се најчесто присутни во судската практика. Основна одредба за тоа е содржана во член 39 од ЗТД под наслов право на информираност на содружникот односно на акционерот при што покрај останатото е пропишано дека ако на содружник, односно на акционер не му биде овозможено остварување на информираност, содружникот, односно акционерот има право на заштита на своите права пред судот на начинот и под условите определени со закон . Конкретно такви поподробни одредби се содржани во член 132, чл. 158, чл. 212, чл. 251, чл. 256, чл.320, чл.406 и чл. 574 од ЗТД.

Потоа како самостоен предлог се јавува Предлог до судот за свикување собир на содружниците во ДОО ако не биде свикан од надлежниот орган на ДОО - член 216 од ЗТД.

Како група на предлози би се навеле и **Предлози до судот во врска со уплатите на здружувачите** пропишани со посебни одредби и тоа - за престанок на ДОО во врска со обврската на ДОО за зголемување на намалената основна главнина - член 173 од ЗТД; за враќање на влогот, доколку ДОО не биде основано во предвидениот законски рок - член 179 од ЗТД; за оглас со кој се повикуваат запишувачите на акции да ги подигнат уплатите ако не е одржано основачко собрание за АД - член 311 од ЗТД од ЗТД; за утврдување вредноста на уделот на содружник, односно на акциите на акционер, кој не се согласил со преобразбата на друштвото во друго друштво - член 516. за определување доплата на уделите, односно акциите, во случај на статусни промени на друштвото - член 531 од ЗТД

**Предлози за судот за остварување на упис во соодветни регистри** регулираани се со посебни одредби тоа: за донесување на одлука за упис во

книгата на удели во ДОО за објавување уплатата на акционерите – чл.196 од ЗТД; за поднесување пријава заради упис во трговскиот регистар на одлуката за престанување на АД - член 453.

**Предлог до судот за донесување одлука за отповикување на управител** кој е и содружник е содржана во члену 242 од ЗТД во која во став 2, е наведено дека на предлог на содружник судот може да донесе одлука за отповикување на управител кој е и содружник.

Во врска со уредувањето на стопанската интересна заедница е наведено дека нејзин член може да поднесе **предлог до судот за исклучување на член на стопанска интересна заедница** согласно член 560 од ЗТД.

### **Заклучок**

Заради остварување на законитоста во работењето на трговските друштва мора да се обезбеди учество и на државните органи меѓу кои најзначајно место им припаѓа на судовите. Тоа се постигнува на тој начин што преку многубројни пропишани средства се обезбедува правна заштита на сите субјекти кои се поврзани со основањето на трговските друштва, а посебно таквата заштита се обезбедува во текот на деловното работење на трговските друштва, создавање можност на сите заинтересирани субјекти – здружувачи во трговското друштво, па и на самото трговско друштво да пристапи до судот – *ius standi in iudicio* и да оствари извесни свои права односно судот да одлучи за барањата на тие лица. Во Законот за трговските друштва во членот 42 е содржана општата одредба за заштита на правата пред судот и наведени се претпоставките кои треба да бидат исполнети за да може содружникот односно акционерот во трговското друштво да поведе парнична постапка, да поведе тужба, која пак се реализира согласно процесните одредби содржани во Законот за парничната постапка. Но исто така секој содружник, односно акционер може да поведе и вонпарнична постапка пред суд, со цел да оствари некои свои права кои произлегуваат од здружувањето во трговско друштво, со цел да постигне исполнување на обврските на друг содружник, односно акционер спрема трговското друштво (*actio pro socio*). *Actio pro socio* може да биде поставена во форма на тужба со која се поведува парнична постапка или во форма на предлог со кој се поведува вонпарнична постапка пред суд, кое нешто може да се процени од содржината на секоја конкретна тужба, односно предлог.

Во таа смисла во излагањата на овој труд се елаборираат таквите барања до судот.



## References

1. Barbić, J.,(2008) Pravo društava, knjiga prva - Opći dio, Treće izmijenjeno izdanje, Organizator, Zagreb
2. Barbis, J. ( 2013) Tužba za pobijanje odluke glavna skupštine dioničkog društva - neka odabrana pitanja, Zbornik PFZ , Zagreb
3. Mirović, D. Popović, V. (2007) Trgovinsko pravo statusni dio - privredna društva, Bjelina
4. Hasić, T. (2013) Dužnost dioničara na lojalno postupanje prema društvu i ostalim dioničarima, Rijeka
5. Snyman-Van Deventer,E. (2019) The actio pro socio revisited, Faculty of Law, University of the Free State
6. Vasiljevic, M (2011) Kompanijsko pravo – pravo privrednih društva – sesto izmijenjeno i dopunjeno izdanje Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Beograd
7. Veronika, R. Odgovornost uprave trgovačkog društva za štetu (2016) POREZNI VJESNIK 9/2016 Zagreb
8. Недков М., Беличанец Т., Градишки – Лазаревска Е. (2003) Право на друштвата Скопје
9. Чавдар, К. (2008) Закон за вонпарничната постапка, Академик Скопје
10. Чавдар,К.Чавдар,К (2013) Коменатар на Законот за парничната постапка, Академик, Скопје
11. Закон за парничната постапка (пречистен текст) „ Сл. Весник на РМ, бр.07 од 20.01.2011 година,,
12. Закон за вонпарничната постапка „ Сл. Весник на Рм бр.9 од 18.01.2008 година
13. Закон за трговските друштва „Сл. весник на РМ“ бр. 28/2004; 84/2005; 25/2007; 87/2008; 42/2010; 48/2010; 24/2011; 166/2012; 70/2013; 119/2013; 120/2013; 187/2013; 38/2014; 41/2014; 138/2014; 88/2015; 192/2015, 6/2016 и 61/2016, 64/2018,120/2018,).

## NEW LEGAL PROFESSION: PROFESSIONAL LEGAL ACTS' WRITER

**Dragana Ćorić**

Assistant Professor, Faculty of Law, University in Novi Sad

e-mail: [d.coric@pf.uns.ac.rs](mailto:d.coric@pf.uns.ac.rs)

### **Abstract**

There is a true need for establishing a new legal profession: professional legal acts writer. Writing laws and other legal documents isn't that easy to do, especially when it comes to writing general rules of behavior. Those general norms must be so general, to be applicable in any similar future situations, and yet, although very abstract in their content, must be comprehensible to any ordinary man, without any legal knowledge. Law is directed towards ordinary people, and they must understand fully what they are required to do.

In this paper we will explain why the professional legal acts' writer must be recognized as the new legal profession and why those people must have some special knowledge and skills, such as:

- general and specific legal knowledge in area in which they are working,
- good knowledge of the mother tongue, grammar rules and stylistic expression, as well as the same level of knowledge of at least one other world language (a lot of laws are dealing with legal transplants from other legal systems, it's good to know stylistic differences between those two languages),
- cultural and historical background of the state in which the law is written ,
- have certain level of understanding political circumstances, etc.

The author is pleading for this new legal profession, as the result of her 15 years long experience in this area of writing legal acts. The paper presents her personal recommendations and the improvement of this legal work.

**Keywords:** professional legal acts' writer, special knowledge and skills

### **1. Introduction**

(Ordinary) people think, writing laws is just as easy as reading them. Everything that you need for this activity are the essential skills of reading and writing, that children learn preferably in the primary schools. Everything that can not be understood at the first glance, while reading those legal texts, must be wrong, bad or unjustified. „ Those lawyers do not know anything“, you can hear in your surroundings very often. In our paper we will defend the thesis that writing laws and other important legal texts isn't that easy a job to be done, and especially, could not be done even by a simple graduate law student, but there are a lot of skills that should be implemented in this specific work.

At the beginning of July 2017, the Ministry of State Administration and Local Government of the Republic of Serbia decided to make an unusual move: a public procurement was announced for the drafting of amendments to the Law on Political Parties<sup>1</sup>. The subject of public procurement was described as „consulting services that will be provided for a period of 20 consulting days“. Some specific activities must be done during those 20 (working) days, such as: the development of starting points for amending the mentioned law, preparation for public hearings after the amendments are over and before they are sent to the National Assembly, support in communication at public hearings for the representatives of the mentioned ministry, etc. After the first public outcry over this “nonsense” was over, the question was imposed: the activities listed in the public procurement are already performed by employees in the ministries. Was there a really need for official professionalization of law writing? Why is our state spending money on something that should be done by those who are already employed in ministries, there is probably a „political catch“ in all this.

There is no doubt that the employees in various ministries have technically gone through a lot of such drafting of laws and everything that follows after that. Appropriate forms for writing laws and other general acts are often used, or especially when some new legal solutions are taken from other foreign legislations (without critically considering their effect in domestic law, we may say). Numerous cases of conflict of laws, incomprehensibility, the ambiguity of legal texts, as well as unusable laws in practice (because the theoretical foundation of a new solution has not been examined in possible practice and in combination with other regulations in the same field) speak in favor of our thesis in a slightly different way than has been done so far. It seems that employees are valuable for everyday work in ministries, and writing some legal texts that are usual in their everyday work. However, writing laws, which are legal texts with the highest legal power except the Constitution, is not and should not be a common job. That is why only specialists are needed for this job and fully competent.

In the previously mentioned case, the Ministry of State Administration and Local Government justified the announcement of such a procurement by the need to approach to the drafting and analysis of possible effects of changes in the Law on Political Parties in a comprehensive, expert manner - simultaneously from the point of view of theory and practice. This job must be done without any political pressures or prejudices, just with „cold head and cold heart“<sup>2</sup>. Only the in-depth knowledge of law can be used to do this specific activity. Employees in the ministries do a lot of work every day and do not have the time to dedicate themselves equally

---

<sup>1</sup> This news was published on: <https://www.blic.rs/vesti/politika/nevidjen-potez-novog-ministra-brankoruzic-raspisao-tender-za-pisanje-zakona/lq47d0n>. Accessed May 1, 2021.

<sup>2</sup> „How EU decisions are made“, available on: [https://europa.eu/european-union/eu-law/decision-making/procedures\\_en](https://europa.eu/european-union/eu-law/decision-making/procedures_en). Accessed May 1, 2021.

and completely to every one of them. They are useful associates in process of writing the laws but it is obvious to us that they shouldn't do this alone.

We may also ask: must the job of writing the laws be in the exclusive competence of the employees in the ministry or is it possible, either with occasional or constant support of an appropriate expert, to do so? Or, it would be possible to transfer the most responsible part of this to persons outside the ministry, and it may give more time to the ministry itself to focus only on the technical part of the procedure, which is no less important? We believe that this is possible - to move the process of lawmaking in the stated way, and in our work we will state the reasons why the professionalization of lawmaking would be extremely important.

We claim that the process of lawmaking is rather different from the process of voting for/enacting laws. Those two subjects- the writer of the law and those who vote for them, should be different, to make this specific activity well prepared and well done in the end. We strongly believe that it is possible that the proposer of the law (ie ministry, for example) directly participates or writes the proposal itself, but again, according to our idea, this does not make any special equalization of these two roles. A writer of law is a person or persons who directly create the text of a law, based on the previously expressed wish of the client (any ministry, again as an example), with due respect to all relevant linguistic and logical rules, hierarchy and validity of previously adopted legal acts of all levels of legal force. The writer of the law should approach this role carefully, with solid knowledge of the legal system of the state in which they are writing the law, including the mentality, social and structural characteristics, as well as the value attitudes of the population in certain areas.

The process of lawmaking is very an incredibly deep, thoughtful, exploratory and analytical process, which implies a clearly defined goal to be achieved by a new general act, clearly and precisely defined stages of research. As well as the initial set research hypotheses, clearly defined methods of work (historical, comparative, analytical, and other methods), and finally clearly, precisely, and concisely present the results of research, work and reflection, in the form of a legal text. Our thoughts are far more complex than the linguistic apparatus in any language; therefore, the need for the accuracy of expressed thoughts is always present, sometimes to a greater or lesser extent. Of course, this does not mean that the achievement of linguistic perfectionism should be abandoned, but that constant efforts should only be made to improve it.

## **2. Special knowledge and skills that a good writer(s) of laws must have**

In order to do a good job of writing a draft law, the writer of law must be *a good lawyer, with a good knowledge of the entire (domestic) legal system, including ratified international conventions* (which due to their direct application in the legal system without the obligation to pass a new law are often lost in sight of as relevant sources in domestic law).

The law is dynamic and in constant motion and change. With its dynamics, it affects the society and the relations in it, and *vice versa*. Adequate monitoring of the ubiquitous dynamics of regulations is an additional burden for the writer of law, because we must not allow ourselves to write something that already exists in the new draft. We must know what is the specific legal system consisted of, what kinds of solutions to some problems it has, and what are its basic principles on which we can rely while writing the law. We cannot say that something is new if it exists in legal system( and we are just saying that we didn't know it existed), and yet, we also cannot write or propose some solutions that are opposite to the principles and to the spirit of that legal system( for example , we cannot propose slavery again, when it is considered as inhuman practice in most of the systems in the world ).<sup>3</sup>

*Good knowledge of the law*, especially in a certain area, is very important at the very beginning of writing a draft law, when it is necessary to determine the legal basis for the adoption of that regulation as well as the competent authority for its adoption. It is also important to systematize the provisions of substantive law before procedural ones, in accordance with the requirement to respect a certain structure of regulations.

Sometimes it is especially important to *obtain the consent of specific state body for writing the law and the content of a draft law*, when this is mandatory, and even when it is optional. It is something that goes more to the political than to legal area, but it is also rather important. Without those consents, the activity of writing the law could be useless. A skilled writer of law who is also a good lawyer will use their knowledge to prevent a possible conflict between several different bodies regarding the competence to pass an act, or to propose an act, and ensure the sustainability of the act they are writing. Otherwise, the draft law will be considered or not adopted by another equally competent state body - which slows down the process of change of legal system. Also, they would be competent enough to gain that kind of consent of specific state body, in a proper way and shape.

The writer of a law also must have a *good knowledge of the language in which the law is written<sup>4</sup>, as well as knowledge of the legal terminology itself*. The words they use when writing a draft law must be modern enough and at the same time common enough and in everyday use so that the content of the commandment or law should be clear enough to any addressee, not only to those who have the appropriate knowledge in the field of law. The possibility of deviating from this everyday spoken language exists, but the same, according to the recommendations of both legal theorists and legal practitioners - should not be used too much.

---

<sup>3</sup> We must distinguish the legal basis, principles , from the immediate reason for creating that draft law, which is usually the protection of some value (life, health, family, etc.). The immediate reason for the emergence of a new regulation is subsumed under one of the already existing constitutional or legal principles - for which a special kind of linguistic, legal, logical and other mastery is necessary.

<sup>4</sup> Савић, С., Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., (2006). Језик закона, карактеристике и родна перспектива, Мићовић Миодраг [ур.] *Право и језик*, зборник, Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу, 55, 60.

Use of language in law should certainly be more precise than in everyday speech, and in connection with that, *the use of certain terms* must have a *single, unique and common meaning*, which achieves greater linguistic precision in itself. That is why this phase of drafting the law represents the biggest challenge for the writer of law himself/herself: because he/she needs to *create a legal expression, a rule that will be devoid of emotions, without sufficient words and explanations, rigid enough not to be misunderstood and yet flexible enough to be applied in an unlimited number of future cases*. This challenge is present latently during the entire law-making process, but it is especially pronounced at this stage, because all previous reflections and research take their first form for the first time, at this stage.

This is one of the most demanding parts of the law writing process. At the same time, respect for the simplicity, comprehensibility and choice of appropriate language constructions, combined with the logical correctness of what is written and the *moderate use of legal terminology*, represent a multiple effort<sup>5</sup> that must be done. The “excessive” use of professional terminology can lead to a kind of mystification of both law and the state, which may lead to an increased need for interpretation and understanding of what has already been written. Too much interpretation and misunderstanding of legal text can ruin or even change the true meaning of the original legal text<sup>6</sup>. “Exaggeration in the imposition of the legal form of reality can have a negative impact on the reality that the law translates into its own language, as well as on the law itself.”<sup>7</sup>.

When writer of law is a good linguist, he/she *masters the purity of language*, which is his/her basic tool for work and expression of thoughts, ie. legal norms<sup>8</sup>. Achieving linguistic precision and comprehensibility, all with the aim of preventing unclear, potentially deceptive and incomprehensible command to the addressees, which may ultimately lead to abuse and non-compliance with established legal norms is very important. The language of legal theory and the legal texts, is already dry and devoid of emotions. At the same time, it must be clear and adaptable enough to the usual vocabulary and understanding of language to the average reader of the text/average man. Clarity and intelligibility in legal text contributes to the greater legitimacy of the commandments themselves. People tend to refuse to listen to all that is unclear and incomprehensible to them in any way.

The language skills are especially needed when *there is the use of foreign words and phrases from other languages that are either not translated but transplanted into*

---

<sup>5</sup> “The language of lawyers and law has never been, nor will it ever be able to be completely precise and specific-Тасић, Ђ, (1995). *Увод у правне науке*, Београд, 112.

<sup>6</sup> Кауфман, А. (1998). О језичности и појмовности права, *Право и разумевање права*, 8.

<sup>7</sup> Митровић, Д. М. (2000). Техника стварања права, *Collection of papers: Стварање права*, Правни факултет Универзитета У Београду, *Србија-правна држава*, књига 43, Трећи скуп Југословенског удружења за теорију, филозофију и социологију права, Милочер, 89.

<sup>8</sup> Ђорић, Д., (2016). Трагом расправа о унификацији југословенског права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, (4), 1408.

*the legal system in transcribed form into Serbian language*, or when the attempts of translation of a term or phrase from a foreign language with are made. Mutual influences with other languages, cultures, societies and legal systems are impossible to avoid. It is possible, we believe, with a little more effort, sometimes to find an adequate word in the serbian language and use it because of greater understanding and acceptance in our society<sup>9</sup>. For that we need a very skilled profession, fluent in both everyday , and professional languages- maternal and at least one foreign languages.

*The requirements for a good knowledge of the law and knowledge of the language and its proper use are especially united in the part of the explanation of the draft law.* The rationale itself must therefore contain the following elements:

„ (1) constitutional, ie legal basis for enactment of regulations;

2) reasons for enacting regulations, and within them especially: analysis of the current situation, problems that the regulation should solve, goals achieved by the regulation, considered possibilities to solve the problem without enacting regulations and answering the question why enacting regulations is the best way to solve problems;

3) explanation of basic legal institutes and individual solutions used in the text;

4) analysis of the effects of regulations, which contains the following explanations: when and how the solutions in the regulation will most likely affect, what costs the application of regulations will create for citizens and the economy (especially small and medium enterprises), whether the positive consequences justify the costs he will incur, whether the regulation supports the creation of new economic entities on the market and market competition, whether all interested parties have had the opportunity to comment on the regulation and what measures will be taken during the implementation of the regulation in order to achieve what is intended by the regulation;

5) assessment of financial resources required for the implementation of regulations;

6) general interest due to which retroactive effect is proposed, if the draft law contains provisions with retroactive effect;

7) reasons for passing the law by urgent procedure, if an urgent procedure has been proposed for passing the law;

8) the reasons for which it is proposed that the regulation enter into force before the eighth day from the day of its publication in the “Official Gazette of the Republic of Serbia;

9) an overview of the provisions of the valid regulation that are being amended or supplemented (it is prepared by crossing out the part of the text that is being

---

<sup>9</sup> Dabo-Denegri, Lj. (1998). Jezično posuđivanje: tipologija leksičkih posuđenica(anglicizmi u francuskom jeziku), FILOLOGIJA, 30-31, 439-450.

changed, and entering the new text in capital letters). “<sup>10</sup>

Also, the writer of law must have the skill of *predicting the possible effects of the new law*, or the specific mechanism of control of those effects that are introduced into an existing law. Determining these effects implies the overall impact on the entire population, or to the part of the population to which the new law or new mechanisms would apply<sup>11</sup>. It is very important to determine the economic and social effects of the future new law - whether and how much the new measure costs the state, and what are the benefits of investments invested in that change, what is the expected inflow into the state budget annually taking into account other relevant parameters. One of the most difficult effects to predict is how a perpetrator of law would react to specific kinds of punishments. Those predictions include knowledge of psychology, sociology, criminology and other social sciences that are not very and directly linked to the law itself. But the dynamic structure and effects of law are possible and visible in all areas of life. A good writer of laws should all that have in mind.

### 3. Concluding remarks

In this short overview we tried to tackle some problems that the writers of laws have to deal with, while their specific impact and significance is not recognized as a special profession. We hope that this article will engage a lot of colleagues to think about this issue, because it is very important to solve it in our communities. Law writers can sometimes have the destiny of the whole state and state's population in their hands and minds as well. If we recognize them as professionals, we can establish standards for their initial and advanced trainings, establish ways to evaluate their work and suggestions for their continuous improvement.

#### References

1. Dabo-Denegri, Lj. (1998). Jezično posuđivanje: tipologija leksičkih posuđenica(anglicizmi u francuskom jeziku), *Filologija*, 439-450
2. Јединствена методолошка правила за израду прописа, available on: <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Jedinstvena%20metodoloska%20pravila%20za%20izradu%20propisa.pdf>
3. Кауфман,А. ( 1998). О језичности и појмовности права, *Право и разумевање права*.
4. Митровић, Д. М . (2000). Техника стварања права, *Collection of papers: Стварање права, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија-правна држава, књига 43, Трећи скуп Југословенског удружења за теорију, филозофију и социологију права*, Милочер.

<sup>10</sup> Јединствена методолошка правила за израду прописа. Article 59, available on : <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Jedinstvena%20metodoloska%20pravila%20za%20izradu%20propisa.pdf>. Accessed on : May 1, 2021.

<sup>11</sup> For example, in the field of economy, special attention is paid to market competitiveness and enabling free market competition.



5. Ђорић, Д., (2016). Трагом расправа о унификацији југословенског права, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, (4), 1393-1411.
6. Савић, С., Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., (2006). Језик закона, карактеристике и родна перспектива, Мићовић Миодраг [ур.] *Право и језик*, зборник, Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу, 55-63.
7. Тасић, Ђ., (1995). *Увод у правне науке*, Београд.
8. Links:
9. „How EU decisions are made“, available on : [https://europa.eu/european-union/eu-law/decision-making/procedures\\_en](https://europa.eu/european-union/eu-law/decision-making/procedures_en). Accessed May 1, 2021.
10. <https://www.blic.rs/vesti/politika/nevidjen-potez-novog-ministra-branko-ruzic-raspisao-tender-za-pisanje-zakona/lq47d0n>

## CRITERIA FOR ASSESSING VIOLATIONS OF THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN CIVIL PROCEEDINGS

**Dijana Gjorgieva**

Phd

Ss. Cyril and Methodius University in Skopje,  
Faculty of Law Iustinianus Primus in Skopje  
e-mail: [dgorgieva64@yahoo.com](mailto:dgorgieva64@yahoo.com)

**Zorica Stoileva**

Ph. D student

Ss. Cyril and Methodius University in Skopje,  
Faculty of Law Iustinianus Primus in Skopje  
e-mail: [stoileva\\_zorica@yahoo.com](mailto:stoileva_zorica@yahoo.com)

**Emilija Gjorgioska**

Phd, Assistant Professor

Ss. Climent Ohridski University in Bitola,  
Faculty of Economics in Prilep  
e-mail: [emilija.mateska@uklo.edu.mk](mailto:emilija.mateska@uklo.edu.mk)

### **Abstract**

The guarantee of a trial within a reasonable time is a special element in the content of the right to a fair trial (articulated in Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms). This guarantee is transformed into a right to a trial within a reasonable time which belongs to the parties and other participants in the civil proceedings due to the obligation on member States to organize their judicial systems in such a way that their courts are able to guarantee everyone's right to a final decision on disputes concerning civil rights and obligations within a reasonable time. The Republic of North Macedonia, ratifying the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, operationalized the duty to organize the judicial mechanism by enabling the courts to make decisions within a reasonable time, in a way that the Law on Courts gives jurisdiction to the Supreme Court of the Republic of North Macedonia to decide at the request of the parties and other participants in the proceedings for violation of the right to a trial within a reasonable time in civil proceedings starting from the case law of the European Court for protection of human rights and fundamental freedoms. Exactly because of this subject of analysis of this paper are the criteria for assessment of violation of the right to a trial within a reasonable time established through the case law of the European Court of Human Rights and Fundamental Freedoms and their implementation in the case law of the Supreme Court of North Macedonia. These are casually created criteria that refer to: 1) the complexity of the case 2) the conduct of the court or other body of public conduct and 3) the conduct of the parties, especially the applicant, during and the duration of the procedure.

**Keywords:** 1.fair trial, 2.criteria, 3.reasonable time, 4.violations

## КРИТЕРИУМИ ЗА ОЦЕНКА НА ПОВРЕДА НА ПРАВОТО НА СУДЕЊЕ ВО РАЗУМЕН РОК ВО ГРАЃАНСКИТЕ ПОСТАПКИ

### Апстракт

Гаранцијата за судење во разумен рок е посебен елемент во содржината на правото на правично судење (регулирано со член 6 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи). Оваа гаранција се трансформира во право на судење во разумен рок кое им припаѓа на странките и другите учесници во граѓанската постапка поради должноста на државите да го организираат правосудниот систем така што ќе им овозможат на судовите да донесуваат одлуки во разумен рок. Република Северна Македонија ратификувајќи ја Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи должноста да го организира правосудниот механизам така што ќе им овозможи на судовите да донесуваат одлуки во разумен рок ја операционализираше на највисоко ниво на начин што со Законот за судовите му даде надлежност на Врховниот суд на Република Северна Македонија да одлучува по барање на странките и другите учесници во постапката за повреда на правото на судење во разумен рок во граѓанските постапки тргнувајќи од судската пракса на Европскиот суд за заштита на човековите права и основни слободи. Токму поради ова предмет на анализа на овој труд се критериумите за оценка на повредата на правото на судење во разумен рок воспоставени низ праксата на Европскиот суд за заштита на човековите права и основни слободи и нивната имплементација во праксата на Врховниот суд на Република Северна Македонија. Станува збор за казуистички создадени критериуми кои се однесуваат на: 1) сложеноста на предметот 2) однесувањето на судот или друг орган со јавни однесувања и 3) однесувањето на странките, посебно подносителот, во текот и траењето на постапката.

**Клучни зборови:** 1.правично судење, 2.критериуми, 3.разумен рок, 4.повреди

### 1. Поим за право на судење во разумен рок

Правото на правично судење според член 6 став 1 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи има за цел да обезбеди фер постапување. Станува збор за автономно меѓа право според кое: „Секој, во текот на одлучувањето за неговите граѓански права и обврски или за или основаноста на какви било кривични обвиненија против него, има право на правична и јавна расправа во разумен рок пред независен и непристрасен суд, создаден согласно закон.“

Правото на судење во разумен рок е еден од клучните елементи на правото на правично судење и самостојно човеково процесно право.

Правото на судење во разумен рок како елемент во правото на правично судење има автономна содржина, содржина која не треба да се регулира со *lex nationalis* на државите. Тоа е право на правична расправа, право на јавна расправа и право на расправа пред независен и непристрасен суд формиран

согласно закон во разумен рок.<sup>1</sup> На овој начин сфатено правото на судење во разумен рок е право кое се толкува автономно низ праксата на Европскиот суд за заштита на човековите права и основни слободи и постојано еволуира.<sup>2</sup>

Правото на судење во разумен рок е отворен правен стандард чие пречекорување води кон прекршување на човековите права. Поимот разумен рок не е оптимален или идеален рок за иницирање, водење и завршување на граѓанската постапка туку рок заснован на карактерот на конкретниот случај бидејќи „кратките рокови сами по себе не секогаш се гаранција за добра правда“<sup>3</sup>. Токму поради ова правото на судење во разумен рок е осмислено како право кое треба да обезбеди рамнотежа помеѓу ефикасноста и правичноста на граѓанската постапка затоа што разумното траење на постапката е релативна категорија.<sup>4</sup>

„Правото на судење во разумен рок како самостојно човеково процесно право ужива правна заштита per se независно од заштитата на правото за кое судот расправа и одлучува во конкретна граѓанска постапка.“<sup>5</sup> Имено, според статистиката на Европскиот суд за заштита на човековите права и основните слободи за периодот од 1959 до 2020 година, од вкупниот број на пресуди во кои била утврдена барем една повреда на Конвенцијата и нејзините Протоколи (вкупно 19739 пресуди), прекршување на право на судење во разумен рок било утврдено во 5950 случаи.<sup>6</sup>

Правото на судење во разумен рок не е воспоставено само во интерес на субјектите за чии права и обврски се одлучува во граѓанските постапки (приватниот интерес) туку и во интерес на правната сигурност и владеењето на правото (јавниот интерес). Токму поради ова необезбедувањето на гаранција за судење во разумен рок за поединецот води кон одговорност на државата пред Европскиот суд за заштита на човековите права. На овој начин се зголемува и подобрува ефикасноста на домашното правосудство, но и се создава линк

---

<sup>1</sup> Radolović, A. (2008). Zашtita prava na suđenje u razumnoj roku - realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopiја?. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, Vol 29, No.1, 233-234.

<sup>2</sup> Европскиот суд за заштита на човековите права во својата пракса не определува апсолутни граници на траење на постапката, туку говори за разумност на траење на постапката која ја цени in concreto согласно одредени критериуми. Според најновите анализи Европскиот суд за заштита на човековите права утврдил дека е извесно дека постои повреда ако граѓанската постапка траела повеќе од 8 години, а кривичната повеќе од 5 години.

<sup>3</sup> Во контекст на ова видете: *İntiba v. Turkey*, no. 42585/98, § 54, 24 May 2005

<sup>4</sup> Во праксата на Европскиот суд за заштита на човековите права е заземен став дека разумниот рок започнува да тече од моментот на преземањето на првиот акт на странката со кој странката воспоставува контакт со државниот орган, а завршува да тече со остварување на правото кое било предмет на постапката во материјална смисла со ретки исклучоци.

<sup>5</sup> Зороска Камилловска, Татјана. Процесни средства за заштита на правото за судење во разумен рок. *Евродијалог* 9, 134.

<sup>6</sup> Подетално Видете: *Violations by Article and by State 1959-2020*. Достапно на: [https://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2020\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf)

понеѓу националното правосудство и наднационалниот контролен механизам на Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи во делот на заштитата на човековите права. Ова затоа што Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи ги обврзува државите потписнички да го организираат својот правосуден систем на начин кој им овозможува на судовите да ги задоволат гаранциите за правично судење, вклучувајќи го во нив и правото на судење во разумен рок.

Европскиот суд за заштита на човековите права започнувајќи од 2000 година во одлуката која ја донесе за предметот *Kudła v. Poland*<sup>7</sup> изнесе став дека предолгото траење на постапката како последица од неажурност на судот претставува повреда не само на правото на судење во разумен рок туку и на правото за обезбедување на ефективно правно средство за заштита на правата и слободите и неговото исцрпување во постапката пред националните држави согласно член 13 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи.<sup>8</sup> На овој начин се создаде системска врска меѓу правото на судење во разумен рок и правото за обезбедување на ефективно правно средство за заштита на правата и слободите и неговото исцрпување во постапката пред националните држави. Доколку оваа врска не постои ова ќе значи дека член 13 од Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи не е применлив на правото за судење во разумен рок што пак од друга страна значи дека граѓаните директно ќе може да се обраќаат со жалби до Европскиот суд за човекови права што е неправилно затоа што тие треба иницијално да се разгледуваат во националните законодавства.<sup>9</sup> Токму поради ова правото на судење во разумен рок иницијално треба да го обезбедат и штитат државите, а наднационалниот конвенциски механизам за судење во разумен рок да се користи само како коректив на националниот систем на правната заштита согласно начелото на супсидијарност.<sup>10</sup>

## **2. Критериуми за оценка на повредата на правото на судење во разумен рок согласно праксата на Европскиот суд за човекови права**

Европскиот суд за човекови права при одлучувањето за повреда на правото на судење во разумен рок одлучува дали националните судови го повредиле правото за судење во разумен рок. Што претставува стандардот разумен рок

---

<sup>7</sup> Видете: *Kudła v. Poland* [GC], no. 30210/96, § 156, ECHR 2000-XI.

<sup>8</sup> Член 13 од Конвенцијата гласи: „Секој човек, чии права и слободи признати со оваа Конвенција, се нарушени, има право на жалба пред националните власти, дури и тогаш кога повредата на овие права и слободи ја сториле лица при вршење на службена должност.“

<sup>9</sup> Подетално: Drašković, D. (2018). Pravo na suđenje u razumnom roku. Matica, br.74, 69-70.

<sup>10</sup> Potočnjak, Ž. (2006). Zaštita prava na suđenje u razumnom roku nakon stupanja na snagu novog Zakona o sudovima. Hrvatska pravna revija, 6, 13-31.

се одлучува во секој случај посебно.<sup>11</sup> Сепак низ case law на Европскиот суд за човекови права казуистички се искристализирале следниве базични критериуми: 1) сложеност на предметот 2) однесување на судот или друг орган со јавни однесувања и 3) однесување на странките, посебно подносителот, во текот и траењето на постапката.<sup>12</sup>

## 2.1. Сложеност на предметот во фактичка и правна смисла

Сложеноста на предметот претставува еден од критериумите кои Европскиот суд за заштита на човековите права и основните слободи го користи со цел да утврди дали националните судови го повредиле правото на судење во разумен рок односно дали сложеноста на спорот го оправдува подолгото траење на конкретна граѓанска постапка. За да се утврди дали станува збор за сложен предмет мора да се земат во предвид сите аспекти кои можат да се однесуваат на комплексноста на фактите, сложеноста на правните прашања<sup>13</sup> и сложеноста на постапката.

Комплексноста на фактите може да биде резултат на потреба за доставување на вештачење<sup>14</sup>, потешкотии својствени за консолидација на земјиште<sup>15</sup>, распределувања на неделив предмет меѓу неколку наследници<sup>16</sup>, тешки прашања за докажување<sup>17</sup> итн.

---

<sup>11</sup> *Boddaert v. Belgium*, 12 October 1992, § 36, Series A no. 235-D

<sup>12</sup> Во поглед на критериумите за оценка на должината на траењето на судските постапки користена е анализа на судските рокови во државите-членки на Советот на Европа согласно судската пракса на Европскиот суд за човековите права заклучно со состојбата до 31.07.2011 година. Анализата ја изработила Европската Комисија за ефикасност на правосудството (CEREJ) врз основа на базата за судски одлуки HUDOC. Manojlović-Andrić K., Milutinović L, Andrejević S, Rodić V, Kršikapa M, Bajić. (2018). Kriterijumi za ocenu povrede prava na sudenje u razumnom roku. Retrieved from <https://rm.coe.int/kriterijumi-za-ocenu-povrede-prava-na-sudjenje-u-razumnom-roku/16808c5848>

<sup>13</sup> Видете, на пример, *Katte Klitsche de la Grange v. Italy*, 27 October 1994, § 55, Series A no. 293-B, *Papachelas v. Greece* [GC], no. 31423/96, § 39, ECHR 1999-II.

<sup>14</sup> Имено, во случајот *Billi v. Italy*, 26 February 1993, § 19, Series A no. 257-G, Судот забележува дека предметот бил сложен поради неопходната потреба од вештачење и постоењето на повеќе странки, но нагласил дека мнозинството од барањата на странките за одложувања биле оправдани бидејќи чекале извештајот на вештакот да биде поднесен.

<sup>15</sup> Судот во предметот *Wiesinger v. Austria*, 30 October 1991, § 53, Series A no. 213 признава, како и за сите учесници во постапката во Стразбур, дека консолидацијата на земјиштето по својата природа е сложен процес, што влијае на интересите на поединците и на заедницата како целина. Во случајот за консолидацијата таа се однесувала на голем број сопственици на земјиште и зафаќала површина од приближно 172 хектари.

<sup>16</sup> Во случајот *Vorrasi v. Italy*, 27 February 1992, § 17, Series A no. 230-E, Европскиот суд на прво место забележува дека предметот бил сложен од причина што истиот се однесувал на распределбата на неделив предмет помеѓу неколку наследници.

<sup>17</sup> Во случајот *Allenet de Ribemont v. France*, 10 February 1995, § 48-50, Series A no. 308, предметот бил сложен како што наведувала Владата поради тешките прашања за докажување.

Сложеноста на правните прашања може да произлегува од примената на нов и нејасен закон<sup>18</sup>, почитување на принципот еднаквост на оружјата, прашања поврзани со надлежноста<sup>19</sup>, уставноста<sup>20</sup> и толкување на меѓународни договори<sup>21</sup>.

Во државите каде прецедентот е извор на правото (државите на common law системот) предметот може да биде правно сложен заради недостаток на преседани на национално ниво, а во земјите членки на Европската Унија, сложеноста може да произлезе од потребата да се побара одлука од Судот на правдата на Европската Унија за прашања во врска со толкувањето на европското право<sup>22</sup>.

Сложеноста на постапка ја обележуваат бројот на странките<sup>23</sup>, бројот на поднесените приговори од страна на странките, бројот на поднесени барања за привремени мерки, прибирањето и ценењето на голем број на докази<sup>24</sup>, големината на предметот<sup>25</sup>, потребата предметот да се достави на пленарна седница на Касациониот суд или да се премести поради јавната безбедност<sup>26</sup>.

<sup>18</sup> Дури и ако случајот сам по себе не е особено сложен, недостатокот на јасност и предвидливост во домашното право може исто така да го отежне неговото испитување и решително да придонесе за продолжување на должината на постапката *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania* [GC], no. 76943/11, § 150, 29 November 2016. Исто така, Видете, *Pretto and others v. Italy*, 8 December 1983, § 32, Series A no. 71.

<sup>19</sup> За повеќе видете, *Lorenzi, Bernardini and Gritti v. Italy*, 27 February 1992, § 16, Series A no. 231-G, *De Moor v. Belgium*, 23 June 1994, § 16, 19-20, 22, 27, 67, Series A no. 292-A; *Allenet de Ribemont v. France*, 10 February 1995, § 15-20, 48-50, Series A no. 308.

<sup>20</sup> Видете, *Giancarlo Lombardo v. Italy*, 26 November 1992, § 2, Series A no. 249-C; *Ruiz-Mateos v. Spain*, 23 June 1993, § 41, Series A no. 262.

<sup>21</sup> Имено во случајот *Beaumartin v. France*, 24 November 1994, § 33, Series A no. 296-B, Европскиот суд утврдил дека, случајот бил тежок поради формулацијата на член 1 од Франко-мароканскиот протокол и поради постапката што се следел за да се добие официјално толкување.

<sup>22</sup> Видете, *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* [GC], no. 931/13, § 212, 27 June 2017

<sup>23</sup> Така, на пример во случот *H. v. the United Kingdom*, 8 July 1987, § 72, Series A no. 120, Европскиот суд утврдил дека постапката била сложена затоа што имала неколку страни - жалителот, нејзиниот сопруг, потенцијалните посвојувачи, адвокатот во својство на старател ad litem и Советот, а воедно, сложеноста произлегла од значителениот број докази кои требало да бидат прибавени и доставени, а нивното ценење била најтешка задача.

<sup>24</sup> Во случајот *Humen v. Poland* [GC], no. 26614/95, § 63, 15 October 1999, Европскиот суд утврдил дека сложеноста на предметот произлегува од фактот што судот, со цел да ја процени нематеријална штета претрпена од страна на жалителот како последица на издржување на казната, морал да прибави од неколку извори сеопфатни докази во врска со неговата работа и изгубената заработувачка. Исто така, во предметот *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], no. 41720/13, § 210, 25 June 2019, постапката по тужба во спорот се карактеризираше со „значителна фактичка сложеност“, која беше зголемена заради многуте потребни стручни извештаи.

<sup>25</sup> Имено, во случајот *Martins Moreira v. Portugal*, 26 October 1988, § 47, Series A no. 143, сложеноста на предметот произлегла од бројот на страните, односно предметот имал не помалку од 1.800 страници.

<sup>26</sup> Видете, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, § 55, Series A no. 301-B;

Доколку предметот е сложен Европскиот суд може да прифати дека долгото траење на постапката не претставува кршење на член 6 од Европската конвенција за заштита на човековите права<sup>27</sup>. Сепак, иако ја признал комплексноста на стечајните постапки, Европскиот суд за заштита на човековите права и основните слободи утврдил дека времетраењето од приближно дваесет и пет години и шест месеци не го исполнува условот за „разумно време“<sup>28</sup>.

## 2.2. Однесување на судот или друг орган со јавни однесувања

При испитување на критериумот однесување на судот или друг орган со јавни овластувања (органите на државната власт) Европскиот суд за човековите права утврдува дали судот или друг орган со јавни овластувања ги презел сите процесни дејствија и мерки кои согласно закон бил обврзан да ги преземе со цел постапката да се заврши во разумен рок. Овој критериум е етаблиран во праксата на Европскиот суд за човековите права во пресудата по случајот *König v. Germany*.<sup>29</sup>

Повреда на правото на судење во разумен рок по правило се утврдува во случај на неоправдано долги периоди на неактивност на судот, неадекватна организација на судовите, лошо спроведување на правосудните реформи и недоволен број на судии и често менување на судии, системски недостатоци во правилата за граѓанската постапка, реформи на законодавството во текот на граѓанската постапка, бавна достава на списите до жалбениот суд, неуредна достава и неповикување на учесниците во постапката, проблеми поврзани со вештаците, инертност на судот во доказната постапка, судски грешки во примена на правото и злоупотреби на процесните овластувања кои не се санкционирани.

Повреда на правото на судење во разумен рок по правило се утврдува во случај на неоправдано долги периоди на неактивност на судот. Типичен пример за ова е случајот *Napijalo v. Croatia*<sup>30</sup> каде се воочуваат два долги периоди на неактивност на судот од вкупно 20 месеци. Слично на овој случај Европскиот суд за човекови права во случајот *Markoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia* пресудил дека неосновано е долг периодот од 2 години и 7 месеци за одлучување на Врховниот суд по ревизија.<sup>31</sup> Исто така и во случајот *Geršak v. Slovenia*, Европскиот суд за човекови права утврдил повреда на правото на судење во разумен рок затоа што судот закажал прво рочиште дури по 2 години и 8 месеци од денот на поднесувањето на тужбата и покрај седумте барања на тужителот да се закаже истото.<sup>32</sup>

---

*Acquaviva v. France*, 21 November 1995, § 29, 57, Series A no. 333-A.

<sup>27</sup> *Tierce v. San Marino*, no. 69700/01, § 31, ECHR 2003-VII.

<sup>28</sup> *Cipolletta v. Italy*, no. 38259/09, § 44, 11 January 2018.

<sup>29</sup> *König v. Germany*, 28 June 1978, Series A no. 27.

<sup>30</sup> *Napijalo v. Croatia*, no. 66485/01, § 61, 13 November 2003

<sup>31</sup> *Markoski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 22928/03, § 38, 2 November 2006.

<sup>32</sup> *Geršak v. Slovenia*, no. 35475/02, § 30, 27 May 2008.



Неадекватната организација на судовите, лошото спроведување на правосудните реформи, недоволниот број на судии и честото менување на судии исто така се многу чести причини поради кои Европскиот суд за човекови права утврдил повреда на правото на судење во разумен рок по вина на државен орган. Ова е така затоа што постои линк меѓу член 6 и член 13 од Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи поради кој државите мора да ги организираат така да одговарат на барањата за член 6. Во контекст на ова во случајот *Erkner and Hofauer v. Austria* Европскиот суд за човекови права утврдил дека буџетските ограничувања не ја ослободуваат државата од одговорност за неразумно долго траење на постапката.<sup>33</sup> Од друга страна во пресудата по случајот *Pokhalchuk v. Ukraine*<sup>34</sup> Европскиот суд за човекови права констатирал дека постои повреда на правото на судење во разумен рок бидејќи поради некомплетноста на судот постапката траела повеќе од 10 години. Во пресудата пак за случајот *Nankov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*<sup>35</sup> е утврдена повреда на правото на судење во разумен рок затоа што поради повеќекратна промена на судиите истата се одложила повеќе од 10 години.

Причина за несудење во разумен рок може да бидат и доцнења кои непосредно се поврзани со националните законодавства посебно во државите во транзиција. Во контекст на ова во пресудата *Floarea Pop v. Romania*<sup>36</sup> Европскиот суд за човекови права утврдил повреда на правото на судење во разумен рок од 7 години и 10 месеци бидејќи романскиот закон дозволувал повеќекратно враќање на предметот на повторно судење.

Европскиот суд за човекови права утврдил дека до повреда на правото на судење во разумен рок може да дојде и поради ненавремено донесување или стапување во сила на подзаконски акти кои се неопходни за извршување на законите. Дека ова е така потврдува пресудата за случајот *Vallée v. France*<sup>37</sup> каде е констатирано дека поминало 1 година и половина од денот кога е објавен законот со кој е воспоставен основ за надомест на штета на странката до денот на донесување на уредбата неопходна за примена на овој закон.

Во случајот пак *Martins Moreira v. Portugal*<sup>38</sup> Европскиот суд за човекови права констатирал дека на жалбениот суд му биле потребни 10 месеци да го достави предметот до првостепениот суд (започнувајќи од денот кога му била поднесена жалбата) што предизвикало неправедно каснење на постапката, додека пак поради неуредна достава и неповикување на учесниците и проблеми поврзани со вештаците утврдил повреди во случаите: *Roubies v. Greece*<sup>39</sup> во

<sup>33</sup> Подетално видете го случајот *Erkner and Hofauer v. Austria*, 23 April 1987, Series A no. 117.

<sup>34</sup> *Pokhalchuk v. Ukraine*, no. 7193/02, § 39, 7 October 2010

<sup>35</sup> *Nankov v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 26541/02, 29 November 2007

<sup>36</sup> *Floarea Pop v. Romania*, no. 63101/00, 6 April 2010.

<sup>37</sup> *Vallée v. France*, 26 April 1994, Series A no. 289-A.

<sup>38</sup> *Martins Moreira v. Portugal*, 26 October 1988, § 52, Series A no. 143.

<sup>39</sup> *Roubies v. Greece*, no. 22525/07, § 31, 30 April 2009.

кој на оставинскиот суд му биле потребни 26 месеци за да прибави изјави од 4 сведоци и *Zappia v. Italy*<sup>40</sup> каде националниот суд неразумно чекал 4 години на наод на вештак во извршна постапка.

Неефикасно постапување на судот постои ако судот целосно одеденаш не ја побара целокупната документација од надлежен државен орган туку тоа го прави повеќекратно. Токму ова во случајот *Muženjak v. Croatia*<sup>41</sup> било причина судот 4 години да проверува дали странката е способна да биде странка во постапката поради што било повредено правото на судење во разумен рок.

До повреда на правото на судење во разумен рок може да дојде и поради судски грешки во примена на правото и злоупотреби на процесните овластувања кои не се санкционирани. Дека ова е така Европскиот суд за човекови права утврдил во случајот *Bock v. Germany*<sup>42</sup> во кој поради правна грешка што ја сторил судијата била поднесена жалба поради што подоцна неосновано долго се одолжила постапката и случајот *Versini v. France*<sup>43</sup> врз основа на кој е креирано правно правило дека судот е должен да ја санкционира процесната недисциплина и претераното изостанување без оправдување од рочиштата.

### **2.3. Однесување на странките, посебно подносителот, во текот и траењето на постапката**

Во однос на критериумот однесување на странките, не треба да се подразбира и да се бара посебна проактивност и соработка на странките со правосудните органи во текот на постапката, но нема да биде прифатливо неразумно користење и злоупотреба на процесните правата и примена на тактика за пролонгирање на постапките.

Европскиот суд за човекови права редовно истакнува дека однесувањето на подносителот на претставката претставува објективна околност која не може да се припише на тужената држава и која мора да се земе во предвид при утврдувањето на фактот дали разумниот рок од член 6 став 1 од Конвенцијата е пречекорен.<sup>44</sup>

Во граѓанските постапки Европскиот суд за човекови права смета дека од странките може да се очекува во постапките да се однесуваат со должно внимание, но дека не е должен да утврдува дали нивното однесување било немарно, неразумно или имало за цел одлагање на постапката бидејќи ова однесување само по себе е објективен фактор за кој државата не може да се смета одговорна. Но во секој случај домашните судови не смеат да чекаат и да бидат пасивни ниту во правните системи каде е утврдено правилото дека странките го контролираат текот на граѓанската постапка (методот на арбитражност или на

<sup>40</sup> *Zappia v. Italy*, 26 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV.

<sup>41</sup> *Muženjak v. Croatia*, no. 73564/01, § 53, 4 March 2004.

<sup>42</sup> *Bock v. Germany*, 29 March 1989, Series A no. 150.

<sup>43</sup> *Versini v. France*, no. 40096/98, 10 July 2001.

<sup>44</sup> *Wiesinger v. Austria*, 30 October 1991, § 57, Series A no. 213.

дискреционен ред). Ставот и однесувањето на странките сепак во крајна линија не ги ослободува судовите од обврската да обезбедат ажурно судење по тужбата согласно правото на правично судење.

Како примери од судската практика кога однесувањето на странките придонесува за пролонгирање на судењето, а со тоа и непочитување на правото за судење во разумен рок се: иницијално поднесување на тужбата до ненадлежен суд, непотребни барања за мирување или продолжување на роковите за постапување, учество во голем број на застапници или честа промена на правниот застапник/ полномошник на странката, често одлагање на постапката, често поднесување барања за изземање на судии/судии поротници, поднесување на нови тврдења во врска со фактите за кои се бара проверување иако се знае дека се неточни, поднесување процесни жалби, поднесување нови докази, често поднесување процесни приговори, честа промена на живеалиште со цел избегнување достава, непотребно користење на сите расположливи правни средства и слично, се со цел - попречување на начелото на процесната економија.

Ваквото однесување на странките, во секој случај зависи од правната рамка, односно законската допуштеност за користење на овие процесни права, а во секој случај и од попустливоста на надлежниот суд кој треба ја забележи намерата и целта за пролонгирање на постапката, да го спречи изигрувањето на законот, да го контролира текот на постапката и доследната примена на начелото за процесна економија, но и начелото на совесно користење на процесните овластувања.

Интересен случај од судската практика на Европскиот суд за човекови права каде е утврдено дека е прекршен член 6 од Европската конвенција за човекови права во однос на правото на судење во разумен рок во граѓанска постапка е случајот *König v Germany*.<sup>45</sup> Европскиот суд ги ценел и наодите на Владата дека удел во толкавото траење на постапката има однесувањето на подносителот на барањето, особено честата промена на застапници, поднесување на различни жалби и достава на докази во различни фази на постапката. Но, сепак во целокупната проценка на различните фактори, Судот заклучува дека одложувањата предизвикани од тешкотиите во истрагата и однесувањето на жалителот сами по себе не ја оправдуваат должината на постапката. Главната причина за должината на постапката треба да се најде во водењето на случајот од страна на судот, земајќи го предвид фактот дека постапката започнала на 13 јули 1967 година и завршила на 22 јуни 1977 година, Судот заклучил дека „разумниот рок“ предвиден со член 6 став. 1 (чл. 6-1) е надминат.<sup>46</sup>

Од практиката на Европскиот суд за човекови права, странката не може да биде обвинета дека со нејзиното однесување ја пролонгирала постапката кога

---

<sup>45</sup> *König v Germany*, 28 June 1978, Series A no. 27.

<sup>46</sup> *König v Germany*, 28 June 1978, § 105, Series A no. 27.

ги користи правните лекови предвидени со домашното законодавство. (*Erkner and Hofauer v. Austria*).<sup>47</sup> При оценување на повредата на правото на судење во разумен рок, судот секако ги цени сите критериуми посебно и заедно. Така во случајот *Beaumont v. France* иако постои вина кај апликантот (со тоа што погрешно започнал постапка пред ненадлежен суд) постои и кај судот (му биле потребни повеќе од 5 години за одржување на првото рочиште).<sup>48</sup>

### 3. Правото на судење во разумен рок во македонското законодавство

Сите држави кои се членки на Советот на Европа се должни да ги организираат судските системи така што ќе им гарантираат и ќе им обезбедат на правните субјекти донесување на правосилни одлуки во споровите од граѓанскоправна природа во разумен рок. Република Македонија станувајќи членка на Советот на Европа и ратификувајќи ја Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи целосно ја презеде оваа должност.<sup>49</sup> Во таа насока во македонската процесна теорија<sup>50</sup> прашањето за судење во разумен рок како никогаш претходно доби на популарност, по што се наметна и потребата за операционализација на правото на судење во разумен рок во македонското законодавство.

Така, на законско ниво, правото на судење во разумен рок набргу ќе го здогледа светлото на денот во Законот за парничната постапка како *lex generalis* за граѓанските постапки. Според член 10 од Законот за парничната постапка: „судот е должен постапката да ја спроведе без одолговлекување, во разумен рок, со што е можно помалку трошоци и така што ќе оневозможи злоупотреба на правата кои на странките им припаѓаат во постапката.“<sup>51</sup>

Со оглед на фактот што правото на судење во разумен рок е системски поврзано со правото за обезбедување на ефективно правно средство за заштита на правата се отвори потребата македонскиот законодавец на правните субјекти да им даде на располагање правно средство и постапка за ефективно остварување

<sup>47</sup> Vodič kroz član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE (GRAĐANSKOPRAVNI ASPEKT), European Court of Human Right, 2018, 128-129.

<sup>48</sup> *Beaumont v. France*, 24 November 1994, § 33, Series A no. 296-B.

<sup>49</sup> Република Македонија Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи ја ратификуваше на 10.04.1997 година.

<sup>50</sup> Македонската граѓанска процесна теорија не е многу богата со трудови за судење во разумен рок. Иако ова е така таа има еден, но се чини многу значаен труд, кој системски го обработува ова прашање, а тоа е докторската дисертација „Траењето на парничната постапка и судење во разумен рок“ на универзитетската професорка Татјана Зороска Камиловска. Се чини овој труд објавен во 2006 година ќе биде звезда водилка на македонскиот законодавец непосредно во годините подоцна.

<sup>51</sup> Може да се забележи дека гаранција за судењето во разумен рок во македонскиот национален судски систем се обезбедува и операционализира преку имплементација на повеќе начела на парничната постапка како што се: начелото за процесна економија, начелото на совесно користење на процесните овластувања, начело на концентрација на постапката итн.

и заштита на правото на судење во разумен рок пред националните органи. Во контекст на ова иако не беше донесен специјален (посебен) закон за заштита на правото на судење во разумен рок (како на пр: во Словенија 2006 година<sup>52</sup>, Србија 2015 година<sup>53</sup>) во членот 36 од Законот за судовите во 2007 година се регулираше правно средство и постапка за заштита на правото на судење во разумен рок.<sup>54</sup>

Законот за судовите воспостави превентивно-компензаторен систем<sup>55</sup> многу сличен на австрискиот и хрватскиот модел давајќи му конечна надлежност на Врховниот суд како највисок правосуден орган да одлучува по барањата за заштита на правото на судење во разумен рок. Притоа само откако оваа правна можност ќе биде исцрпена незадоволната странка согласно принципот на супсидијарност може да бара наднационална заштита на правото на судење во разумен рок пред Европскиот суд за заштита на човековите права. Во врска со ова постои линк помеѓу критериумите за оценка на повреда на правото на судење во разумен рок во праксата на Врховниот суд на Република Македонија и праксата на Европскиот суд за заштита на човековите права поради пенетрацијата на процесното право за човековите права во македонското граѓанско процесно право по ратификацијата на Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи.

Согласно податоците на Врховниот суд на Република Македонија – Одел за судење во разумен рок - 2008- 2019 година<sup>56</sup>, Врховниот суд на Република Македонија во периодот од 2008 до 2019 година согласно има примено 9017 барања за судење во разумен рок и жалби и отворено 9017 предмети. Од нив има решено 8874 предмети односно 98, 4 % од севкупниот број примени предмети. Од решените предмети 2244 биле усвоени, 4331 одбиени, 2152 отфрлени, 18 решени на друг начин (најчесто станува збор за спојување на постапките), а за 129 предмети од 2009 година кои се решени од страна на вростепениот совет, не

<sup>52</sup> Закон за обезбедување на право на судење во разумен рок на Словенија, бр. 49/06.

<sup>53</sup> Закон за заштита на правото на судење во разумен рок на Србија, бр.42/2015.

<sup>54</sup> Видете член 36 од Законот за судовите..

<sup>55</sup> Македонскиот систем за заштита на правото на судење во разумен рок е мешовит превентивно-компензаторен. Првенствено превентивен под инфлуенца на австриското право затоа што има за цел спречување на настанување на повреда, а не отстранување на штетните последици кога повредата е сторена, но и делумно компензаторен под инфлуенца на италијанскиот “Пинто закон” затоа што регулира и надомест на штета поради неразумно долго траење на постапката.

<sup>56</sup> Извор: Извештаите на Врховниот суд на Република Македонија за периодот од 2008 до 2019 година, достапни на страната: [http://www.vsrn.mk/wps/portal/vsrn/sud/izvestai/svi/!ut/p/z1/jY-7DoJAFES\\_xYJS7jUiLHaLIhEwJiIRtzGQrAvhsQRQfl\\_UysTXdDM5pxhgEAGr4mism4i6TVVwM\\_cj0k4lLfWI0N96BkG6CW0dNauP9Pg8AB0R9OQeOiTYGchtdEge5Ois0Jg\\_hfgLuPH0Jx8NkvJChzcIGJQibPR7RKpkQAa\\_iZN7xRL80wp11Xt3MFFez7XhVSioKrZa7gOyOVbQfRCwh1GUy4dg6kpaMba75yXw!!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/?uri=nm%3Aoid%3AZ6\\_90D61BC0LOK780AMUELUGIJL54](http://www.vsrn.mk/wps/portal/vsrn/sud/izvestai/svi/!ut/p/z1/jY-7DoJAFES_xYJS7jUiLHaLIhEwJiIRtzGQrAvhsQRQfl_UysTXdDM5pxhgEAGr4mism4i6TVVwM_cj0k4lLfWI0N96BkG6CW0dNauP9Pg8AB0R9OQeOiTYGchtdEge5Ois0Jg_hfgLuPH0Jx8NkvJChzcIGJQibPR7RKpkQAa_iZN7xRL80wp11Xt3MFFez7XhVSioKrZa7gOyOVbQfRCwh1GUy4dg6kpaMba75yXw!!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/?uri=nm%3Aoid%3AZ6_90D61BC0LOK780AMUELUGIJL54)

**Напомена:** 1) во моментот (31.05.2021 година) не е објавен Извештај на Врховниот суд на Република Македонија за 2020 година; 2) податоците во табелата се однесуваат за кривични, граѓански и управни предмети.

е познат начинот на кои се решени бидејќи во извештаот за работа на Врховниот суд не се наведени податоци.

### **Заклучни согледувања**

Правото на судење во разумен рок е еден од клучните елементи на правото на правично судење и самостојно човеково процесно право. Правото на судење во разумен рок како самостојно човеково процесно право ужива правна заштита per se независно од заштитата на правото за кое судот расправа и одлучува во конкретна граѓанска постапка. Како такво ова право е баланс помеѓу ефикасноста и правичноста на граѓанската постапка.

Правото на судење во разумен рок е отворен правен стандард чие пречекорување води кон прекршување на човековите права. Европскиот суд за човекови права при одлучувањето за повреда на правото на судење во разумен рок одлучува дали националните судови го повредиле правото за судење во разумен рок. Што претставува стандардот разумен рок се одлучува во секој случај посебно.

Сепак низ судската практика на Европскиот суд за човекови права казуистички се искристализирале следниве базични критериуми за оценка на повреда на правото на судење во разумен рок: 1) сложеност на предметот 2) однесување на судот или друг орган со јавни однесувања и 3) однесување на странките, посебно подносителот, во текот и траењето на постапката.

Откако Република Македонија стана членка на Советот на Европа и ја ратификуваше Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи се создаде линк помеѓу критериумите за оценка на повреда на правото на судење во разумен рок на Европскиот суд за заштита на човековите права и праксата на Врховниот суд на Република Македонија. Така, пенетрацијата на процесното право за човековите права во македонското граѓанско процесно право е видлива низ праксата на Одделот за судење во разумен рок во рамки на Врховниот суд на Република Македонија кој во периодот 2008-2019 година примил 9017 барања за судење во разумен рок и одлучил за 98,4 % од севкупниот број примени предмети.

### **Користена литература**

1. Vodič kroz član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE (GRAĐANSKOPRAVNI ASPEKT), European Court of Human Right, 2018
2. Drašković Dragoljub, Pravo na suđenje u razumnom roku, Matica, br.74, Podgorica, 2018
3. 3. European Court of Human Rights, Violations by Article and by State 1959-2020

4. 4. Зороска Камиловска Татјана, Процесни средства за заштита на правото за судење во разумен рок, Евродијалог 9, Скопје
5. 5. Зороска Камиловска Татјана, Траењето на парничната постапка и судење во разумен рок (докторска дисертација), Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2006
6. 6. Јаневски Арсен, Зороска Камиловска Татјана, Граѓанско процесно право – Книга прва – Парнично право, Правен факултет Јустинијан Први, Скопје, 2009
7. 7. Manojlović-Andrić K., Milutinović L, Andrejević S, Rodić V, Kršikapa M, Bajić. (2018). Kriterijumi za ocenu povrede prava na suđenje u razumnom roku. Retrieved from <https://rm.coe.int/kriterijumi-za-ocenu-povrede-prava-na-sudjenje-u-razumnom-roku/16808c5848>
8. 8. Potočnjak Željko, Zaštita prava na suđenje u razumnom roku nakon stupanja na snagu novog Zakona o sudovima, Hrvatska pravna revija, 6 (2006), 4; 13-31
9. 9. Radolović Aldo, Zaštita prava na suđenje u razumnom roku - realna mogućnost, (pre)skupa avantura ili utopija?, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Vol 29, No.1, Rijeca, 2008
10. 10. Закон за обезбедување на право на судење во разумен рок на Словенија, бр. 49/06
11. 11. Закон за заштита на правото на судење во разумен рок на Србија, бр.42/2015
12. 12. Извештаите на Врховниот суд на Република Македонија за периодот од 2008 до 2019 година
13. 13. Европска конвенција за заштита на човековите права и основните слободи
14. 14. Закон за парничната постапка на Република Македонија, 79/05.
15. 15. Закон за судовите на Република Македонија, бр.58/2006
16. 16. Пресуди на Европскиот суд за заштита на човековите права

## THE ROLE AND IMPORTANCE OF PUBLIC RELATIONS ON THE FUNCTIONING OF THE STATE FUNCTIONS FOR EFFICIENT STATE BODIES

**Jadranka Denkova PhD**

Professor “Goce Delchev University”, Faculty of Law Stip,

e-mail: [jadranka.denkova@ugd.edu.mk](mailto:jadranka.denkova@ugd.edu.mk)

**Andon Majhosev PhD**

Professor “Goce Delchev University”, Faculty of Law Stip,

e-mail: [andon.majhosev@ugd.edu.mk](mailto:andon.majhosev@ugd.edu.mk)

**Jovan Ananiev PhD**

Professor “Goce Delchev University”, Faculty of Law Stip

e-mail: [jovan.ananiev@ugd.edu.mk](mailto:jovan.ananiev@ugd.edu.mk)

### **Abstract**

Public relations is defined as a constant, two-way strategic guided communication with the internal and external target public for mutual benefit. Public relations is a strategic communication process that creates mutually beneficial relationships between individuals/organizations and their audience (public). Hence, public relations is an important form in the functioning of the state and is recognized everywhere as a key element in the organization of any state body, whether it has legislative, executive, judicial power or is a unit of local self-government. For these reasons, it is considered a powerful tool to increase the efficiency of the civil service. The purpose of this paper is to analyze public relations, organization, application, their significance, functionality, and practical application in state bodies in the Republic of North Macedonia. In particular, the paper will address how the application of public relations affects the progress of state bodies. The main emphasis of the paper is to see how the rules of public relations are applied, the pros and cons, and how they affect the efficiency of state bodies. In addition, the laws related to the function of public relations, directly and indirectly, will be analyzed. The conclusion is that public relations in our country are on the rise in terms of normative setup and rules of conduct, in terms of practical applicability is not sufficiently understood the role and importance of public relations in the performance of state functions. Hence, there is a need for a greater commitment of responsible persons and public relations experts to emphasize the role and importance of this scientific and practically applicable discipline as an inevitable way for the efficient functioning of state bodies.

**Keywords:** public relations, state functions, state bodies, strategic management



## УЛОГАТА И ЗНАЧЕЊЕТО НА ОДНОСИТЕ СО ЈАВНОСТ ПРИ ОСТВАРУВАЊЕТО НА ДРЖАВНИТЕ ФУНКЦИИ ЗА ЕФИКАСНИ ДРЖАВНИ ОРГАНИ

**Јадранка Денкова Проф. д-р**

“Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип

е-маил: [jadranka.denkova@ugd.edu.mk](mailto:jadranka.denkova@ugd.edu.mk)

**Андон Мајхосев Проф. д-р**

“Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип,

е-маил: [andon.majhosev@ugd.edu.mk](mailto:andon.majhosev@ugd.edu.mk)

**Јован Ананиев Проф. д-р**

“Универзитет Гоце Делчев”, Правен факултет Штип,

е-маил: [jovan.ananiev@ugd.edu.mk](mailto:jovan.ananiev@ugd.edu.mk)

### **Апстракт**

Односите со јавноста се дефинирани како постојана, двонасочна стратешки водена комуникација со интерната и екстерната целна јавност заради остварување на взаемна корист. Односите со јавноста се стратешки комуникациски процес кој создава заемно корисни односи меѓу индивидуите/организациите и нивната публика (јавност). Оттука, односите со јавност претставуваат значајна форма во функционирањето на државата и насекаде се признати како клучен елемент во организацијата на било кој државен орган, без оглед дали обавува законодавна, извршна, судска власт или пак е единица на локалната самоуправа. Од тие причини се смета моќна алатка во насока на зголемување на ефикасноста во државната служба. Целта на овој труд е да ги анализира односите со јавност, организацијата, примената, нивното значење функционалност и практична примена во државните органи во Република Северна Македонија. Особено трудот ќе се осврне на примената на односите со јавност, како влијаат врз напредокот на државните органи. Главниот акцент на трудот е да се види како се применуваат правилата на односите со јавност, позитивните и негативните страни и како влијаат на ефикасноста на државните органи. Покрај тоа, ќе бидат анализирани и законите кои се поврзани со функцијата односи со јавност на непосреден и посреден начин. Заклучокот е дека односите со јавност во нашата држава се во подем во однос на нормативната поставеност и правилата на однесување, во однос на практичната применливост не е во доволна мера сфатена улогата и значењето на односите со јавност при остварувањето на државните функции. Оттука, се јавува неопходност од поголема заложба на одговорните лица и експертите за односи со јавност да ја истакнат улогата и значењето на оваа научна и практично применлива дисциплина како неодминлив начин за ефикасно функционирање на државните органи.

**Клучни зборови:** односи со јавност, државни функции, државни органи, стратешки менаџмент

## ВОВЕД

Односите со јавноста претставуваат комуникација помеѓу организацијата и нејзината јавност. Односите со јавноста овозможуваат на организацијата да го проектира нејзиниот имиџ кај нејзината “јавност” - корисници, поддржувачи, спонзори, донатори, локалната заедница, потрошувачи и другата публика. Оттука, нагласуваме дека и државните организации се грижат за својот углед, остварување и претставување на остварувањата пред нејзината целна јавност граѓаните. Колку органите на државната управа и на судската власт го разбираат значењето на оваа професија ќе биде претставено во овој труд преку компаративна анализа на односите со јавност во истите. Тоа значи целта на овој труд е да ги анализира односите со јавност, организацијата, примената, нивното значење функционалност и практична примена во државните органи во Република Северна Македонија. Особено трудот ќе се осврне на примената на односите со јавност, како влијаат врз напредокот на државните органи. Главниот акцент на трудот е да се види како се применуваат правилата на односите со јавност, позитивните и негативните страни и како влијаат на ефикасноста на државните органи. Покрај тоа, ќе бидат анализирани и законите кои се поврзани со функцијата односи со јавност на непосреден и посреден начин. Од аспект на тоа што е јавност или што е публика во јавните органи, и кој ги чита вестите поврзани со работата на истите, една од најзначајната јавност е внатрешната јавност. Внатрешната јавност ја сочинуваат вработените во институцијата, внатрешната комуникација влијае врз организациската клима. Внатрешната комуникација ќе зависи од тоа како се чувствуваат вработените, колку се среќни, задоволни, незадоволни, а тоа влијае врз угледот на организацијата. Тоа значи дека треба да бидат воспоставени јасни правила на внатрешна комуникација во организацијата кои ќе влијаат врз ефикасно остварување на функциите на јавните органи. Не помалку значајна јавност е општата јавност и стручната јавност.<sup>1</sup> Перцепцијата на граѓаните за работата на јавните органи ќе влијае од тоа како истите се претставуваат преку презентирање на остварените цели, како и од односот со нив при давањето на услугите дали ги применуваат начелата за добро работење (одговорност, респонзивност, ефективност, ефикасност). Особено е значајна стручната јавност која на коректен и стручен начин го дава своето мислење, а тоа особено влијае врз јавното мислење за успешноста на организацијата. Секој државен орган треба да има изградено систем на следење на задоволството на граѓаните од нивната работа, како и анализа на мислењата од стручната јавност во врска со нејзините активности.

Ако ги погледнеме целите на односите со јавноста кои се однесуваат на: креирање на идентитетот на институцијата, стимулирање на тимска работа, обезбедување подобра општа информираност за работата на институцијата,

<sup>1</sup> Your Future In Public Relations- Edward L. Bernays -1961 year.

унапредување на врските со мас медиумите, градење мостови со целната јавност, како и нивното влијание да се увери јавноста, да се едуцира, да се поттикне акција, да се поттикне желба интерес, да се добие одобрување од трета страна ќе видиме дека истите преставуваат неодминлив сегмент во остварувањето на стратегијата на организацијата.<sup>2</sup> Колку државните органи се раководат од целите на односите со јавност ќе согледаме преку анализа на организациската поставеност во државните органи во овој домен. Вака дефинираната улога на односите со јавноста сосема логично ја наметнува потребата од перманентно унапредување на односите со јавноста и јакнење на капацитетите и зголемена потребата од истражување дали во јавните, извршните и судските органи во Македонија постојат проблеми во врска со имплементацијата на законите поврзани со информирањето на пошироката јавност, односно таквите податоци да не ги оспорува и да не е во спротивност со Законот за заштита на личните податоци,<sup>3</sup> Законот за класифицирани информации<sup>4</sup>, Закон за слободен пристап на информации од јавен карактер<sup>5</sup> и други законски и подзаконски прописи од оваа област.

## ОДНОСИТЕ СО ЈАВНОСТ ВО ДРЖАВНИТЕ ОРГАНИ

Анализата на односите со јавност во државните органи е насочена кон документите кои се однесуваат на функционирањето на односите со јавност во државните органи. Најпрво ќе ги согледаме односите со јавноста во Владата на Република Северна Македонија. Владата има изработено Комуникациска стратегија за периодот 2021-2022, во неа се содржани основните чекори за функционирањето на односите со јавност и комуникацијата со граѓаните. Централниот сектор за односи со јавност го сочинуваат неколку одделенија. Канцеларија на портпарол за комуникација со медиуми, одговори на прашања од јавен интерес и организација и модерирање на прес-конференции; Прес служба за пишување најави, соопштенија, тези, предлог изјави и обраќања; Одделение за дигитални комуникации коешто обезбедува активна транспарентност на Владата преку онлајн комуникации и управува со веб - страницата и профилите на социјалните медиуми на Владата; Тим за продукција, за техничка поддршка во организација на активности и продукција на фотографии и видео материјали; Одделение за мониторинг на традиционални и нови медиуми, тим за истражување и анализи, лица задолжени за организација на настани и

---

<sup>2</sup> Vilkoks L. D., Kameron T. G., Olt H. F., Eidzi K. V. Odnosi s javnoscu- Strategije i taktike Ekonomski fakultet Beograd, 2006

<sup>3</sup> Закон за заштита на лични податоци(Службен весник на Република Македонија бр.07/05 и измените и дополнувањата бр.103/08,124/10 и Сл.весник на РМ бр.135/11 година)

<sup>4</sup> Закон за класифицирани информации (објавен во Сл.Весник на РМ бр.9/2004 година)

<sup>5</sup> Закон за слободен пристап до информации од јавен карактер (објавен во Сл.Весник на РМ бр.13/2006 година со сите измени и дополнувања).

процеси како и лица за административна и логистичка поддршка. Овие тимови имаат координатори, коишто го сочинуваат координативното тело за стратешко планирање на проактивни и реактивни комуникации на Владата.

Централниот Сектор за односи со јавноста на Владата е во постојана координација со Кабинетот на претседателот на Владата, со кабинетите на замениците на претседателот на Владата на Република Северна Македонија, со одделенијата за односи со јавност на министерствата и институциите во рамки на Владата, преку систем на матрица за стратешко планирање на проактивните комуникации на Владата, познат како ГРИД - систем, моделот што го користи владиниот комуникациски сервис на Велика Британија. Матрицата е двоседмичен документ со којшто се усогласуваат сите вести коишто ги произведуваат владините институции, со цел максимален ефект. Матрицата е стратешка алатка за планирање неделни проактивни комуникации со јавност за Владата и министерствата.

Матрицата овозможува на Владата да го утврди дневниот ред на своите активности и плански да комуницира Министерите се однапред запознаени со активностите на целата влада и другите важни субјекти во општеството. Значајно е да се истакне дека Владата комуникацијата ја остварува преку моделот OASIS. Овој модел се однесува на целта што треба да се постигне со комуникацијата. Главниот акцент го става на целната јавност, на кој начин да се мотивира за да се оствари ефективна комуникација. Така, неопходно е да се лоцира целната јавност, начинот на кој ќе се пристапи кон истата, односно што ја мотивира истата. Тука важен е пристапот кон јавноста, каналите за комуникација, видот и начинот на формирање на пораката за да биде разбрана од пошироката целна јавност. Стратегијата треба да содржи и детален план за начинот на којшто ќе се реализира комуникациската активност, како и ресурсите коишто ќе се алоцираат за таквата реализација како и временската рамка за реализација.

Владините комуникатори имаат важна улога во информирањето на јавноста за работењето и приоритетите на Владата на Република Северна Македонија.

Притоа, согласно стратегијата на Владата е предвидено подигнување на нивото на професионални компетенции на комуникаторите преку соодветни обуки за воспоставување заеднички нивоа на комуникациско знаење и искуство кај сите владини комуникатори. Владата врши перманентно ажурирање на комуникациските структури и процеси на ниво на Владата и министерствата, за да се гарантира одржливост, објективност и ефикасност на комуникациските функции, како и да се воспостави доследност помеѓу тимовите. Во рамките на стратегијата е предвидено и постојано унапредување на протоколот за „кризни комуникации“ со којшто Владата ќе комуницира со своите граѓани на ефикасен, ефективен и транспарентен начин во време на криза. Главната цел на сите што се поврзани со односите со јавност е постојан развој на капацитетите за идентификување и справување со лажните вести и дезинформациите. Посебно

акцентот се става на развој на систем за внатрешна комуникација низ државната администрација со цел заедничко разбирање на владините политики.

Основната должност на владините комуникатори е на јавноста да ги пренесуваат официјалните владини ставови и политики преку различни канали, при што треба да се придржуваат до вредности и правила со коишто се обезбедува професионална, објективна, ефикасна и отворена комуникација со јавноста. Истите треба да го почитуваат стандардите на работење што се содржани во ”Кодекс на однесување за владините комуникатори”. Овој кодекс ги пропишува принципите, стандардите, правилата и практиките на соодветно комуницирање со јавноста преку официјалните канали на комуникација, вклучително и преку официјалните и приватните канали на социјалните медиуми. Овој кодекс на однесување е изработен во согласност со постојната законска рамка во Република Северна Македонија, во којашто е наведено етичкото однесување коешто се очекува од владините комуникатори (јавни и кабинетски службеници). Јавните и кабинетските службеници коишто работат на односите со јавност треба да ги следат следниве принципи: вистинито, објективно, внимателно и непристрасно работење. Одлуките да ги донесуваат исклучиво врз база на претходна анализа на факти и обврските коишто произлегуваат од службата да бидат секогаш пред личните интереси.

Подемот на социјалните и дигиталните медиуми овозможува на Владата директно и двонасочно да комуницира со граѓаните, да се информира за нивните интереси и да го земе предвид нивното мислење при креирањето и спроведувањето на владините политики. Сè повеќе граѓани ги користат социјалните медиуми како средство за информирање, и оттаму потребата за зголемена комуникација со јавноста преку службените социјални медиуми на институциите. Владата има за цел да го привлече и задржи вниманието на граѓаните преку социјалните медиуми.

Во процесот на комуникација согласно Стратегијата, лицата кои работат во односите со јавност работат според воспоставени правила: 1. треба да внимаваат да не се објавуваат, ниту се споделуваат содржини коишто би можеле да се сметаат за навредливи кон поединци или кон одредена група на граѓани. 2. Не се објавуваат, ниту се споделуваат информации со коишто би се прекршиле нечии авторски права. 3. Не се објавуваат, ниту се споделуваат информации со коишто би се извршило селективно промовирање или фаворизирање на одреден правен или приватен субјект, со што би се влијаело врз создавање нелојална конкуренција. 4. Не се објавуваат, ниту се споделуваат информации коишто се класифицирани или имаат таков сличен статус или информации коишто би ги изложиле колегите и лицата кои ја споделуваат информациијата на ризик, без разлика дали станува збор за криминал, тероризам или шпионажа. 5. Не се објавуваат, ниту се споделуваат фотографии на коишто може да се препознае идентитет на малолетно лице, без претходно да се добие писмена дозвола

од нивните родители/старатели, освен во случај кога настанот е јавен и е на отворено. 6. Не се објавуваат, ниту се споделуваат содржини кои не се проверени и сигурни дали се соодветни за јавност. Во овој случај треба да се побара совет од колегата или од претпоставениот. 7. Нови информации коишто за првпат се изнесуваат во јавност треба премиерно да се објавуваат на официјалните канали на Владата или на највисоките претставници на институциите. 8. Не се објавуваат неточни информации или шпекулации со коишто на кој било начин би ги довеле граѓаните во заблуда.<sup>6</sup>

Од начинот на кој е организирана службата за односи со јавноста, како и пристапот кон изработка на акти поврзани со комуникацијата и односите со јавност, Владата има најсериозен пристап, а исто така треба и да биде, зошто Владата ги поставува основите на една политика, а истата треба да ја реализираат на ист начин и органите во нејзиниот состав, како и институциите кои и се подредени. Тоа покажува дека Владата на РСМ настојува да ги следи новините во односите со јавноста при што ја разбира суштината, моќта и значењето на оваа професија. Во однос на примената на стратегијата од аспект на екипираност, професионалност, стручност, објективност, транспарентност, секогаш резултатите се покажуваат на наредните избори. Граѓаните ја ценат вистинитоста на информациите, соочени се со квалитетот на услугите што ги добиваат од администрацијата дали постапува согласно кодексот за добро административно работење, согледуваат колку е слушнат нивниот глас, даваат фидбек за имплементација на некоја владина политика и одлучуваат дали ќе го дадат својот глас за таа Влада. Тоа всушност е суштината на односите со јавност да даваат вистинити информации за граѓаните, а не да бидат лажна пропаганда, тоа е всушност и разликата помеѓу односи со јавност и пропаганда.

**Министерството за внатрешни работи** има темелен пристап кон односите со јавноста, пред се поради сложеноста на работата која е насочена кон превенција и заштита на слободата и безбедноста на граѓаните. Министерството за внатрешни работи има изработено Стратегија за вклучување и комуникација со заедницата 2020-2022.<sup>7</sup> Оваа стратегија претставува прв обид да се подигнат на повисоко, стратешко ниво досегашните проекти и практики за соработка на полицијата и граѓаните. Во МВР за прв пат е офомен Оддел за односи со јавноста и стратешки прашања во 2003 година, подоцна е преименуван како Одделение за односи со јавноста. Во 2006 година ова одделение прераснува во Сектор за односи со јавноста и информации од јавен карактер, а од 2015 година повторно е преименуван во Оддел за односи со јавноста и стратешки прашања при кабинетот на Министерот за внатрешни работи. Со овој оддел раководи помошник министер и истиот ги координира стратешките прашања

---

<sup>6</sup> Стратегија за комуникации на Владата на РСМ 2021-2-22 , [www.vlada.mk](http://www.vlada.mk)

<sup>7</sup> Стратегија за вклучување и комуникација со заедницата 2020-2022, декември 2019, Министерство за одбрана, [www.mvr.gov.mk](http://www.mvr.gov.mk)

и функционирањето на канцелариите за односи со јавноста во секторите за внатрешни работи. Во склоп на Одделот за односи со јавноста и стратешки прашања постои Сектор за односи со јавност и протокол. Секторот за односи со јавност го сочинуваат три одделенија и тоа: Одделение за односи со јавност, Одделение за информации од јавен карактер и Одделение за протоколарни настани и активности. Одделението за односи со јавност е задолжено за континуираната комуникација со медиумите, редовна комуникација со граѓаните по однос на различни прашања од интерес за целокупната јавност. Ова Одделение покрај својата редовната дистрибуција на разни видови информации од работните активности на МВР и неговите сектори за внатрешни работи, е постојан учесник во разни проекти, кампањи и други активности од поширок јавен интерес, а коишто се или произлегуваат од делокругот на работа на Министерството. Одделението за информации од јавен карактер, согласно своите законски одредби како што се Законот за слободен пристап на информации од јавен карактер, и на други прописи и нормативни акти на МВР, а во однос на оваа материја, е во постојана редовна комуникација со сите организациони единици во рамки на министерството заради благовремено доставување одговор на барањата на сите баратели на информации од јавен карактер. Одделението за протоколарни настани и активности при Министерството за внатрешни работи е одговорно за обезбедување комплетна поддршка на активностите на министерот, заменик министерот, државниот секретар и директорите на бирото за безбедност и за контраразузнавање како и за придружба на министерот за време на протоколарни, работни и официјалните средби и состаноците со меѓународни и домашни институции, организирање на најразлични манифестации, трибини конференции и настани од доменот на односи со јавноста. Исто така, ова одделение е одговорно за организација на Меѓународни Форуми и конференции под покровителство на Министерството.

**Во Министерството за одбрана** е воспоставен Сектор за комуникации, аналитика и оперативна поддршка и регионален центар за односи со јавност. Главните одговорности на Секторот за комуникации, аналитика и оперативна поддршка се однесуваат на односите со јавноста, издавачката дејност на Министерството, анализите и истражувањата на јавните информации, планирањето и реализацијата на обуките за односи со јавноста во Регионалниот центар за односи со јавноста и протоколарната поддршка на работењето на министерот, заменик-министерот и државниот секретар во Министерството. Министерството за одбрана има изработено комуникациска стратегија 2021-2022.<sup>8</sup> Во Стратегијата е содржан Комуникациски план, прилагоден согласно Стратегијата на Владата на Македонија. Според истражувањето на *Метаморфозис* и на *ACTION SEE*, Министерството за одбрана е на второ место во оценката за добро владеење и отвореност на институцијата, а на ниво на цела

<sup>8</sup> Комуникациска стратегија 2021-2022, Министерство за одбрана, [www.mod.gov.mk](http://www.mod.gov.mk)

држава, Северна Македонија е на прво место во регионот, оценета како земја со најотворена извршна власт. Во стратегијата се содржани целите, мисијата и визијата на МО во доменот на односите со јавност. Во стратегијата е детектирана јавноста која е во интерес на МО (домашна јавност и екстерната јавност) и пристапот кон истата е направен согласно стандардите и правилата на науката за комуникации и односи со јавност. Со оваа стратегија МО настојува да се приближи кон граѓаните, да ги информира за своите активности, да го испита јавното мислење, да превенира и да ги отстрани сите невистини и шпекулации поврзани со дејноста на Министерството.

**Анализирајќи ги односите со јавноста во Царинската управа** кои се организирани преку одделение за односи со јавноста, а имајќи предвид дека се работи за законска правна процедура за увоз и извоз на разни производи и предмети, заради поуспешно и поефикасно следење на процедурите изготвена е интернет страница на Царинската управа на Република Северна Македонија која што има за цел да овозможи подобра комуникација и полесна размена на информации подостапна за граѓаните, деловната заедницата и медиумите. Одделението за односи со јавноста има вработено советник за односи со јавноста, и портпарол на управата каде првенствена цел им се комуникациите со јавноста, другите министерства, граѓаните, деловната заедница и слично. За таа цел најактуелните прашања се објавуваат во рубриката “најчесто поставувани прашања”.

**Односите со јавноста во Министерството за животна средина и просторно планирање**<sup>9</sup> се претставени преку Секторот за комуникација со јавноста. Овој Сектор за комуникација со јавноста претставува линк помеѓу Министерството за животна средина и просторно планирање и јавноста. Оформен е во јануари 1999 година како Канцеларија за комуникација со јавност по препорака и со финансиска поддршка од Европската Унија. Составен е од две одделенија: Одделение за односи со јавност и Одделение за подигнување на јавната свест и едукација. Основната улога на Секторот за комуникација со јавноста е: Обезбедување на транспарентност јавна достапност на информациите за различни аспекти за заштита на животната средина; Унапредување на образованието на полето на заштита на животната средина, заради подобро разбирање на истата, со вклучување во разни научни и образовни програми; Зголемување на јавната свест и разбирање на важни еколошки проблеми и опции за можни решенија, со цел подобрување на еколошките услови; Добивање корисни информации од граѓаните и организациите кои имаат лично и специјализирано знаење за ресурсите и проблемите на животната средина, а кои на друг начин не можат да се добијат; Информирање за донесување на одлуки за еколошките приоритети и решенија

<sup>9</sup> Министерство за животна средина и просторно планирање., [www.moep.gov.mk](http://www.moep.gov.mk)



и вклучување на јавноста при донесување на одлуки; Развивање на бази на податоци за релевантни институции, организации, стопанственици и поединци неопходни за информирање и спроведување на одредени процеси во животната средина.

Основниот принцип на работа на Секторот е двонасочна комуникација односно давање и примање на информации од јавноста, базиран на Архуската конвенција и Законот за слободен пристап на информации од јавен карактер. Само по пат на добро информирање и еколошко едуцирање може да се обезбеди подобро превентивно делување на еколошката култура на живеење.

Секторот за комуникација со јавноста, својата примарна улога ја остварува преку: Соработка со медиуми која опфаќа логистичка поддршка на министерот и другите одговорни лица за сите активности поврзани со односите со јавност, (најави, обраќања, информации) и претставување пред каналите за комуникација. (одржување веб страна, фејбукс, твитер, прес конференции итн).

Исто така, овој сектор има задача да соработува со граѓанскиот сектор. Тоа опфаќа соработка, активности и менаџирање на податоци за здруженија на граѓани НВО кои делуваат во областа животна средина. Секторот организира настани за подигање на јавната свест и еколошка едукација како денови на екологијата востановени од страна на меѓународни организации (УНЕП, ООН, ЕУ и др.) Во Секторот за комуникација со јавноста е сместена специјализирана библиотека и истата има воспоставено и електронски каталог со голем број на наслови, студии и брошури и други печатени содржини на еколошки теми, наменети за различни целни групи.

Од сето наведено можеме да видиме дека Министерството за животна средина и просторно планирање односите со јавноста ги води на еден детално разработен начин со многу настани и презентации кои имаат големо влијание врз целокупната јавност. Имајќи во предвид дека и тука односите со јавноста се претставени преку сектор за односи со јавноста и втемелени во систематизацијата на самото министерството.

**Во Јавното во обвинителство** има служба за односи со јавност, но централната улога ја има Јавниот обвинител на Македонија. Тоа значи дека менаџирањето со односите со јавноста не е доделено на стручно лице за односи со јавност, туку таа улога ја има Јавниот обвинител на Македонија. Во јавното обвинителство од редот на јавните обвинители има назначено еден јавен обвинител кој ќе врши контрола на пристигнатите информации и координирање на сите информации пред објавата во медиумите. Начинот на работа во службата е регулиран со Задолжително упаство за односи со јавноста<sup>10</sup>. Во јавното обвинителство има вработено лица советници за односи со јавноста но ниту едно од вработените лица не е менаџер за односи со јавноста, има назначено

---

<sup>10</sup> Упатство за односи со јавноста во јавното обвинителство на Р М „Дов бр.37/14 од 08.07.2014 година

лице од Јавното обвинителство портпарол кој ќе изврши јавно објавување на информациите преку медиумите како што е пишано соопштение, одговор на емаил и слично. Покрај ова лице, во јавното обвинителство за гонење на организиран криминал и корупција и во Основното јавно обвинителство Скопје има по едно лице, советник за односи со јавноста кој воедно и се назначени со интерно решение да во случај на потреба овие лица се јавуваат за портпароли на соодветните обвинителства. Сето ова говори дека недоволен е бројот на лицата кои работат во оваа служба, нема лице кое ќе биде менаџер кој ќе управува со информациите и ќе се грижи за угледот, репутацијата и имиџот на Јавното обвинителство. Во денешни услови како што е замислено овој начин на работа на службата за односи со јавноста не соодветствува со трендовите на развој на современите системи за комуникација.

Службата за односи со јавноста многу успешно се бори со современите текови на брз трансфер на информации но тоа не е одржливо на подолг рок. Потребно е целосно екипираност на службата, да владее чувство на одговорност преку назначување на лице менаџер за односи со јавноста во Јавното обвинителство. Нашата пракса на односи со јавноста од досегашната историја ни говори дека со назначување на портпарол за односи со јавноста целата работа е завршена. Сето ова е погрешно и можеби пред неколку години успешно ја извршуваа обврската на информирање. Но денес е невозможно да се постигне успех без назначување на менаџер за односите со јавноста, денес достапноста до интернет е огромна, електронскиот пренос на информации е во секоја секунда и затоа е потребно и да се зголемат капацитетите на службата, да бидат посебно екипирани и подготвени да одговорат на сите предизвици. Од нормативната поставеност на односите со јавноста во јавното обвинителство на Македонија најдобро се гледа во Законот за јавното обвинителство, па така во член 8 ставот 1 од овој закон<sup>11</sup> се вели: Јавното обвинителство е должно да ја информира јавноста за одделни случаи по кои постапува, особено ако се од таква природа што предизвикуваат поширок општ интерес во јавноста или се од значење за остварување на функцијата на јавното обвинителство заради заштита од криминални или други противзаконски дејствија. Во овој член се вели дека Јавното обвинителство е должно да ја информира јавноста, а не службата за односи со јавноста. Ваквото законско решение остава простор се заобиколи службата за односи со јавноста, и таа улога да ја преземе некое друго овластено лице.

Во ставот 2 од истиот член 8: Јавниот обвинител на Македонија, вишиот јавен обвинител, основниот јавен обвинител за гонење на организиран криминал и корупција и основниот јавен обвинител или од нив овластени лица, на јавноста и на средствата за јавно информирање им обезбедуваат пристап до информациите за состојбата на криминалитетот и други прашања од општо

<sup>11</sup> Закон за јавното обвинителство (Сл.Весник на РМ бр.150/2007 година)

значење од работењето на јавното обвинителство, под услови пропишани со закон.<sup>12</sup> Оваа одредба упатува на тоа дека јавното обвинителство треба да овозможи пристап на сите заинтересирани до информациите за состојбата на криминалитетот и други прашања од општо значење од работењето на Јавното обвинителство.

И во ставот 3 од член 8 се вели: јавниот обвинител на Македонија доколку смета дека одредени податоци или коментари објавени во медиумите ги кршат уставните права на презумпција на невиност, принципот на самостојност на Јавното обвинителство или работењето на Јавното обвинителство врз основа на Уставот и закон има право и обврска да се обрати на јавноста и е должен да укаже дека се повредени наведените принципи.<sup>13</sup>

Со овој став се дава можност на јавниот обвинител да ја преземе обврската да излезе во јавноста и самиот да ги објасни настаните, информациите, произлезени од работата на јавното обвинителство односно јавните обвинители, со тоа му се наметнува и одговорност при вршењето на функцијата менаџер за односи со јавноста. Секако ставот е дека стручните лица за односи со јавност многу подобро ќе ја извршуваат оваа работа, отколку самиот јавен обвинител. Ова е неопходно за ефикасно, функционално и транспарентно работење на институцијата и избегнување на грешки кои може да произлезат поради нестручност од оваа област.

Во останатите органи на државната управа претежно организациските единици за односи со јавност се во рамките на кабинетите на министрите, каде што постојат одделенија за комуникации и за односи со јавност или пак постојат работни места поврзани со односите со јавност вклопени во други сектори за логистичка поддршка. Сите имаат воспоставено лица за односи со јавност како контакт личност, посебно тоа е нагласено откога е започната пандемиската криза која го наметна електронското комуницирање како неминовно.

## ЗАКЛУЧОК И ПРЕПОРАКИ

Водејќи се од анализата на јавните документи, законски и подзаконски акти поврзани со комуникацијата и односите со јавност можеме да заклучиме дека органите на законодавната, извршната и судската власт во РСМ имаат стручен пристап кон односите со јавност и комуникацијата на државните органи. Тоа може да се согледа во донесените стратегии за комуникации и односи со јавност, воспоставените организациски единици, кадровската екипираност со лица кои имаат соодветни квалификации од областа на комуникациите и односите со јавност. Од организациски и нормативен аспект сето тоа е добро поставено,

---

<sup>12</sup> Закон за јавното обвинителство (Сл.Весник на РМ бр.150/2007 година)

<sup>13</sup> Закон за јавното обвинителство (Сл.Весник на РМ бр.150/2007 година)

но од аспект на применливост на овие стратегии може да се утврдат одредени недостатоци. Најпрво, во државните органи со поголем број на вработени како што е Министерството за внатрешни работи, Одбрана, Животна средина воспоставени се сектори за односи со јавност или сектори за комуникации во кои се сместени одделенијата за односи со јавност. Во останатите државни органи оформени се одделенија за односи со јавност во рамки на кабинетите на одговорните лица или се именува само едно лице за односи со јавност што покажува дека истите професијата односи со јавност ја гледаат само од аспект на давање на информации за јавност во форма на портпароли, комуникатори со јавноста. Така, вработените во односите со јавност имаат работни задачи само во форма на подготовка на информации, прес конференции и други активности кои се поврзани со комуникацијата со јавноста што е релевантна за државниот орган. Стручните лица за односи со јавност во државните органи не се вклучени во подготвувањето и остварувањето на стратегијата на државните органи. Тоа се покажува преку недостаток на извештаи, од страна на државните органи за реализацијата на нивните стратегии, дали се целосно реализирани, со кои проблеми се соочиле при реализацијата на стратегијата, кои се добрите и лошите страни на самата стратегија итн. Сето ова е работа на стручните лица за комуникација и односи со јавност. Исто така, државните органи немаат повратни информации за односот на јавноста кон нивните политики, освен анкети кои ги прават независни организации кои се бават со испитување на јавното мислење. Многу е важно државните органи самостојно преку организациските единици за комуникација и односи со јавност да ја согледаат перцепцијата на јавноста за спроведените политики, да ја испитаат јавноста за политиката што сакаат да ја реализираат во иднина и да ја превенираат истата доколку согледаат дека постои незадоволство од таа политика. Во принцип државните органи предлагаат законски и подзаконски решенија без да го проверат тоа во целната јавност, па и во стручната јавност. Има примери во нашата држава на реакции на јавноста во форма на протести после спроведена политика или донесен закон, при што ваквиот притисок резултирал со измени на таа политика или законски измени на воља на јавноста. Во моментот тоа се случува со изразено незадоволството на граѓаните во форма на протести за предложените реформи во образованието, (наставата, наставната програма, учебниците итн.) Што значи дека организациските единици за комуникација и односи со јавност треба да имаат витална улога во државните органи да не се погрешат во воспоставувањето на одредена политика, а веќе донесената политика, треба да се провери како целната јавност ќе ја прифати и да се обезбеди нејзина реализација без незадоволство и отпор од граѓаните. Оттука, ја согледуваме сложеноста и значењето на оваа професија за функционалноста и ефикасноста во работењето на државните органи. Особено е значајна улогата на односите со јавност во јакнењето на имиџот на организацијата. Секако

доколку постои револт и незадоволство од јавноста од работењето за еден државен орган во тој случај треба да се смени пристапот на одговорното лице кон професијата, работното место, односи со јавност. Многу е значајно и самите вработени за комуникации и односи со јавност да се наметнат со своето знаење за да му покажат на одговорното лице за придонесот што може да го дадат во остварувањето на целите на државниот орган.

Во однос на пристапот на државните органи кон внатрешната комуникација, нема донесено процедури или други акти за внатрешна комуникација во ниту еден орган, освен што е предвидено како цел на Владата во Стратегијата за комуникација. Ваквиот став е резултат и од спроведени истражувања во државните и локалните органи поврзани со организацијата и функционирањето на државните органи. Овие документи за внатрешна комуникација треба да ги содржат сите начини на комуникација во институцијата. Така што треба да содржат шема<sup>14</sup> кој ќе покажува како се остварува внатрешната комуникација во организацијата. Истата треба да ја следи организациската поставеност преку актите за внатрешна организација и систематизација каде се наведени работните места и извршителите на работните задачи. Актот за внатрешна комуникација на државните органи треба да се однесува на стручната комуникација, секако етиката и етичкото однесување треба да бидат наведени, иако тие се содржани во кодексите за административно работење. Што значи во овој документ за внатрешна комуникација треба да биде точно содржано кој на кого треба да пренесе информација, начин, време, место. Задолжително треба да биде одреден степенот на доверливост на информациите, согласно законите: Законот за класифицирани информации, Законот за заштита на лични податоци, Законот за слободен пристап на информации од јавен карактер. Со ваков акт со јасно разграничена внатрешна комуникација помеѓу извршителите на работните задачи, преку јасно определена хиерархијата на надлежности ќе се овозможи и лесно да се лоцира нивната одговорност. Има работни задачи кои се поврзани и зависат една од друга, односно еден извршител за да ја заврши работата треба да добие информација од друг. Доколку истиот не ја добие информацијата на време во тој случај е одговорен за неажурноста на неговиот колега. Ваквото несовесно работење ќе го детектира актот за внатрешна комуникација, каде што точно ќе биде наведено на кој начин се пренесуваат информациите и во кој временски рок. Друг показател за неопходноста од ваков акт се резултатите од истражувањата кои покажуваат дека во процесот на комуникација не се почитува хиерархијата на надлежности, одговорните лица, (министрите, државните секретари) задачите директно ги доделуваат на извршителите, а не преку раководителите на секторите и одделенијата. Така што, непосредниот раководител нема увид за тоа што го работи административниот службеник

---

<sup>14</sup> Опис на нешто во основни, општи линии, скица.

Општопознат образец, шаблон во творењето на нешто.

во неговата организациска единица, а тоа се одразува и на оценувањето на државните службеници.

Покрај тоа, во однос на другите документи, државните органи не изработуваат стратешки планови за односи со јавност кои треба да имаат детална разработка на сите активности во доменот на односите со јавност, а истите треба да ја пратат стратегијата на организацијата.

Оттука, може да заклучиме дека државните органи треба да се насочат кон имплементација на стратегиите за комуникација и односи со јавност, да воспостават организациски единици со стручни лица и да им дозволат да ја работат својата работа согласно професијата односи со јавност. Оваа стратегија треба да содржи план за истражување, планирање, акција и евалуација. Во државните органи да се изработат подзаконски акти за внатрешна комуникација и стратешки планови за односи со јавност. Државните органи напреднале во однос на екипираноста и организациската поставеност на односите со јавноста но сеуште треба да се обрне повеќе внимание на правилата и процедурите и да се даде повеќе доверба на вработените да ја вршат оваа дејност согласно науката за односи со јавност. Да се овозможи на вработените од односи со јавност да учествуваат во изработка на стратегијата на државниот орган, да им се овозможи буџет да спроведуваат истражувања за испитување на јавното мислење при спроведување на своите политики, како и начини на нивна имплементација. Сето ова ќе влијае врз јакнење на државниот орган, како и неговата ефективност и ефикасност во задоволувањето на потребите и правата на граѓаните.

## БИБЛИОГРАФИЈА

1. Комуникациски менаџмент во јавната администрација,, од Сузана Џамтоска – Здравковска, - УТМ – 2010
2. Проф.д-р Томе Гревски (2007) Односи со јавноста - прво издание
3. Изучавање медија, С. Прајс, Клио, Белград, 1998
4. Odnosi s javnošću - strategije i taktike, ВАutor: Glen T. Kameron, Denis L. Vilkoš, Filip 5.H. Olt, Voren K. Ejdz, Ekonomski Fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2006
5. Menadzment masovnih medija, Dragana Nikodijevića , Megatrend, Beograd,2012.
6. Your Future In Public Relations- Edward L.Bernays -1961 year.
7. Innovation and Entrepreneurship, Drucker ,F.P, Harper, 2006
8. Груевски, Т.Односи со јавноста Студиорум Скопје, 2011
9. Tomic, Z.Odnosi s javnoscu, teorija i praksa Sinopsis Zagreb, 2008
10. Vilkoš L.D.,Kameron T.G.,Olt H.F,Eidzi K.V Odnosi s javnoscu-Strategije i taktike Ekonomski fakultet Beograd, 2006

11. Cutlip, Scott, Center, Allen, Broom, Gl Odnosi s javnošću Mate Zagreb, 2003
12. Sem Blek Odnosi s javnošću Clio Beograd, 1997
13. Vercic, D., Franci Z., Rijavec P., Kalac A. V., Laco K Odnosi s medijima Masmedia Zagreb, 2004
14. Vilkoš L. D., Kameron T. G., Olt H. F., Eidzi K. V. Odnosi s javnoscu- Strategije i taktike Ekonomski fakultet Beograd, 2006
15. Filipovik V., Kostik M., Prohaska Slobodan Odnosi s javnoscu FON, Beograd 2006
16. Gensing-Pophal The Essentials of Corporate Communicati ons and Public Relations Routledge 2001
17. Kotler Ph, Keller K.L. Marketing management Pearson 2007
18. Alan Belasen The theory and practice of corporate communicati on Sage Publication, Inc. 2008
19. Oliver, S. A Handbook of Corporate Communicati on and Public Relations: Pure and Applied Routledge 2004
20. Van Riel, C and Fombrun, C Essentials of Corporate Communicati on, Routledge 2007
21. Стратегија за комуникации на Владата на РСМ 2021-2-22 , [www.vlada.mk](http://www.vlada.mk)
22. Стратегија за вклучување и комуникација со заедницата 2020-2022, декември 2019 , Министерство за одбрана, [www.mvr.gov.mk](http://www.mvr.gov.mk)
23. Комуникациска стратегија 2021-2022, Министерство за одбрана, [www.mod.gov.mk](http://www.mod.gov.mk)
24. Министерство за животна средина и просторно планирање., [www.moepp.gov.mk](http://www.moepp.gov.mk)
25. Стратегија за односи со јавноста на јавното обвинителство на Република Македонија со акциски план за нејзино спроведување 2016 -2018 година
26. Закон за јавното обвинителство (Сл.весник на Р.Македонија бр.150/2007 година со измени и дополнувања Сл.Весник бр.111/2008 година)
27. Закон за слободен пристап до информации од јавен карактер (Сл.весник на Р.Македонија бр.13/2006 година)
28. Закон за заштита на лични податоци(Службен весник на Република Македонија бр.07/05 и измените и дополнувањата бр.103/08,124/10 и Сл.весник на РМ бр.135/11 година)
29. Стратегија за информирање и комуникација со јавноста во процесот на пристапување на РМ во ЕУ 2007 – 2010 година.
30. Стратегија за односи со јавноста – Царинска управа 2011 година

**SOCIAL PROTECTION OF VICTIMS OF HUMAN TRAFFICKING -  
LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK IN  
REPUBLIC OF NORTH MACEDONIA**

**Nada Doneva PhD**

e-mail:[nada.doneva@ugd.edu.mk](mailto:nada.doneva@ugd.edu.mk)

**Aleksandra Rogleva**

Assistant, Faculty of Law, University “Goce Delchev” - Stip

e-mail:[aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk](mailto:aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk)

**Abstract**

The altered condition with human trafficking in the Republic of North Macedonia, which in addition to a country of transit and destination, has also become a country of origin of victims of human trafficking, emphasizes the fact that the number of domestic victims, ie victims of internal human trafficking within the state borders, is constantly growing. The efforts of the state to prevent the processes of trafficking in persons on its territory, as well as to ensure a dignified life for victims after recovery from these processes, undoubtedly include the need to systematize activities to assist and support the reintegration of a specific victim through appropriate institutional response and the availability of safeguards for all those who need them once they have been identified as victims of trafficking. The social protection of trafficked victims is part of the set of assistance and support measures available to those profiled as victims through the processes of trafficking in persons on the state's territory. Through non - institutional and institutional forms of social protection and raising the awareness of the population for the needs of its provision, the Law on Social Protection envisages social protection for the victims of human trafficking, especially for children - trafficked victims, as well as for street children.

**Keywords:** victims of human trafficking, social protection, exploitation, legal frame, institutional structure



## СОЦИЈАЛНА ЗАШТИТА НА ЖРТВИ НА ТРГОВИЈА СО ЛУЃЕ - ПРАВНА И ИНСТИТУЦИОНАЛНА РАМКА ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА

**Нада Донева PhD**

е-маил: [nada.doneva@ugd.edu.mk](mailto:nada.doneva@ugd.edu.mk)

**Александра Роглева**

Асистент, д-р на Правен Факултет, Универзитете Гоце Делчев, Штип

е-маил: [aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk](mailto:aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk)

### **Апстракт**

Променетата состојба со трговија со луѓе во Република Северна Македонија, која покрај држава на транзит и дестинација, стана и држава на потекло на жртви на трговија со луѓе, го истакнува фактот дека бројот на домашни жртви, односно жртви на внатрешна трговија со луѓе која се остварува во рамки на државните граници, е во постојан пораст. Заложбите на државата за спречување на процесите на тргување со лица на нејзина територија, како и обезбедување достоинствен живот на жртвите по извлекување од овие процеси, несомнено вклучуваат потреба од систематизација на активностите за помош и поддршка при реинтеграција на конкретна жртва преку соодветен институционален одговор и достапност на заштитни механизми за сите кои имаат потреба од нив откако се идентификувани како жртви на акт на трговија со луѓе. Социјалната заштита на тргувани жртви е дел од сетот мерки на помош и поддршка што им се достапни на лицата кои процесите на тргување со луѓе на територија на државата, ги профилирале како жртви на истите. Имено, преку вонинституционални и институционални облици на социјална заштита и подигање на свеста на населението за потребите од нејзино обезбедување, Законот за социјална заштита предвидува остварување на социјална заштита и за лицата жртви на трговија со луѓе, особено за децата - жртви, како и за децата на улици.

**Клучни зборови:** жртви на трговија со луѓе, социјална заштита, експлоатација, правна рамка, институционална структура

### **Вовед**

Криминалитетот како појава со негативен општествен предзнак, штетна за успешно функционирање на правниот, економскиот, социјалниот и на другите системи, наоѓа погодна подлога за ширење и развој во државите што се наоѓаат во политичка, економска, социјална и правна криза или транзиција. Токму поради овие состојби, се наметнува потребата од имплементирање на превентивна политика која ќе претставува посебна стратегија за борба против криминалитетот, бидејќи факторите кои ја условуваат неговата појава, во различни области дејствуваат со различен интензитет, а нивното совладување и отстранување секогаш бара специфичен пристап прилагоден на општествените случувања на одреден простор и време.

Имено, штитејќи ги фундаменталните права на човекот, основните документи за човекови права усвоени на меѓународен план, ставаат акцент на зајакнување на здравјето, социјалната сигурност и социјалната заштита на луѓето<sup>1</sup>, а транспонирањето на нивните одредби во рамки на стандардизираните законодавни решенија на национално ниво, ја обврзува државата на следење на светските текови на борба против дејствијата кои грубо ги кршат правата на човекот и постојано усовршување на националната правна рамка во правец на усогласување со етаблираните норми на поведение и заштита на човековиот интегритет и достоинство од било какви обиди за повреда на истите.

Земајќи го предвид непобитниот факт дека Република Северна Македонија, покрај држава на транзит и дестинација, е и држава на потекло на жртви на трговија со луѓе, стандардизираната правна рамка која се однесува на тргувањето со лица, како дел од широкиот опсег на организираниот криминал, претставува соодветен одговор на потребата од мултифункционално дејствување, односно заштита на лицата - жртви на тргување од сите аспекти, вклучувајќи и нивна социјална заштита и заштита на децата - жртви, поставена на прецизно утврдени и документирани основи, а предвидена да се остварува во рамки на непосредна соработка на мрежата институции етаблирани со цел унапредување на правата на тргуваните жртви.

## 1. Национална правна и институционална рамка

Напорите на државата за унапредување на борбата против трговијата со луѓе, се рефлектираат на теоретски план, преку направените измени на законодавството кое ја регулира оваа област, како и преку јакнење на капацитетот на институционалната рамка, со цел соодветно справување со предизвиците кои ги носат тековите на трговија со луѓе во рамки на државните граници. Со цел доближување на општоприфатените норми на дејствување за спречување на трговијата со луѓе на меѓународен план, последователните измени на националното законодавство на Република Северна Македонија, се направени во правец на целосно сообразување со најдобро развиените стратегии, стандарди и практики во конкретната сфера, што ја профилира Македонија во држава подготвена целосно да се посвети на реформи во однос на прашањето на трговија со луѓе. Овде, првенствено се мисли на пристап каде законските решенија и практики нема да изостават ниту еден аспект од потребата за инкриминација на трговијата, но и помош и поддршка на жртвите на истата, особено уредувајќи ја социјалната заштита на лицата извлечени

---

<sup>1</sup> Council of Europe. *ETS No.163: European Social Charter*. 1996 (отворена за потпис од страна на државите - членки на Советот на Европа на 3 мај 1996 година во Стразбур, а ратификувана на 1 јули 1997 година. Република Северна Македонија како полноправна членка на Советот на Европа, на 27 мај 2009 година ја потпиша ревидираната Повелба од 1996 година, а ја ратификува на 6 јануари 2012 година).

од тековите на тргување и нивната повторна социјализација и активирање во различни општествени области.

### 1.1. Законска уреденост

Законот за социјалната заштита<sup>2</sup>, востановувајќи систем на социјална заштита и сет од мерки, активности и политики за негово функционирање и остварување на правата од социјална заштита на граѓаните на кои им ја гарантира, ги утврдува жртвите на трговија со луѓе како граѓани на кои им е потребна социјална заштита, опфаќајќи одредби кои се однесуваат посебно на ваквите лица. Имено, дејноста на социјална заштита се врши преку основање на установи за социјална заштита или пренесување на вршењето на работи од социјалната заштита на здруженија, други правни и физички лица. Законот предвидува остварување на социјална заштита (здравствена заштита, привремен престој, дневен престој, згрижување во семејство) и за лицата жртви на трговија со луѓе, како посебна категорија корисници на услуги на социјална заштита, но и за децата на улица под категоријата деца во ризик, покрај останатите категории на утврдени корисници.

Во рамки на обезбедување на основа за преземање и остварување на услуги и мерки од социјалната заштита на веќе определените таргет групи на кои истата им е потребна, законодавецот предвидува вонинституционална заштита која се остварува во или преку установите за социјална заштита (Центар за социјална работа, односно Центар за социјални услуги), каде лицата остваруваат повеќе права кои им припаѓаат врз основа на стекнатото право да бидат социјално заштитени. Правата кои произлегуваат од оваа основа, го конзумираат и правото на дневно и привремено прифаќање и згрижување, што подразбира право на дневно згрижување во дневен центар, кое законодавецот го гарантира и за лица жртви на трговија со луѓе и деца на улица.<sup>3</sup> Во овој контекст, законодавецот обезбедува заштита од вонинституционален карактер преку обезбедување на установи за социјална заштита, во чии рамки предвидува постоење на Центар за социјални услуги<sup>4</sup>, каде се обезбедува привремено, односно дневно

---

<sup>2</sup> Закон за социјалната заштита. *Службен весник на Република Северна Македонија* 104/2019.

<sup>3</sup> Во согласност со член 83 од Законот за социјална заштита, услугата за привремен престој обезбедува заштита и стручна помош на лица кои се наоѓаат во кризна состојба заради надминување на состојбата и нивна социјална интеграција. Корисници на услугата се: дете кое ќе се затекне без родителска грижа или како скита, дете жртва на злоупотреба, жртва на семејно насилство и родово базирано насилство, жртви на трговија со луѓе, бездомници. Услугата се обезбедува во времетраење до три месеци, со можност за продолжување уште за три месеци, а во исклучителни случаи кога состојбата не е надмината до една година.; врз основа, пак, на член 31 од Законот за социјална заштита, услугата за дневен престој опфаќа дневно згрижување, индивидуални активности за стекнување животни и работни вештини, социјални, културни и рекреативни активности, едукација, социјална поддршка на лицата и нивните семејства и други сродни активности. Корисници на услугата се: деца во ризик, лица со попреченост, маргинализирани лица, стари лица и други лица со специфични социјални проблеми.

<sup>4</sup> Центарот за социјални услуги дава дневни и/или привремени услуги во домот на корисникот и

прифаќање и згрижување на овие лица. Покрај гарантирањето на заштита на лица - жртви на дејствија на тргување со луѓе од страна на центрите за социјална работа, Центарот за социјални услуги, како посебно функционален центар со специјализирани функции и активности за одредена група на луѓе, категорија на лица законски врамени како лица кои уживаат социјална заштита и права - производ на истата, нуди услуги на информирање и упатување, услуги на стручна помош и поддршка, услуги на советување, услуги на рехабилитација и реинтеграција, услуги на ресоцијализација итн.<sup>5</sup>

## **1.2. Институционална поставеност на системот за социјална заштита**

### **1.2.1. МТСП - Национален механизам за упатување на жртви на трговија со луѓе**

Во согласност со интересите и напорите за заеднички активности насочени кон искоренување на трговијата со луѓе и реализација на Националната програма за борба против трговијата со луѓе и нелегалната миграција, Министерството за труд и социјална политика ги интензивира, надгради и прошири мерките и активностите за превенција и заштита на жртвите на трговија со луѓе, особено на жените и децата. Формиран токму за остварување на целите од овој карактер на Секторот за еднакви можности во склоп на МТСП, Националниот механизам за упатување на тргувани жртви, од чие постоење произлегоа многу оперативни документи во однос на поуспешен пристап кон трговијата со лица на државна територија, особено во контекст на поставување на насоки на дејствување во полза на жртвите на процесите на тргување, постојано го подобрува постоечкиот процес на идентификација на жртви на трговија со луѓе преку поврзување на сите релевантни партнери, со цел да се обезбеди систем на упатување на жртвите без недостатоци и празнини во соработка со основните партнери на планот на борба против тргувањето, особено во рамки на националната територија (Националната комисија за борба против трговија со луѓе и нелегална миграција, вклучувајќи ја и Подгрупата за борба против трговија со деца, Министерството за внатрешни работи, Министерството за заедницата. Центарот за социјални услуги кој дава дневни услуги се организира како: центар за социјални услуги во домот, центар за дневен престој, центар за рехабилитација, центар за ресоцијализација и советувашиште.

<sup>5</sup> Во согласност со член 81 од Законот за социјалната заштита, услугата за рехабилитација и реинтеграција на лица кои се соочуваат со социјални и/или здравствени проблеми се обезбедува преку психо-социјална поддршка, терапевтска работа, работно-окупациона терапија, поддршка за стекнување на работни вештини и вештини за вработување, реинтеграција и самостојно живеење. Корисници на услугата се: деца во ризик, лица со попреченост и маргинализирани лица со специфични социјални и здравствени проблеми; врз основа, пак, на член 82 од Законот за социјална заштита, услугата за ресоцијализација се обезбедува преку советодавна работа, индивидуална, семејна и групна терапија, образовна поддршка, придружба, едукации за развој на вештини, спорт, рекреација, творештво, поддршка за стекнување на работни вештини и вештини за вработување и други услуги на ресоцијализација, во зависност од потребите на корисниците.

надворешни работи, центрите за социјална работа, Јавното обвинителство, локалните институции, неформалната мрежа на невладини организации за борба против трговија со луѓе и Сојузот на организации на социјални работници во Република Северна Македонија).

Најважниот чекор кон признавање на достоинството на лицата кои биле предмет на тргување и прифаќање дека тие се жртви на процесот, а не криминалци, е дозволен пристап до сместување, специјализирана медицинска и психолошка нега, советување, издржување, обезбедување дозвола за работа, продолжување на образованието и сл., односно пристап до специјализирани услуги, како интервенција во криза, долгорочно психолошко советување, правни консултации, стручна обука и поддршка за пристап до можностите за вработување. Ваквите активности претставуваат основна цел на НМУ, чие постоење е значаен придонес кон подобрување на услугите на помош кои им се на располагање и претставуваат право на жртвите на тргување, како најбитен сегмент во сферата на борбата против трговија со луѓе, кои бараат мултидисциплинарен и мултисекторски приод, а чија инфраструктура функционира врз основа на широко поставена дефиниција за појавата.

Преку остварувањето на својата главна определба - пронаоѓање и идентификување на можни жртви на трговија во насока да им се обезбеди помош преку нивно упатување до специјализирани служби за поддршка, постигнато со активна вклученост на сите различни организации инволвирани во неговата структура, НМУ придонесува за подобрување на националната политика и процедури за широк обем на прашања во однос на жртвите, како што се прописи за престој и репатријација, остварување на правото на компензација на жртвите, како и нивна заштита кога се наоѓаат во улога на сведоци. Унапредувањето на процесот на идентификација и пружање помош и заштита по пат на едукација и стручно усовршување на сите вклучени актери, односно со подобрување на способностите на владините и невладините претставници, е една од основните потреби за подобрување на идентификацијата на жртвите на сите облици на трговија со луѓе, како и за олеснување на самоидентификацијата на жртвите. Ова, особено од аспект на разликувањето на жртви на трговија со луѓе и илегални мигранти за да се избегне идентификување на последните како потенцијални жртви на трговија за кои подоцна ќе се утврди спротивното. Имено, функционалноста на овие форми, докажува дека процесот кој води кон идентификација на жртвите функционира, првобитно преку посветената работа на социјалните работници, кои како почетници на фронтот на борбата против тргувањето, покажуваат посветеност и професионализам.

Меѓу приоритетните активности на НМУ е јакнење на институционалниот капацитет на центрите за социјална работа во борбата против трговија со луѓе, но со социјално - превентивен предзнак кон проблемот на трговија, поточно, социјалните работници во центрите да се здобијат со знаења, вештини и

теориско и практично искуство за проблемот. Во поглед на чувствителноста на работата на НМУ, номинирањето на социјалните работници во редовите на НМУ, се спроведува во паралелна линија со анализа со која се утврдува професионалниот капацитет на номинираниот социјален работник, а главен поттик за прифаќање на вклучување во работата на НМУ за социјалниот работник, се специјализираните обуки на кои им се посочуваат методи и техники за работа со жртви на трговија со луѓе, овозможените индивидуални средби и работа со деца - жртви на трговија, работата со семејствата, учеството на студиски посети, развивањето соработки со локалните самоуправи, полицијата, како и со невладиниот сектор.<sup>6</sup>

### 1.2.2. Центар за социјална работа

Стратешки поставениот систем во насока на ефикасен одговор на трговијата со луѓе, во својата структура неминовно вклучува и алка која ја предводи социјалната политика во однос на појавата, која посебно се надоградува во рамки на потребите за ефикасно справување со предизвиците кои ги приредува тргувањето со лица што се случува на одреден простор во одредено време. Делот - социјална заштита со вкупноста на дејностите кои припаѓаат на ефективната социјална политика, е предводен од центрите за социјална работа на локално и меѓуопштинско ниво.

При остварување на социјалната заштита и стручната работа, центарот за социјална работа во откривањето, следењето и проучувањето на социјалните појави и проблеми, применува и спроведува соодветни облици на социјална заштита и непосредно помага на граѓанин, семејство или група на население, а во сферата на својата насоченост за работа на планот на трговијата со луѓе и нејзиното спречување преку формите на успешно справување, развива и спроведува и вонинституционални облици на социјална заштита онаму каде ќе утврди дека е потребно и изготвува планови и програми за социјална заштита. Номинираните социјални работници за работа во делот на трговија со луѓе, работат и постапуваат во согласност со Стандардните оперативни процедури<sup>7</sup>, остварувајќи ги своите активности преку интердисциплинарна тимска работа.

<sup>6</sup> Подетално во: Министерство за труд и социјална политика, Одделение за унапредување на рамноправноста на половите. *Брошура на Национален механизам за упатување на жртви на трговија со луѓе - Анализа на капацитетите на номинираните социјални работници*. Скопје, 2005 - 2006, 31.

<sup>7</sup> Стандардните оперативни процедури за постапување со жртви на трговија со луѓе (СОП) се усвоени од страна на Владата на Република Македонија првично во 2008 година, а на 202 - та седница на Владата на одржана на 28 декември 2010 година, усвоена е нивна ревидирана верзија, која претставува чекор кон усогласување на СОП со измените во законската регулатива од оваа област и надминување на пречките при нивната примена, изготвена од страна на работна група за ревидирање на нивната содржина, формирана од Националната комисија за борба против трговија со луѓе и илегална миграција.

Достапни се на: <http://www.mtsp.gov.mk/content/pdf/operativni.pdf>

Вкупноста на нивните работни обврски во однос на идентификацијата и директната помош и поддршка на жртви на трговија со луѓе и ранливи групи, во координација и соработка со другите чинители на институционалната рамка во врска со тргувањето со лица, ја чинат следниве задачи:<sup>8</sup>

- вршат идентификација на потенцијални жртви на трговија со луѓе, согласно со Стандардните оперативни процедури;
- назначуваат старател за малолетни лица жртви на трговија со луѓе;
- соработуваат со други институции, особено преку Канцеларијата на НМУ, од аспект на нивната номинација во редовите на НМУ;
- вршат упатување во Центар за лица - жртви на трговија со луѓе;
- собираат податоци, изработуваат социјална анамнеза, прават проценка на семејствата и предлагаат мерки за заштита на жртвите;
- развиваат план за помош (во соработка со други даватели на услуги);
- учествуваат во враќање на жртвите - проценка на ризик и безбедност, како и проценка за социјално вклучување на жртвата и воспоставување на контакт со семејството;
- изработуваат и учествуваат во реализација на индивидуални програми за реинтеграција во соработка со други локални актери и
- вршат мониторинг и евалуација на секој индивидуален случај.

Функциите утврдени со законски и одредби на други прописи, центрите за социјална работа ги вршат со формите на стручна, советодавна, советуваљишна и интердисциплинарна тимска работа.

Надзор над стручната работа на центрите за социјална работа и вработените во нив, обезбедувајќи истовремено и стручна помош на установите и вработените во областа на социјалната заштита, врши Заводот за социјални дејности, како стручна и развојна установа во рамки на системот на социјална заштита, која работи во насока на остварување на **квалитетни услуги кон граѓаните, врзани во современ систем на социјална заштита кој превенира ранливост и исклученост и овозможува способност за справување со социјалните ризици и функционално живеење.**<sup>9</sup> Под диктат на поновото време, домените на работа на Заводот сè повеќе се прошируваат на социјалните проблеми чии што појавни облици добиваат во обем и интензитет, а во кои неминовно се вбројува постојаното зголемување на бројот на лица жртви на трговија со луѓе и деца на улица во рамки на државните граници. Заводот за социјални дејности изготвува стандарди и процедури за постапување на центрите за социјална работа во РСМ, помеѓу кои и за работа во областа на трговија со луѓе, усогласени како со Законот за социјална заштита, така и со Стандардните оперативни процедури за постапување со жртви на трговија со луѓе (СОП).

<sup>8</sup> Здружение за еднакви можности „Еднаков пристап“. *Прирачник за идентификација и директна помош и поддршка на жртви на трговија со луѓе и ранливи групи*. Скопје, 2012, 7.

<sup>9</sup> [http://www.mtsp.gov.mk/institucii-ns\\_article-zavod-za-socijalni-dejnosti.nspx](http://www.mtsp.gov.mk/institucii-ns_article-zavod-za-socijalni-dejnosti.nspx)

## **2. Актуелни состојби во однос на социјалната заштита на жртви на трговија со луѓе**

Со цел стекнување на јасна слика за актуелните состојби кои се однесуваат на поставеноста и функционалноста на системот на социјална заштита на жртви на трговија со луѓе во РСМ, спроведено е писмено интервју во кое беа опфатени 30 испитаници од Центрите за социјална работа на територија на Република Северна Македонија (номинирани лица за работа на случаи на трговија со луѓе и постапување со тргувани жртви во нивни рамки). Податоците стекнати на основа на писменото интервју, се обработени во функција на изведување на заклучоци во однос на организираноста, стручноста и подготвеноста на Центрите за социјална работа, како институции за обезбедување на услуги на социјална заштита на загрозени категории лица, најевидентните облици на експлоатација на луѓе, односно деца од аспект на нивната работа со жртви, застапеноста на жртви по однос на пол, возраст, облик на нивна експлоатација, искористување на националните сместувачки капацитети за вакви жртви, односно за состојбата со трговија со луѓе и реакцијата на Центрите во однос на нејзина превенција и помош на барателите на услуги на социјална заштита кои таа ги произвела.

Анализата на одговорите стекнати врз основа на спроведеното писмено интервју со номинираните лица за работа на случаи на трговија со луѓе и постапување со тргувани жртви во рамки на Центрите за социјална работа во Република Северна Македонија, наведоа на востановување на следниве заклучни согледувања во однос на реалната состојба во Центрите во врска со работата на проблематиката трговија со луѓе:

- Бројот на номинирани лица за работа во областа трговија со луѓе во однос на бројот на Центри за социјална работа во РСМ, укажува дека во Центрите за социјална работа на ниво на Република Северна Македонија, недостасуваат кадровски ресурси за работа на проблематиката трговија со луѓе, односно не располагаат со доволен број на номинирани лица и целосни стручни тимови, туку во тимовите кои работат на прашања од областа на социјална заштита, вклучително и на случаи на трговија со луѓе, недостасуваат стручни лица најчесто од профилите правник, педагог и психолог;
- Номинираните лица за работа на случаи на тргување со лица и постапување со тргувани жртви, во најголем број се од стручен профил социјален работник и тие ја чинат основната структура на секој центар;
- Мал е бројот на центри за социјална работа кои воопшто не номинирале лица за работа во областа трговија со луѓе, но не треба да се дозволи непостоење на вакви профили и тимови со оглед на бројот на случаи на тргување со лица во рамки на државните граници;



- Според половата застапеност на номинираните лица во ЦСР, вработените од женски пол почесто се номинираат за работа со жртви на трговија со луѓе, заради специфичноста на проблематиката на која работат, која се однесува на фактот што најголем број од жртвите на трговија со луѓе во Република Северна Македонија се женски лица;
- Возрасната граница на номинираните лица во ЦСР е доста висока, што упатува на долг работен стаж на овие лица и може да претставува пречка во активностите на центрите, со оглед на спецификата и тежината на проблематиката. Имено, номинираните лица кои се определени за работа во оваа област, во поголем број се лица во поодмината возраст, односно на возраст некаде пред педесеттата година од животот, па дури и лица кои се пред остварување на правото на пензија, односно по своја шеесетта година. Во рамки на стручните тимови за работа на оваа проблематика, бројот на лица помлади од 30 - 45 години, во период во кој се најспособни и продуктивни во областа во која работат, е помал во однос на постарите лица, што упатува на пројавување на проблем во ефикасноста и продуктивноста во работењето со лица од особено чувствителна категорија -жртви на трговија со луѓе;
- Стручните тимови во рамки на центрите, во кои има и номинирани лица за работа на случаи на трговија со луѓе, не работат единствено на оваа, туку и на други проблематики од областа на социјална заштита и со други категории лица, освен со жртви на трговија со луѓе;
- Номинираните лица за работа на проблематиката трговија со луѓе во рамки на ЦСР, се генерално задоволни од обуките во чии рамки разменуваат искуства од работењето, но со цел усогласување на постапувањето на инволвираните лица од сите институции, а во функција на успешно завршување на секој конкретен случај, и вработените во други органи вклучени во борбата против трговија со луѓе на национално ниво (МВР, ЈО) треба да бидат вклучени во едукативните програми, паралелно со номинираните лица од центрите;
- Номинираните лица за работа во областа трговија со луѓе во рамки на ЦСР, постапуваат во согласност со Стандардните оперативни процедури за постапување со жртви на трговија со луѓе во сите фази од работата со тргувани жртви со кои оствариле контакт (од од нивната идентификација, па до поддршка во текот на казнените постапки против сторителите на кривични дела во кои тие се жртви);
- Номинираните лица за работа во областа трговија со луѓе во рамки на ЦСР, работат на стандардизирани и униформирани обрасци за работа со жртви на трговија со луѓе;
- Номинираните лица за работа во областа трговија со луѓе во рамки на ЦСР, задолжително изработуваат индивидуални планови за работа и

реинтеграција на жртви на трговија со луѓе, при што соработуваат и со останатите чинители во процесот на борба против трговија со луѓе на национално ниво;

- Во рамки на ЦСР, не задоволуваат просторните услови за работа со жртви на трговија со луѓе, односно центрите не располагаат со посебна доволно изолирана просторија во која стручниот тим ќе може да работи со тргувани жртви;
- ЦСР не располагаат со посебно одделение за работа со возрасни и одделение за работа со деца, туку работата со жртви од сите категории ја остваруваат во исти простории;
- Недостасува одделна просторија за работа со деца - жртви, како и обучени лица за работа со оваа категорија на лица;
- Центрите за социјална работа во РСМ, првичен контакт со жртвата, остваруваат веднаш по пријава, односно известување дека е идентификувано лице - жртва на трговија со луѓе;
- Пријавите најчесто доаѓаат од страна на МВР, родител или друг член на семејството, односно блиски пријатели на жртвата, но неретко и од страна на невладината организација, како и при вршењето на службената должност на вработените во ЦСР;
- По остварениот првичен контакт со жртвата, номинираните лица во рамки на ЦСР, ги преземаат сите неопходни потребни активности кои ги налага конкретен случај на трговија со луѓе, во координација со останатите институции чие присуство е утврдено со СОП;
- Соработката помеѓу ЦСР и Националниот механизам за упатување на жртви на трговија со луѓе е функционална и задоволителна во контекст на обезбедување на услугите и правата загарантирани за лица - жртви на трговија со луѓе;
- Мерката привремен старател на дете - жртва на трговија со луѓе, не е често практикувана и бројот на донесени решенија за поставување на старател на овие лица е мал;
- Мерката постојан надзор над вршење на родителското право, не е често практикувана и во ниту еден случај не е покрената постапка за одземање на вршење на родителското право пред надлежен суд;
- Бројот на досиеја за жртви на внатрешна трговија со луѓе кои се водат во рамки на центрите за социјална работа низ државата, не е мал, што упатува на зголемена инциденца на трговија со луѓе која се остварува во рамки на државните граници, односно започнува од еден, а завршува во друг (најчесто западниот) дел од државата;
- Центрите кои регистрирале и водат досиеја на домашни жртви на трговија со луѓе, се во подрачјето на централниот и северно - западниот дел од државата, што укажува на крајната дестинација на остварување на целта

на актот на тргување (започнал со регрутација на жртви во источниот дел, а завршил со нивна експлоатација во централниот, односно северно - западен дел од државата);

- Регистрираните домашни тргувани жртви се девојчиња, односно малолетни лица и деца од женски пол;
- Нема домашна тргувана жртва од машки пол евидентирана во рамки на ЦСР на територија на РСМ;
- Бројот на возрасни женски жртви на внатрешна трговија со лица евидентирани во ЦСР низ државата, е сосема мал;
- Центрите за социјална работа, тргуваните жртви ги упатуваат и врз основа на решение ги сместуваат во прифатилиштето во рамки на НВО „Отворена порта - Ла Страда“;
- Центрите за социјална работа немаат донесено решение за сместување на идентификувани жртви на трговија со луѓе во Центарот за лица - жртви на трговија со луѓе или во дневен центар за згрижување на деца на улица;
- Сите сместени жртви на трговија со луѓе се државјани на Република Северна Македонија, односно домашни тргувани жртви;
- Сите сместени жртви се лица од женски пол, при што поголем број од нив се деца, а помал е бројот на сместени возрасни женски лица;
- Најевидентирани облик на експлоатација на жртвите на внатрешна трговија со луѓе, е сексуалната експлоатација, потоа трудовата, двојната - сексуална и трудова, како и малолетничките бракови, односно продажба на женски деца со цел скучување на брак;
- Повеќекратни жртви на трговија со луѓе се исклучително ретко евидентирани;
- Причина за ревиктимизација на веќе тргувана жртва, претставуваат семејството, односно друштвото и поблиската околина на жртвата во кои се вратила;
- Номинираните лица во ЦСР ги придружуваат и работат со тргуваните жртви со кои ќе остварат контакт во сите фази од постапката на нивна помош и заштита и реинтеграција во средината од каде доаѓаат, зависно од потребите и околностите на секој конкретен случај;
- Номинираните лица во ЦСР вршат мониторинг и евалуација на реализацијата на индивидуалните планови за реинтеграција на лица - жртви на трговија со луѓе;
- Во најголем број случаи, реинтеграцијата на тргуваните жртви во социјалната средина е успешна и тие продолжиле со нормален тек на своите животи;
- Реализацијата на процесите на реинтеграција на тргувани жртви, наидува на многу слабости и потешкотии кога се работи за искоренување на факторите кои ја причинуваат трговијата со луѓе на национално ниво, како

и обезбедување на можности жртвите да се вклучат во нормалните текови на општественото живеење;

- Стравот од етикетирање и стигматизација кај самата жртва, како и стравот од повторување на злоупотребата врз неа, се причини поради кои одбива да се вклучи во процесот на помош и заштита;
- Номинираните лица во центрите, учествуваат во собирање деца на улица во рамки на спроведена теренска работа и редовни обиколки на местата каде најчесто се присутни и се детектираат деца кои питачат;
- Центрите за социјална работа, не водат електронска евиденција за деца на улица и покрај ваквата можност преку Програмата на Министерството за труд и социјална политика и Заводот за социјални дејности - „ЛИРИКУС“;
- Центрите за социјална работа не се доволно застапени во процесот на превенција и рана детекција на идни случаи на трговија со луѓе и идентификувани тргувани жртви.

### **3. Препораки за унапредување на системот на социјална заштита на тргувани жртви**

На основа на спроведеното писмено интервју во сите Центри за социјална работа во РСМ, констатациите и заклучоците во однос на условите за работа на случаи на трговија со луѓе и начините на постапување со тргувани жртви, утврдени се неколку основни препораки во однос на јакнење на капацитетите на даватели на услуги на социјална заштита кога на лицата тоа им е неопходно, односно по нивно идентификување како жртви на трговија или нивно лоцирање и собирање од улица. Позначајните од нив се однесуваат на следново:

- Екипирање на стручните тимови во рамки на Центрите за социјална работа во државата со лица од сите потребни профили за работа на проблематиката трговија со луѓе и помош и заштита на тргувани жртви и постигнување на ефектот номиниран стручен тим за работа на случаи на тргување;
- Јакнење на ефикасноста и продуктивноста во работењето со лица - жртви на трговија со луѓе преку замена на номинираните вработени во Центрите за социјална работа кои се во поодмината возраст со помлади лица кои ќе работат со оваа особено чувствителна категорија на приматели на услуги од социјална заштита;
- Достапност на обуките за приближување на проблемот на трговија со луѓе во државата и за едукација во контекст на успешна работа со тргувани жртви до лицата номинирани за работа на оваа проблематика и зачестеност на студиските размени со цел разменување на искуства во работата на лицата номинирани за постапување во случај на остварен акт на тргување со лица, како за овие лица, така и за вработените во други органи вклучени во борбата против трговија со луѓе на национално ниво (МВР, ЈО);

- Обезбедување на просторни услови во форма на посебни одделенија, односно простории за работа со возрасни и со деца, како и на посебно обучени лица за работа со втората категорија на лица;
- Континуитет во имплементацијата на востановените оперативни процедури за постапување со лица - жртви на трговија со луѓе и постојана доследна примена на стандардизирани и униформирани обрасци за работа со овие лица;
- Унапредување на соработката со останатите институции чие учество и присуство во секоја фаза од процедурите на работење на случај на трговија со луѓе е утврдено во рамки на националниот институционален одговор на внатрешната трговија со лица во контекст на обезбедување на услугите и правата загарантирани за жртвите на трговија со луѓе;
- Воспоставување на разработен и соодветен систем за информирање и запознавање на децата - жртви со нивните права и можностите за нивно остварување и заштита;
- Овозможување на децата - жртви кои се дел од процесите на помош и заштита, да го изнесат своето мислење во врска со предвидените мерки и одлуки што се донесуваат за остварување на овие цели;
- Мотивирање за учество и вклучување на родителите/старателите во групна советодавна работа заради подигнување на родителски капацитети;
- Востановување на практика на примена на мерката привремен старател на дете - жртва на трговија со луѓе и мерката постојан надзор над вршење на родителското право, кога постојат индиции дека семејството на жртвата е вмешано во нејзиното тргување, како и по нејзиното враќање дома;
- Востановување на практика на предлагање и покренување на постапки за одземање на вршење на родителското право пред надлежен суд од страна на Центарот доколку се утврди дека семејството и приликите во него помогнале детето да стане жртва на трговија, а сите превентивни и натамошни стручни мерки не го подобриле односот на родителите кон детето;
- Поголемо ангажирање и посветеност на откривање на случаи на тргување и идентификација на жртви од страна на Центрите во деловите од државата кои се соочуват со зголемена инциденца на трговија со луѓе;
- Сместување на тргувани жртви во државен центар за лица - жртви на трговија со луѓе, во функција на негово профункционирање и задоволување на сместувачките капацитети за оваа група - адресат на мерки на помош и заштита;
- Отворање на соодветни, сигурни и безбедни прифатилишта за сместување на деца - жртви на трговија со луѓе, во чии рамки ќе можат да се сместат и деца - жртви кои не навршиле 12 години возраст;

- Одвојување на сместените деца во зависност од полот, односно отворање на прифатилишта кои ќе овозможат сместување и на машки деца - жртви на трговија;
- Постојана соработка помеѓу Центрите за социјална работа со прифатилиштето и вклучување на номинираните лица од Центарот во работата со жртвата, односно стручниот тим од прифатилиштето, во насока на пружање на соодветна поддршка од центрите во однос на стручната работа со жртвата;
- Водење на прецизна евиденција на тргувани жртви во функција на евидентирање на нивна ревиктимизација и остварување на посебен пристап кон нив како повеќекратни жртви на трговија;
- Работа со жртвите во насока на прифаќање на ситуацијата во која се нашле како минато, признавање пред себе дека се жртви на криминален акт на тргување и експлоатација, со цел исчезнување на страв од етикетирање и стигматизација кај самата жртва, како и стравот од повторување на злоупотребата врз неа и согласно, односно своеволно вклучување во процесот на помош и заштита;
- Намалување на прагот на сиромаштија како клучен чекор во превенцијата и сузбивањето на трговија со луѓе во рамки на државата и елиминирање на појавата деца на улица;
- Зголемување на можностите за вработување на тргувани жртви и на членовите на нивното семејство, нивно вклучување во одредени корисни активности во средината во која се вратиле и обезбедување на пристап до образование на овие лица, како гаранција за претпоставен успех во реинтегративните и ресоцијализирачки процеси во полза на веќе тргувана жртва;
- Зголемување на мерките за помош и поддршка на ризични групи, со посебен осврт на деца на улица;
- Унапредување на соработката помеѓу центрите за социјална работа, владините институции и граѓанскиот сектор во поглед на остварувањето и заштитата на правата на децата;
- Зајакнување на капацитетите во центрите за социјална работа за препознавање на семејства кои се со зголемен ризик од запоставување и злоставување на децата;
- Навремено и целосно информирање на корисниците (родителите на децата на улица) за сите права и услуги што тие можат да ги остварат во рамките на системот за социјална заштита, со цел за подигање на нивото и квалитетот на нивниот социо - материјален статус и нивно анимирање да го тргнат детето од улица и заедно со него да се интегрираат во системот;
- Дефинирање на поимот деца на улица во законска рамка, како применлива дефиниција во целосната регулатива која овозможува превенција и заштита на децата кои се предмет на експлоатација;

- Формирање на мултидисциплинарни мобилни тимови и остварување на теренска работа и брза интервенција како норматив во работењето на номинираните лица во рамки на центрите за социјална работа во насока на превенција и детектирање и згрижување на деца на улица и примена на унифициран модел на овие тимови на локално ниво низ цела држава;
- Обезбедување на поголем број на сервисни служби за дневно прифаќање на деца на улица на локално ниво во рамки на целата територија на државата, како времено решение по кое ќе следи трајно решавање на проблемот и целосна инклузија на семејството и детето со натамошно следење на состојбата;
- Специјализација и професионализација на сите лица кои работат со деца во ризик, а особено деца - жртви на било кој облик на запоставување, како што се: сексуално, физичко, емоционално запоставување, малолетничка деликвенција и злоупотреба на дрога;
- Нега на индивидуалниот пристап кон децата со оглед на тоа што последиците од насилството над децата се разликува како по природата, така и по тежината и заради тоа одговорите на него мора да бидат сестрани и прилагодени на типот на насилството, опкружувањето и чинителите, но секогаш во најдобар интерес на детето;
- Намалување на институционализацијата на децата со посебен акцент на поддршка и заштита на семејството и можните алтернативи за обезбедување форма на заштита која е најблиска до природната средина - семејството и нејзина примена како крајна мерка на заштита откако ќе бидат исцрпени сите други ресурси и можности;
- Воспоставување на електронска евиденција на деца на улица преку заживување на овозможената и достапна програма на Министерството за труд и социјална политика и Заводот за социјални дејности - „ЛИРИКУС“;
- Преземање на сите можни мерки за евиденција и запишување на сите деца во матичните книги на родени, за што е потребна меѓусекторска и регионална соработка;
- Сензибилизација и едукација на општата популација за штетноста од детското просење;
- Насочување на државните политики кон обезбедување на еднакви услови за живеење на сите застапени етнички малцинства во државата, особено во однос на недискриминација и почитување на правата на Ромите, процес кој треба да започне на локално ниво, а со цел оттргнување на децата од ромска етничка заедница од улиците;
- Насочување на целните точки на обуките на номинираните лица кон препознавање на проблемот во неговиот корен, односно во насока на примена на тактики на превенција и рана детекција на идни случаи на трговија со луѓе и идентификувани тргувани жртви;

- Проактивна улога на центрите за социјална работа во преземањето на превентивните мерки за заштита на деца во ризик кои можат да станат жртви на трговија и во спроведувањето на постапките за откривање, гонење и казнување на сторителите на овој облик на криминалитет;
- Востановување на мултисекторска координативна соработка на ниво на општина помеѓу општинскиот центар за социјална работа и останатите релевантни институции во насока на запознавање на возрастните жители и децата со фактот на случување на трговија со луѓе во нивното место на живеење и можните начини за станување на жртва на трговија со луѓе;
- Обезбедување на згрижувачки услови во рамки на центрите за социјална работа со цел непречено постапување и работата со жртви на трговија со луѓе од страна на постојните номинирани лица за работа со нив, а во функција на остварување на процесот на нивна поддршка на едно место, што ќе го олесни самиот процес на помош и заштита, пред сè во перцепцијата на самата жртва, особено ако се работи за дете - жртва;
- Прикажување на реални податоци за обемот и содржината на работа на случаи на трговија со луѓе и постапување со тргувани жртви од страна на вработените во центрите за социјална работа при надзорите кои врз нивното работење ги врши ЈУ Завод за социјални дејности - Скопје, како надлежна установа за координирање и стручен надзор над постапувањето и почитувањето на основните принципи на работа од страна на вработените во центрите, а во насока на стекнување на вистинска слика заснована на фактички податоци за состојбата со трговија со луѓе која се случува во рамки на државата;
- Реорганизација во работењето и екипирање на повеќе стручни тимови од номинирани лица за работа на проблематиката трговија со луѓе во центрите за социјална работа кои се основани за подрачје на поголеми градови, во кои статистиката покажува поголем број на регистрирани случаи на трговија, тргувани жртви и деца кои питаат на улица.

### **Заклучни согледувања**

Република Северна Македонија, како држава целосно посветена на реформи во делот на трговијата со луѓе од сите аспекти, одредувајќи ги законските решенија и практики кои ја инкриминираат трговијата и оние кои се однесуваат на заштита и помош на жртвите на истата, сепак во недоволна мера ги исполнува стандардите за заштита и почитување на човековите права, поради недостиг на механизми за превенција од нивни повреди. Затоа, темелен принцип на креирањето на политиките на дејствување во однос на тргувањето со лица, треба да биде обезбедувањето на поддршка на основните права на единката, како основен двигател на општеството. Одовде, институционалната поставеност за пружање на услуги на социјална заштита на лица чии права се



загрозени, функционирајќи на основа на униформирани обрасци по однапред утврдени правила, не покажува ефикасност во работењето, затоа што пред сè квантитативно не ги задоволува стандардите за работа, а потоа не располага со основните ресурси за остварување на обврските кои произлегуваат од видот на работното место во системот на пружање на услуги на заштита. Поради ова, се јавува дискрепанца помеѓу реалните состојби со обемот на лица чии права се повредени, врз основа на што ним им се гарантира поддршка и помош и условите на пружање на потребната помош и заштита кои се во постојан недостиг, било поради недоволноста на квалификуван кадар, недостатокот на обуки за постапување во случаи со посебни категории лица, неекспираноста за теренско дејствување соодветно на природата на појавите кои бараат вакви акции, нерасположливоста со просторни услови за извршување на утврдените планови и активности во секој конкретен случај на трговија со луѓе.

Иако правната рамка е во голема мера усогласена со најзначајните меѓународни документи од областа и го достигнува прагот на унапреденост на највисоко ниво со детално нормирање на сите аспекти на трговијата, досегашната општествена реакција на проблемот во пракса ја истакнува потребата од институционална надградба на локално, регионално и национално ниво и координација на активностите на сите чинители во намерите за сузбивање на тргувањето со луѓе преку постапување во рамки на поставените правци на дејствување и успешна идентификација на потенцијални жртви на трговија.

### Библиографија

1. Влада на Република Македонија. Национална комисија за борба против трговија со луѓе и илегална миграција. *Стандардни оперативни процедури за постапување со жртви на трговија со луѓе (СОП)*. Скопје, 2010.
2. Здружение на граѓани за еднакви можности „Еднаков Пристап“ - Скопје. *Прирачник за идентификација и директна помош и поддршка на жртви на трговија со луѓе и ранливи групи*. Скопје, 2012.
3. Министерство за труд и социјална политика, Одделение за унапредување на рамноправноста на половите. *Брошура на Национален механизам за упатување на жртви на трговија со луѓе - Анализа на капацитетите на номинираните социјални работници*. Скопје, 2005 - 2006.
4. *Закон за социјалната заштита*. Службен весник на Република Северна Македонија 104/2019.
5. Council of Europe. *ETS No.163: European Social Charter*. 1996.
6. <http://www.mtsp.gov.mk/content/pdf/operativni.pdf>
7. [http://www.mtsp.gov.mk/institucii-ns\\_article-zavod-za-socijalni-dejnosti.nspх](http://www.mtsp.gov.mk/institucii-ns_article-zavod-za-socijalni-dejnosti.nspх)

## **THE CONSUMER'S RIGHT TO CANCEL THE DISTANCE CONTRACT IN LIGHT OF THE EUROPEAN CONSUMER RIGHTS DIRECTIVES**

**Mohamed Elsayed Eldessouky**

col@afu.ac.ae

[d.mdesoky@gmail.com](mailto:d.mdesoky@gmail.com)

Associate Professor, PhD, Dean of Faculty of Law - Al Falah University,  
Dubai, UAE

### **1. Introduction**

There has been massive prevalence of products and services being sold remotely. In such sale contracts, consumers are in the vulnerable side: they do not have enough chance to inspect and examine products/services subject of the contract, hence they finalize contracts based on the effect of advertising, and wherein specifications of products/services are exaggerated beyond what is real. Therefore, in many regulations, consumers are given the right to cancel such contracts. This paper defines the limits and justifications of such right to rescind. It also addresses legal nature and legal base of rescinding, investigates the positive impacts on consumers resulted from practicing the option of rescinding, In addition to this, the effects resulting from exercising the right to cancel the contract on both the consumer and the supplier. This paper also will review terms stipulated by European directive on consumer protection and laws that are made according to such directive. It searches into the extent to which legislatures have the right to make such laws in other countries. There is no doubt that the international nature of remotely concluded contracts requires that consumer protection be extended to countries all over the world in order to reduce legal obstacles that make it difficult to put into effect legal provisions that give consumers the right to rescind remotely concluded contracts.

### **2. The concept of canceling distance contracts**

#### **2.1 Definition of contract cancellation**

There is no doubt that the binding force of a contract necessarily renders that no party to such contract can solely cancel such a contract on its own. However, products and goods being increasingly sold remotely created the need to protect consumers by giving them the right to rescind contracts that they concluded remotely. This is due to the circumstances surrounding the process of concluding these contracts, in which consumers' will is different from the one in contracts where both parties

are in presence. In traditional contracts, consumers are able to inspect and examine the product/service as it is in reality; hence, consumers are not under the effect of advertising and publicity, which would undoubtedly affect the will of consumers.

Some generally define the rescinding of contracts to be an expression of a different will with which the beholder of action rescinds its sole expression of will, withdraws it, and renders it to be null and void, and therefore deprives it from any consequent effect resulting in the past or in the future<sup>1</sup>.

## **2.2 The emergence withdrawing from the remote contract**

Contracting remotely is certainly one of the modern means of concluding contracts. Due to the need of consumers in this type of contracting to a special legal protection, which must be greater than the one given to consumers in traditional contracting, due to the considerations referred to above, the ability to rescind is therefore stipulated by law. The European guideline No. 7/97 was issued May 20, 1997 with regards to protection of consumers, giving purchasers this guarantee in remotely concluded contracts. Then the European guideline on consumers' rights No. 83/2011 was issued October 25, 2011, also giving consumers such guarantee; although these directives differ in the period of time that is given for rescinding.

The French legislation was one of the first legislations to define clear specifications of giving consumers such guarantee; hence the Law No. 21/88 issued January 6, 1988<sup>2</sup>.

Putting the European guideline No. 7/97 into effect, the French consumer law provides for this guarantee in Article 741-2011 added to the decree No. 741-2001 issued August 23, 2001. It reads, “Consumers shall have a full 7 day-period to practice the right to rescind with no commitment to provide reasons or pay penalties save and except return expenses.”

## **2.3 Forms of consumers rescinding contracts**

Rescinding a remotely concluded contract by canceling the contract by the sole will of the consumer may take the form of returning the product/service to the seller. This is the most common form. However, it is perceived that rescinding may take the form of substituting a product in place of another. Rescinding may lastly take the form of the consumer asking to substitute a product, then asking to rescind the contract and return the product. In this latter form, consumer practices indirect rescinding: the consumer asks to substitute the product with another, and finds after substitution that the substituted product in itself cannot be put into use, then the consumer can return the product to the seller and get a refund. All of this is supposed to take place during the period provided for by the agreement or by the law. In all of the above

---

<sup>1</sup> CORNU: «Rapport sur la protection de consommateur et l'exécution de contrat au droit français» Intravaux de Henri- Capitant, Tom24 -1973, Dalloz 1975, p726.

<sup>2</sup> Law No. 21/88 issued January 6, 1988 on remote sales in general, and TV sale in particular.

forms, the seller may not decline the purchaser's request unless the period allowed for rescinding expires or otherwise the product is damaged when in the possession of or because of the purchaser.

## **2.4 The legal nature of the idea of contract cancellation**

With respect to the legal nature of the guarantee provided to consumers for rescinding electronic contracts after being executed or implemented, the great majority of scholars see that rescinding is an advantage provided by law to consumers in remotely concluded contracts. With such advantage, consumers are allowed to rescind contracts. Such rescinding is rooted in law and gives the power to maintain the sole will for consumers as an exception that is based on the binding force of contracts, entailing that a party to a contract is independent with its sole will only in the cases provided by laws.

## **3. Legal base of consumers' right to cancellation**

Rescinding remotely concluded contracts by consumers is established by law provisions that allow such right to consumers and is justified by the circumstances surrounding this type of contracts; circumstances that set them apart from other contracts, including advertising and publicity that affect the will of consumers to rashly execute contracts. This is explained in cases where sellers pressure consumers and leave them no space to take careful informed decisions. Therefore, consumers are economically vulnerable and have less experience in legal matters than the other parties to contracts.

The source of such guarantee or advantage may be in the agreement or in law provisions. On these bases, there can be two types of rescinding rights; each is differentiated from the other, namely: rescinding by agreement and rescinding by law. In the rescinding by agreement, the right to rescind is either established for both parties, or established for one of them without approval of the other.

In rescinding by agreement, the agreement is the base on which rescinding is practiced. In rescinding by law, rescinding is practiced based on law provisions.

## **4. Committing to informing consumers of the right to cancellation**

For providing efficient protection, consumers must be informed of their right to rescind contracts. This requires that sellers be obliged to inform consumers of such right, with such obligation valid in pre-contract and post-contract execution.

### **4.1 Obligation to inform consumers pre-contract**

Few laws made it mandatory on sellers to inform consumers of their right to rescind contracts. Such obligation commences in the stage before contracting, thereby

consumers are guaranteed that rescinding policy is in place by the seller. Fulfillment of such obligation is proven by publicizing in the same advertisement of the product on the website on which the product/service is advertised.

This obligation appeared as a result of the European guideline No. 7/97 issued by the European Parliament May 20, 1997 and enforced by member states. In France, Article 28/121 of Order No. 741/2001 issued August 23, 2001 provides that sellers must inform consumers on their right to rescind contracts. In addition, Article 4 of the French contract form of e-commerce provides that consumers be informed on the guarantees and after-sale services, including the right to rescind contracts<sup>3</sup>.

#### **4.2 Obligation to inform consumers post-contract**

This obligation is established in the post-contract. In France, enforcing Article 5 of the European guideline No. 7/97 issued in 1997, Article 19/121 of the order No. 741/2001, makes it mandatory on sellers to give consumers, via specific means, confirmations on information provided for in Article 18/121, and makes it mandatory on sellers to give consumers information on terms and conditions and ways to practice the right to rescind.

#### **4.3 Breaching the obligation of sellers to inform consumers in the post-contract**

Legislations establishing the right to rescind to consumers and obliging sellers to inform consumers on such right provides that if sellers fail to abide by this obligation, the period, during which consumers may practice their right to rescind, be extended.

The European directive on consumer protection provides for such penalty; this includes the guideline No. 7/97 issued in 1997. Enforcing this penalty, the French legislature provides for extending the period, during which the consumer practices the right to rescind, from 7 (seven) days to 3 (three) months. Similarly, the Belgian legislature provides for similar term in Article 79 of consumer protection law<sup>4</sup>.

The author of this study thinks that such penalty is not sufficient. It is better to fine sellers who are in breach rather than to extend the period, during which the consumer practices the right to rescind.

### **5. Scope of consumers' right to cancellation**

Laws when originally adopted the right to rescind remotely concluded contracts established that such right must cover all remotely concluded contracts between sellers and consumers. However, there is a category of contracts where the right of consumer to rescind is restricted, wherein there has to be an agreement between the seller and the consumer that provides for such right. Meanwhile, such right is not valid under any circumstances in another category of contracts.

<sup>3</sup> JCP, Semaine Juridique Entreprise et Affaires, N0 41,8 Octobre 1998, p.1580.

<sup>4</sup> VERBISET(TH): Commerce électronique. Le nouveau cadre juridique. èd LARCIER, 2004,p.116.

### **5.1 Contracts wherein the right to cancellation is applicable only by an agreement between seller and consumer**

According to the European guideline No. 7/97 and subsequent laws enforcing it, including the French consumer law issued under decree No. 741/2001 on August 23, 2001, Article 2/29/828 thereof provides that “The right to rescind may be practiced ONLY if parties agree in a separate arrangement in:

1. Service contracts that starts to be executed in agreement with the consumer prior the period to practice the right to rescind;
2. Product/service supply contracts which prices are defined by the market (price fluctuations);
3. Supply contracts of products that are manufactured based on the consumer specifications (products that consumers requested to be manufactured);
4. Contracts of products that cannot be returned to the seller due to its nature or perishability;
5. Supply contracts of newspapers, journals, and magazines; and
6. Authorized gambling or lottery contracts.

Products subject of these contracts mostly have specifications that restrict practicing the right to rescind; some are perishable, others are manufactured based on consumers’ request conditional to specifications that cannot meet the request of another consumer, therefore putting the seller in a critical situation to find another consumer that request the same specifications.

With respect to supply contracts of newspapers, journals, and magazines, as well as gambling and lottery, such type of product has temporary nature, therefore, allowing consumers the right to rescind renders these products expired. Magazines can only benefit consumers very timely and loses its value when time passes.

### **5.2 Contracts excluded from using the right to cancellation**

Some laws provides for excluding few contracts from using the right to rescind, or for inapplicability of the period to rescind. In the French law, such exclusions are provided for in many laws. Article 4-20-121 of the French consumer law, added by order No. 741/2001 issued August 23, 2001, provides for exclusions<sup>5</sup> on the right to rescind contract which subject may be:

- Supply of common consumer goods distributed to residences and workplaces, which contracts are concluded between consumers and distributors to supply products regularly and periodically; and
- Supply of accommodation, transportation, catering, and entertainment services in which provision of service is restricted by limited periodical times.

---

<sup>5</sup> It is noticeable that this exclusion is not relevant to remotely concluded contracts. However, due to that such contracts concluded in this way (at the doorstep) are similar to contracts concluded remotely in terms of that there is no sufficient opportunity for consumers to take the decision to contract. The reason behind such exclusion is that consumers are regularly and daily provided with products, therefore have the experience in such contracts, thus the consumers’ right to rescind contracts is unjustifiable.

According to the last paragraph of Article 9 of the French contract form, the period of supply of audio and video recordings, computer software, which the consumer unpackages, newspapers, journals, and magazines<sup>6</sup>, shall not apply.

## **6. Conditions of consumers' right to cancellation**

By examining law provisions in many regulations on consumers' right to rescind contracts, there are two conditions to practice such right by consumers:

### **6.1 Condition 1: The cancellation during the period allowed**

In order for the right to rescind to result in its legal effect, consumers have to practice such right during the period allowed by law. The right to rescind in e-contracts is of temporary nature, therefore must be practiced by consumers during the period specified thereto in order to maintain stability of transactions. It is not right to leave the seller waiting for a longer time suffering uncertainty from what will happen to the contract, and therefore its legal status is compromised for unlimited period.

Such period differs as per different laws. According to the European guideline in 2011 on protection of consumer rights, the period, during which consumers may practice their right to rescind, is 14 days, commencing as of the date of contract in service contracts, and commencing as of the date of product receipt by consumer in product contracts.

Laws differ in defining such period considering, as referred above, that it is perceived to increase such period in case of the seller breach to inform consumers to their right to rescind contracts<sup>7</sup>.

### **6.2 Condition 2: the contract is not excluded from the right to cancellation**

Practicing the right to rescind contracts by consumers is conditional to the contract included in the scope of consumer-rescindable contracts.

However, there is a question about how permissible to consumers to use the right to rescind if the product subject of contract is already used. The reason behind this question is that some sellers impose very strict conditions to practice the right to rescind, including that the product is unused or unpackage. In fact, the author of the study thinks that this is an unfair condition in contracts because it results in unfair result, which is consumers are not able to try the product.

---

<sup>6</sup> JCP – La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, No 41,8 Octobre.1998, p.1581. It is worth noting that contracts referred to in this law have already referred to that seller and consumer have to agree to the right to rescind, whereas in this provision, they are excluded from the right to rescind. To reconcile both provisions, we think that the right to rescind may be applicable in such contracts ONLY with a special agreement between seller and consumer.

<sup>7</sup> MOREND (D): le Droit français et la commerce électronique, JCP – Chaires de Droit de L'entrepris, No 4.2002, p.13

## **7. Effects of practicing the right to cancellation of contract**

Rescinding contracts due to rescinding consumers lead to reinstatement of parties, which entails obligations to be borne by the consumer and the seller. Many problems arise from these two effects.

### **7.1 Effects of rescinding contracts pertaining to professional sellers**

#### **7.1.1 Sellers' obligation to refund to consumers**

The French consumer law provides that the seller is to refund to the consumer the amounts paid against obtaining the product in no later than 30 days as of the date the consumer informs the seller of rescinding the contract. If the seller declines refunding such amounts, the seller shall be imprisoned for 6 months and shall be due to pay a fine of €75,000.

The European guideline No. 7/97 provides for the same penalty as it deems that the seller, who declines refunds for the amount paid by the consumer against the returned product, as the consumer acts on its right to rescind, a violation that is investigated by authorities concerned with competition, consumers, and defraud.

#### **7.1.2 Termination of contracts rescinded by consumers**

According to Article 4/6 of the European guideline No. 7/97, if the price of the product/service is fully or partially paid by credit by the supplier or by a third party on the basis of an agreement made between the latter and the supplier, practicing the right of rescinding is as well a termination of the credit contract by law, without paying damages or expenses, except those related to credit application.

### **7.2 Effects of rescinding contracts pertaining to consumers**

#### **7.2.1 Return of product to the (professional) seller**

If the consumer rescinds the contract, the product or good is to be returned to the seller, or the service is to be waived without any fines or expenses, except those related to returning the product. As referred above, laws that give consumers the right to rescind provide for excluding the right to rescind on specific types of sales and sales of audio and video recordings. Such exclusion is to avoid abusing the right to rescind by consumers, who can already benefit from or use such products.

#### **7.2.2 Consumers' obligation to pay for returning products**

For practicing the right to rescind, consumers bear expenses of returning products to sellers, a matter that is expected by consumers given the particularity of remote contracting. Therefore, in this regard, the European guideline No. 7/97 in Article L.6.2 provides that expenses that may be borne by a party, in the capacity of the consumer, due to rescinding the contract, are only the direct expenses related to returning the product to the professional seller.



## 8. Conclusion

This study addresses consumers' right to rescind remotely concluded contracts in light of the European directive related to consumers' rights and in light of laws of specific countries that are issued in relation thereof. It is clear that the right to rescind remotely concluded contracts is a necessary protection to consumers in the stage where the contract is in effect because it protects consumers from risks incurred as the consumer is not familiar with the product subject of contract, or the consumer has no sufficient knowledge of the product specifications. Therefore, this right is given to fulfill the element of mutual consent, which is essential in contracts.

This study reaches the following conclusions:

- The right to rescind electronic contracts is associated with a short specified period, during which the consumer may express rescinding the contract, otherwise, the consumer become bound by the contract.
- The right to rescind is a right given to the vulnerable party to a remotely concluded contract, which party faces the challenge to familiarize itself with all specifications of the product subject of contract, as well as has no sufficient time to take well-informed decision in this regard.
- The right to rescind primarily aims at protecting satisfaction of the party by giving time to think and remedy the rash in executing the contract.
- The right to rescind is an advantage given to buyers (consumers) by which consumers are encouraged to buy and contract remotely. It is a guarantee to earn the trust of consumers to avoid hesitation in conducting such contracts when consumers contemplate the sufficiency of the product/service and its ability to fulfill its needs.

Given these conclusions, this study hopes to reach an international accord that bind over most countries, thereby guaranteeing the right to rescind to be an obligation binding parties to contracts, especially when remotely concluded contracts are deemed to have an international nature.

**DOMESTIC VIOLENCE - IMPLICATIONS OF  
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW TO  
THE COURTS PRACTISE IN SERBIA**

**Ivan Ilic, Assistant professor**

University of Nis, Law faculty,

email:[ivan@prafak.ni.ac.rs](mailto:ivan@prafak.ni.ac.rs)

**Darko Dimovski, Associate Professor**

University of Nis, Law faculty,

email:[darko@prafak.ni.ac.rs](mailto:darko@prafak.ni.ac.rs)

**Abstract**

Domestic violence has existed in rudimentary forms of the family, and has persisted until today. It is considered as a manifestation of control and power over family members. Studies have shown that domestic violence leaves grave consequences for the bio-psychosocial condition of the victim, especially if it is a child victim. The European Court of Human Rights was still dealing with this issue, primarily in cases of violation of Article 8, where right to respect for private life stipulated. In addition, the Court dealt with domestic violence, when considering the violation of the right to life, the prohibition of torture, the prohibition of forced labor, the right to a fair trial, the right to an effective legal remedy, and the prohibition of discrimination. Violence in Serbia is a phenomenon, that is, according to statistics, continues to increase. Although in Serbia there is a legal framework for protection against domestic violence, but in the practice of the courts was observed mild penal policy. Inadequate coordination of state authorities in preventing and combating domestic violence, may lead to violation of the positive obligations under the Convention for the country, both in terms of protection of the right to life and the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment. A chronic disease of the judicial system of Serbia, excessive length of judicial proceedings, is directly contrary to the realization of the right to trial within a reasonable time, as well as the effectiveness of the legal remedies. The authors is dealing with relevant cases from the European Court, quoting and noting the conclusions of the judgment, which serve as support to national legislators, in order to create an adequate legal framework for effective action in the case of identifying domestic violence, as well as sanctioning the perpetrators of this crime.

**Keywords:** domestic violence, the right to life, prohibition of torture and inhuman treatment, discrimination, right to fair trial

## 1. THE TERM AND FORMS OF DOMESTIC VIOLENCE

Violence manifests itself in all spheres of life and it is an immanent characteristic of interpersonal communication. Domestic violence existed in rudimentary forms of the family, and has survived to this day. The family is understood as a sphere of security, love and support, and the manifestation of violence is opposite to the function of this form of social organization. This is also the reason why this form of crime has been considered to belong to the domain of privacy, so it was referred to as “violence in silence”. On the other hand, the inferior position of women in society and in the family influenced the existence of a large dark number of crimes, because domestic violence was rarely reported. In the UK, for example, men had the right to beat their wives (Ajdukovic, 2000). In addition, corporal punishment of children was also considered a permissible form of behavior (Kostic, 2013, p. 142).

Until the 1960s, this important social problem was not taken seriously. The turning point came under the influence of the development of the protection of human rights, but also the strengthening of the feminist movement. During the seventies of the last century, the first shelters for victims of domestic violence were opened and the first education programs were implemented, with the aim of recognizing and combating this form of crime (Kostić, 2006, pp. 235 - 254).

There is no universal definition of domestic violence. One definition is that domestic violence is any act of physical, psychological, sexual or economic abuse against family members, regardless of whether it is criminalized as a criminal offense and reported to law enforcement (Konstantinović-Vilić, Kostić, 2008, p. 302). This definition expresses the effort to cover all forms of domestic violence, as well as the inclusion of unprocessed cases of domestic violence, which is actually a “dark number of crimes”. For the existence of domestic violence, the existence of marriage is not important, but the extramarital union is also included, as well as persons in an emotional relationship, as well as former marital and extramarital partners. It follows from the definition that violence can be physical, psychological, sexual and economic. Physical abuse is the use of any kind of physical superiority. It is any action that can cause or threaten to cause physical pain. Some of the forms are physical assault regardless of the consequences, violent intrusions and expulsion of the victim from the common place of residence or from the place where the victim lives, impact on the victims so that they start to fear for their physical well-being, kidnapping, etc. Psychological abuse is the use of psychological pressure, ie. any action that may cause psychological suffering, feelings of fear, personal vulnerability or endangered dignity, then insults, attacks or the use of derogatory names and other forms of violent intimidation, repetitive behavior aimed at humiliating the victim, unlawful restriction of the victim’s freedom of movement, as well as the impact on victims so that they begin to fear for their emotional well-being. Sexual abuse manifests itself as forcing sexual intercourse without consent and as sexual harassment. Economic violence is

the damage to property or its destruction or the threat to do so, as well as the impact on victims so that they begin to fear for their economic well-being. It is important to mention passive abuse, as a special type of domestic violence, which is not easy to notice, and which usually leads to physical violence. This type of violence is very subtle and includes victimization, ambiguity, neglect, spiritual and intellectual abuse.

As forms of domestic violence, the literature cites marital violence, violence against family members and violence against children (Konstantinović-Vilić, Nikolić – Ristanović, Kostić, 2009, p. 121). Violence against women, violence against the elderly, violence against children and violence against men are also highlighted. The consequences of domestic violence are very severe. The safety of family members is endangered and the relationship of trust is violated. Domestic violence is considered a manifestation of control and power over family members. Research has shown that domestic violence has severe consequences for the victim's bio-psycho-social condition, especially if it is a child victim. There is a significant risk factor for adopting violence as a model of behavior. Children who have been victims of domestic violence are likely to abuse their own partners and children. The consequences of domestic violence are not only individual, but also for society as a whole. For this reason, developed countries are continuously improving methods for assessing the damage that the community suffers due to this problem.

## **2. INTERNATIONAL REGULATIONS**

Many international documents, adopted under the auspices of the UN and the Council of Europe, refer to domestic violence. Because this phenomenon is most often understood as violence against women and as the most widespread form of violation of women's rights (Konstantinović – Vilić, Kostić, 2008, p. 306), the goal of international regulations is to achieve the protection of women, who appear in criminal proceedings as witnesses - victims. It is proposed to implement measures, such as the establishment of special state bodies for providing assistance to victims, the participation of non-governmental organizations in the procedure, as well as the application of other measures that would encourage reporting of domestic violence and participation of victims in criminal proceedings.

A document of fundamental importance for the protection of women's rights is, of course, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. The Convention requires Member States to adopt appropriate regulations to eliminate discrimination against women. Among other things, prevention of discrimination and protection of women is achieved through courts and other state bodies. General recommendation no. 19 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women emphasizes the importance of establishing victim support and protection services, educating judges and the police, and the right of victims to restitution and to appeal in an effective procedure (special

recommendations, paragraph 24). We recommend that states treat domestic violence as a criminal offense (Article 23). UN Declaration against Violence against Women (A/Res/48/104, 1993) from 1993 pleads for access to justice for victims and for the provision of an efficient system of real medicines, and for compensation to victims of domestic violence (Article 4, item d). Beijing Declaration and Platform for Action (A/CONF.177/20, 1995) emphasizes the need to provide free and all other forms of legal assistance to victims of domestic violence.

According to the 1993 Council of Europe Declaration on Policies to Combat Violence against Women in Democratic Europe, the prevention of violence against women is considered a key factor in combating structural inequality between women and men. In Recommendation R (85) 4 on domestic violence, it is envisaged to take measures to ensure the protection of the interests of victims in criminal, civil and administrative proceedings. The need for protection of witnesses, family members, in case of domestic violence was especially emphasized. Adequate counseling should be provided to juvenile witnesses. Comprehensive protection of women victims is contained in Recommendation R (2002) 5 on the protection of women against violence. Within the general measures for the prevention of violence against women, it was recommended that the member states of the Council of Europe, within the framework of improving national policy, pay due attention to the affirmation of safety and protection of victims, empowerment of victims, prevention of secondary victimization. and the application of adequate measures in court proceedings (item 3 of the Recommendation). Council of Europe Convention on Preventing and Combating Domestic Violence and Violence against Women, was adopted in Istanbul in 2011. It is an international legal document, which establishes a comprehensive legal framework for the protection of women from violence. It regulates issues of prevention, prosecution and elimination of all forms of domestic violence. This Convention establishes mechanisms for monitoring implementation at the national level.

Domestic violence is not the *seades materiae* of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. However, the European Court of Human Rights has addressed this issue, primarily in cases of violation of Article 8 of the Convention, which stipulates the right to respect for private life. In addition, the Court encountered domestic violence when considering violations of the right to life, Article 2, prohibition of torture, Article 3, prohibition of forced labor, Article 4, right to a fair trial, Article 6, right to an effective remedy, under Article 13 and the prohibition of discrimination, under Article 14 of the Convention. Due to the importance of the right to life, which is guaranteed by Article 2 of the Convention, cases from the case law of the Court, in which a violation of this right has been established, will be exposed first.

## 2.1. Right to life

Article 2 of the Convention provides: “*The right to life of every human being is protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally except in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law. Deprivation of life shall not be considered contrary to this article if it results from the use of force, which is absolutely necessary: for the purpose of defending a person from unlawful violence; to make a lawful arrest or prevent the escape of a person lawfully deprived of his liberty; during legal measures, which are taken with the aim of suppressing riots or riots.*”

The right to life is a precondition for the exercise of all other rights and freedoms guaranteed by the Convention, and as one of the fundamental provisions of the Convention, cannot be derogated from in the piecetime, pursuant to Article 15 of the Convention (Makaratzis v. Greece, 2004, §56; Soering v. the United Kingdom, 1989, §88; Cruz Varas and others v. Sweden, 1991, §99; Esmukhambetov and others v. Russia, 2011, §138). To restrict the right to life, a standard of “absolute necessity” is prescribed, which the Court has found to require a stricter and more demanding test than that applied in determining whether the State’s conduct was “necessary in a democratic society” (Yasin Ateş v. Turkey, 2005, § 119; Kişmir v. Turkey, 2005, § 103; Çelikbilek v. Turkey, 2005, 77; Vachkovi v. Bulgaria, 2010, § 71; Anık and Others v. Turkey, 2007, § 53). Situations in which the right to life may be restricted are therefore listed numerus clausus and must be interpreted narrowly (Esmukhambetov and others v. Russia, 2011, §138).

From the case law of the Court (Makaratzis v. Greece, 2004, §56; Kılıç v. Turkey, 2000, §62; Akpınar i Altun v. Turkey, 2007, §49) the duty to protect the right to life consists of three main aspects: the duty to refrain from unlawful taking of life (so-called negative obligation), the duty to provide an adequate legislative framework, which protects the right to life (so-called positive material obligation) and the duty to conduct an effective investigation, in case of potentially unlawful taking of life, so-called positive procedural obligation (INTERRIGHTS, article 2, 2006, p. 4).

In the case of *Opuz v Turkey* it is about domestic violence against the ex-wife and her mother (Opuz v Turkey, 2000). Namely, in several separate incidents, the ex-husband threatened and was violent towards the applicant and her mother. In addition to threatening with a knife, medical documentation established beatings and an attempt to step on the car. However, as prosecution for domestic violence in Turkey requires the approval of the injured party, the perpetrator was fined only for trampling on a car, because the applicant and her mother dropped the criminal charges. He was later fined for bodily injuries inflicted on the applicant by stab wounds. A couple of years later, the ex-spouse shot the applicant’s mother, who succumbed to her injuries. He was convicted of murder, but was released to defend himself until the end of the appeal procedure. He then threatened the applicant again. In the present case the Court finds a violation of the substantive positive obligation under Article 2 of the

Convention. The State failed to protect the life of the applicant’s mother, and the Turkish legislative framework was not adequate, due to the necessity of the injured party’s initiative for criminal prosecution, in the event of domestic violence (Carić, 2012, pp. 25-26).

In the case at hand, the Court considered a violation of the conduct of an effective investigation, ie a violation of the procedural obligation under Article 2 of the Convention. The court found that a thorough investigation had been conducted in this case. However, the criminal proceedings lasted for more than six years, which challenges the criterion of promptness of the investigation. Therefore, the Court also found a violation of the procedural obligation.

In the case of *Kontrova v Slovakia*, the applicant’s husband killed their two children after years of abuse of his wife, after which he committed suicide. A few weeks before the critical event, the applicant withdrew the criminal complaint against her husband for domestic violence (*Kontrova v. Slovakia*, 2007). The Court found a violation of Article 2 of the Convention due to the failure of the competent state authorities to take adequate measures, with the aim of protection from domestic violence. The court also stressed the need for the state to provide effective legislation, which would enable the application of preventive and urgent repressive measures.

In another case, the Court found a violation of the substantive obligation under Article 2 of the Convention. It is about the case of *Branko Tomasic v Croatia*. In that case, the applicants were the parents, brothers and sister of the victim, who was killed by the extramarital partner, as well as their child, after continuous violence, to which they were exposed. Due to the threat of violence to the victim, her illegitimate partner was sentenced to five months in prison, with the application of security measures for psychiatric treatment in a health institution. After the release of M.M. killed his illegitimate wife and their minor child, after which he committed suicide (*Branko Tomasić v. Croatia*, 2009). Since this is a person with a severe personality disorder, as well as the fact that death threats were repeated and posed a danger to the life of the illegitimate wife and child, the Court found that the state failed to protect this right. In addition, psychiatric treatment was applied for a short period of time, only while serving a prison sentence. In view of the above, the Court finds a violation of Article 2 of the Convention.

At this point, we will briefly point out the factual situation and legal argumentation in the case *Saoud v France*. In this case, the applicants were the mother, brothers and sisters of Muhammad Saoud, who suffered from schizophrenia. He lost his life during a police intervention in their home, due to domestic violence. Muhammad held his two sisters hostage. When the police entered, he used physical force on his sister. After the fight, in which they themselves suffered injuries, the police overpowered him and immobilized his arms and legs. The bound man was placed in a position where his head was facing the floor, where he remained for more than 30 minutes. Suddenly Muhammad choked and stopped his heart, after which he died. During

the intervention, as well as after the end, until the moment of death, no medical team was called, nor was Muhammad given first aid during the suffocation (*Saoud v. France*, 2007). The Court found a violation of the positive obligation under Article 2 of the Convention, due to the failure to take adequate measures to protect the right to life. Therefore, equal protection of the right to life is enjoyed by both victims and perpetrators of domestic violence during police interventions.

Based on the views of the Court in these cases, it can be concluded that the state is responsible for not taking appropriate measures, after learning of the existence of domestic violence. This view is undisputed in the event of a fatal outcome. This is a consequence of the evolution of the Court's case-law, in terms of the violation of Article 2, ie the understanding that the Convention is a "living instrument". The principle of positive obligations, as one of the principles on which the Convention is based, regarding the right to life is understood more broadly, in the sense that it implies taking concrete actions to protect this right, especially victims of domestic violence, but also perpetrators, especially if it is about a person with a mental disorder (Leach, 2007, p. 166). In addition, the positive obligation under Article 2 of the Convention requires the establishment of an adequate legal framework (Popović, 2012, p. 159), which protects the right to life, as well as the implementation of appropriate training of state bodies, with the same goal. Another important repercussion of cases before the Court is the evolution of the modality of prosecution. Based on the Court's views, state legislation regarding the prosecution of domestic violence is exempt from the influence of the injured party. Therefore, the criminal prosecution for this criminal offense is undertaken *ex officio*, regardless of the motion of the injured party, and continues without affecting the position of the injured party on it.

## **2.2. Torture, inhuman and degrading treatment**

Article 3 of the Convention states: "No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment." It is an absolute ban, which "reflects one of the fundamental values of a democratic society." (*Pretty v The United Kingdom*, 2002, § 49). It cannot be revoked even in times of extraordinary circumstances, as expressly provided for in Article 15 § 2 of the Convention, and the Court confirms in its judgment in the case of *Ireland v The United Kingdom* § 163. Article 3 imposes two essential obligations on States Parties to the Convention - substantive and procedural. The material obligation of the state has two aspects - negative and positive. The negative aspect refers to the obligation of the state not to subject persons under its jurisdiction to torture, or inhuman or degrading treatment or punishment, and the positive aspect imposes the obligation to take all measures to ensure that persons under the jurisdiction of the state are not subjected to such treatment. The procedural obligation of the state is derived from Article 1 of the Convention, which prescribes the general duty of the state to "ensure ... the rights and freedoms" guaranteed by the Convention (*Assenov and Others v Bulgaria* 1998,



§ 102, *Sevtap Veznedaroglu v Turkey* 2000, § 66- 68, *Elci and Others v Turkey* 2003, § 648), and consists in conducting a formal effective investigation, in the event of a reference to violations of Article 3. In order for Article 3 of the Convention to be considered a violation, the violation must reach a minimum level of severity. The assessment of the minimum is made on the basis of the duration of the procedure, physical and psychological consequences and, in certain cases, the sex, age and health condition of the victim (*Ireland v The United Kingdom* 1978, § 162). That derogations from Article 3 of the Convention were never allowed, even in the case of the greatest danger to the public interest, such as terrorism, the Court concluded in the case of *Tomasi v France* (*Tomasi v France* 1992, §115, *Ramirez Sanchez v France* 2006, § 115-116, *Labita v Italy* 2000, §119, *Selmouni v France* 1999 §95, *Assenov and Others v Bulgaria* 1998, §93).

In the significant case of *Opuz v Turkey* the Court also found a violation of Article 3 of the Convention. The Court is called upon to respect the obligation under Article 1 of the Convention that the State should enable all persons under its jurisdiction to enjoy the right. The state is therefore obliged to take measures to prevent torture or inhuman and degrading treatment. The court characterized the violence suffered by the applicant as abuse. The failure to initiate criminal proceedings in each case of violence, which the police and the public prosecutor learned about, as well as the prosecution and punishment, did not prevent further manifestations of violence. As there was a constant threat to the applicant’s physical integrity and the reaction to her ex-husband’s conduct was inadequate, the Court found a violation of the positive obligation under Article 3 of the Convention.

The Court found a violation of Article 3 of the Convention in the case *E.S. and others v Slovakia*. In the present case the court sentenced the applicant’s husband to four years’ imprisonment for physical violence against the applicant but also for sexual violence against her daughter. The court concluded that the national authorities had failed to protect their wife and daughter from domestic violence, inter alia, due to the impossibility of applying a restraining order. For this reason, in the present case the State has violated the positive obligation under Article 3 of the Convention (*E.S. and others v. Slovakia*, 2009).

Based on the conclusions of the Court, in the considered cases, it follows that there is a responsibility of the state in case of failure to prevent domestic violence, which the state authorities found out about, regardless of the fact that the abuse originates from an individual. This implies an efficient and timely response by the police, as well as law enforcement agencies, in the event of reported domestic violence. It is also necessary to impose temporary measures, which prevent physical contact between the perpetrator and the victim.

### 2.3. The right to respect for family life

Article 8 of the Convention states: “*Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. Public authorities shall not interfere with the exercise of this right unless it is in accordance with the law and necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, to prevent disorder or crime, to protect health or morals, or to protect rights and rights. freedom of others*”. This right protects private and family life, home and correspondence. The basic idea of protection of rights, to which Article 8 of the Convention applies, is that there are spheres of life of each individual, in which the state must not interfere. The obligations of the state on this issue are positive and negative. Negative obligation mean that the state is obliged to refrain from interfering with a right, unless permitted by Article 8, paragraph 2. Therefore, it must not in any way interfere with the enjoyment of these rights. On the other hand, positive obligation mean that the state must act actively, in order to enable respect for a right. Article 8 implicitly contains the obligation of the member states of the Convention to ensure the conditions for respecting the rights from Article 8 of the Convention through their positive actions and measures in their legislation, jurisprudence and executive power.

In some of the judgments, the Court has addressed the issue of interpreting the scope of the terms marriage and family (<http://www.coe.ba/pdf/MODUL%20NASILJE%20BR%202.pdf>). In the case of *Marcks v Belgium 1979* the Court found that the notion of family encompasses, in addition to the legal community, also the extramarital union. The court considers that marital and extramarital union are equal in their rights. In the case of *Berrehab v Netherland 1988*, The court stated that living together is not a necessary precondition for the subsumption under the term “family life”. The concept of family includes unmarried couples, who live in a joint household with their children, which the Court found in the case *Johnson v Ireland 1986*. The court is also in the case *Boughanemi v France 1996*, pointed out that the notion of private life implies the existence of a connection between a parent and a child, regardless of whether the child is legal. Applying the above attitude, the Court concluded that the applicant’s relationship with his son fell under family life, regardless of the fact that he had little contact with him, that he admitted the child late, that he did not pay alimony and that he left the child to relatives when he emigrated. The protection of Article 8 of the Convention, with regard to respect for family life, also includes the situation when one of the parents is prevented from maintaining contact and contact with the child (*Keegan v. Ireland, 2006*). From the rich practice of the Court, it can be concluded that there is an effort to cover a wide range of marital and family relations, when deciding on a possible violation of any of the rights under the Convention.

In the case of *Airey v Ireland*, Mrs. Airey spent eight years trying to divorce her husband, who had left the family home. But, as at that time in Ireland there was only

the possibility of an amicable divorce, or separation from a table and a bed, she failed to persuade her husband to sign a divorce agreement. The Court concluded that there had been a violation of the right to respect for private and family life under Article 8 of the Convention, because a positive obligation sometimes required the State to allow spouses to be relieved of the duty to live together. As Ms Airey did not have any legal possibility to initiate divorce proceedings by a unilateral declaration of will, the Court ruled that there had been a violation of Article 8 of the Convention.

The court decided on the violation of the right to respect for family life in the case *Bevacqua v Bulgaria*. It is a case of domestic violence, primarily verbal, but also physical abuse, as a result of which the applicant left her husband and went to live with her parents, after which she filed a suit for divorce. During litigation proceedings for divorce, they reached an agreement to see the child. However, the father failed to return the child, after one of the appointments. The applicant took the child home from kindergarten a few days later, which led to her husband aggression. He came to her apartment, knocked on the door, and after the applicant had opened it, he pushed, hit and forcibly took the child with him. After that, the abduction of the child and the violent outbursts of the husband occurred several more times.

The Court recalled the previous position that the right to respect for family life implies an obligation for the state, which is not absolute, to apply measures aimed at the reintegration of parents and children (*Šobota-Gajić v. Bosnia and Herzegovina*, 2007, § 51). It also underlined that private life encompasses physical and mental integrity. The obligations under Article 8, in conjunction with Article 2 or Article 3 of the Convention, imply a positive obligation for the State to establish an adequate legal framework, which protects the individual from violence. Bearing in mind that the national court failed to apply interim measures in the event of domestic violence without delay, as well as the ineffective response of the authorities, in a situation where the applicant's safety was threatened, the Court ruled that there had been a violation of Article 8 of the Convention. , that is, that the right to respect for private and family life has been violated.

Domestic violence, according to the jurisprudence of the Court, may constitute a violation of the mental and physical integrity of an individual, leading to a violation of Article 8 of the Convention. The boundary between a violation of Article 3 and Article 8 may be fluid. If the Court finds that the treatment of the victim does not reach a degree, which is considered a “minimum degree of severity”, the Applicant may ask the Court to find a violation of Art. 8. of the Convention, in the form of the right to respect for private life, if there are sufficient negative consequences for the physical and moral integrity of the victim (*Costello-Roberts v United Kingdom*, 1993).

Especially interesting is the case of *V.A.M v Serbia 2007*, in which the Court also ruled on a violation of Article 8 of the Convention. After the end of the marriage, the applicant's ex-husband prevented her from having any contact with her daughter

due to her HIV illness. The father deceived his daughter that the mother had died, and that he could therefore not see her, which could be characterized as covert domestic violence (Carić, p. 114). The daughter learned that her mother was alive only after reaching adulthood. The Court first found that the relationship between the applicant and her daughter fell within the domain of family life, under Article 8 of the Convention. The court further considered the existence of a violation of Article 8 due to non-execution of a temporary measure for exercising parental rights. The court concluded that the state authorities had not taken effective measures, with the aim of executing the interim measure, regardless of the internal field of free assessment. In addition, the length of the civil proceedings, at the national level, also contributed to a violation of Article 8 of the Convention. Accordingly, the Court finds a violation of the right to family life, ie a violation of the positive obligation under Article 8 of the Convention, because the State authorities failed to take adequate measures to protect the applicant's rights. In addition to the awarded damages, the Court ordered the competent state authorities to carry out an interim measure and terminate the civil proceedings, the execution of which is taken care of by the Committee of Ministers of the Council of Europe.

#### **2.4. Prohibition of discrimination**

Article 14 of the Convention reads: *“The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be ensured without discrimination on any grounds, such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, a national minority, property status, birth or other status.”*

The prohibition of discrimination and the principle of equality are considered the foundations of the protection of human rights, which are contained in the most important international and regional human rights instruments. The purpose of Article 14 is to protect individuals from discrimination in the enjoyment of their rights and freedoms, as guaranteed by the provisions of the Convention and the Additional Protocols. Article 14 cannot be applied independently, but must be linked (in conjunction with) to some other right, which is guaranteed by the Convention. However, other right does not necessarily have to be violated, and therefore Article 14 has some autonomy (Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kindom, 1985, §71; Rasmussen v. Denmark, 1984, § 29; Van der Mussele v. Belgium, 1983, § 43; Gaygusuz v. Austria, 1996, § 42; Gutl v. Austria, 2009 § 30; Koppi v. Austria, 2009, § 25). The Convention does not contain a precise definition of the term discrimination. In *Belgium linguistic* case the Court found that discrimination implies different treatment, without objective and reasonable justification, towards persons in the same or similar situations (“relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, 1968, 10). Such different behavior is discriminatory if it does not serve a legitimate aim, or if there is no proportionality between the means employed and the aim pursued (Burden v. the United Kingdom, 2008, § 60).

In the case *Opuz v Turkey* The applicant complained of discriminatory legislation, primarily certain provisions of the Criminal Code, which placed a woman inferior to a man. In addition, domestic violence remains unprocessed. The applicant alleged that she was a victim of a violation of Articles 2, 3, 6 and 13, solely because she was a woman. The Court referred to the CEDAW Convention, which defines discrimination against women as follows: “any difference, exclusion or restriction based on sex, which has the consequence or aim of endangering or preventing women from recognizing, exercising or enjoying human rights and fundamental freedoms in political life, economic, social, cultural, civil or other field, regardless of their marital status, and on the basis of equality of men and women ”(Article 1). The CEDAW Committee treats domestic violence as a form of discrimination against women. It follows from this, as well as from other international documents, that failing to protect women from domestic violence is a form of discrimination, regardless of the existence of intent. The court emphasized that the action on the filed criminal report for domestic violence was inadequate, considering that it was trying to convince the victim to withdraw the criminal report and to give up the prosecution. The mild penal policy towards the perpetrators of this crime was also pointed out. Due to the tolerance of domestic violence, and due to the ineffectiveness of legal remedies, the Court found discrimination on the grounds of sex, ie a violation of Article 14 of the Convention.

### **2.5. The right of access to a court**

Article 6 § 1 reads: “*Everyone, in deciding on his civil rights and obligations, or on criminal charges against himself, has the right to a fair and public hearing within a reasonable time before an independent and impartial tribunal established by law. (...)*”

It follows from the Court’s case-law that an integral element of the right to a fair trial is the right of access to a court (Mol, Harbi, 2007, p. 74). The court, for the first time, established this right in *Golder v. The United Kindom*, when he took the position that the detailed guarantees of the right to a fair trial under Article 6 of the Convention would make no sense if it were not possible to initiate legal proceedings (*Golder v. The United Kindom*, 1975, § 35). The right of access to a court implies that everyone has the right to address the court to resolve a particular issue, without any legal or practical obstacles (INTERRIGHTS, 2006 p. 20). The impossibility of access to court is present in a situation when the person has not been able to address the competent court, in order to review the factual and legal issues related to the subject matter of the dispute and to make a binding decision (*Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, 1981, § 59).

In the considered case *Airey protiv Irske*, the applicant also alleged a violation of her right of access to a Court, namely a violation of Article 6 § 1 of the Convention. She based her own claims on the impossibility of obtaining the professional assistance

of a lawyer in the divorce proceedings. The Court has pointed out that the provision of Article 6 § 1 of the Convention sometimes requires the State to provide free legal aid in civil proceedings. This enables the effectiveness of the remedy. Due to the non-existence of the right to free legal aid for the applicant, the Court, in the specific case, established the existence of a violation of the right to access to court.

## **2.6. Admissibility criteria**

Articles 34 and 35 of the Convention lay down the conditions for the admissibility of the application. First of all, it is necessary to be a victim of a violation of one of the rights established by the Convention. Also, it is necessary to exhaust the internal legal remedies, as well as for the petition to be submitted within six months, from the day when a final decision was made.

The Court has accepted in its case-law that Article 35 of the Convention must be applied with a certain degree of flexibility and without unnecessary formalism (Practical Guide on Admissibility Criteria, p. 16, § 48). It is necessary for the applicant to do in advance what can reasonably be expected of him, in order to exhaust the internal avenues of legal protection (*Akdivar and Others v. Turkey*, 1996, § 69). In doing so, facts of the specific case must be taken into account (*Van Oosterwijk v. Belgium*, 1980, § 35). The Court's view is that the applicants are obliged to exhaust only domestic remedies, which are theoretically and practically available to them. This means that they are available, that they can provide fair satisfaction and that they provide a reasonable prospect of success (*Sejdović v. Italy*, 2006, § 46). In addition, it should be emphasized that the existence of specific circumstances may lead to an exemption from the requirement of exhaustion of domestic remedies. In the case law of the Court, it has been held that domestic remedies need not be exhausted when the situation in a particular State against which action is brought is such that there is a marked passivity on the part of the national authorities in matters of serious allegations of abuse, rights or damage by state authorities (*Akdivar and others v. Turkey*, 1996, § 68).

In the case of *Branko Tomašić and other v Croatia*, the State pointed out that the applicant had not exhausted internal remedies, because the applicant's parents, even if they had applied for a remedy, would not have had a reasonable chance of success, and the applicant's siblings were not authorized to claim a remedy because they did not live in a joint household. The court rejected the state's claims and declared the application admissible (*Branko Tomašić and Others v. Croatia*, 2009). In the case of *Opuz v Turkey*, The Court accepted the application after the expiry of a period of six months from the date on which the judgment became final, at national level, on the ground that domestic violence constituted a continuing violation of the Convention.

### **3. DOMESTIC VIOLENCE IN SERBIA - STATISTIC AND PENAL POLICY**

Domestic violence in Serbia is a phenomenon, which, according to statistics, is constantly increasing. In 2012, the Centers for Social Work registered 4,415 women and 3,787 children victims of violence. Out of a total of 9,300 abused, in 96% of cases, the abuse occurred in the family. Compared to 2006, which was the first year of application of the Family Law, the number of reported cases increased three times. A similar trend continued in the following years. Thus, in 2019, there were 9763 criminal charges. Since the enactment of the Law on Prevention of Domestic Violence from 2017., the number of registered cases has increased significantly, but the number of criminal charges has decreased, as has the number of rejected criminal charges. Although there is a legal framework for protection against domestic violence in Serbia, primarily through the provisions of the Family Code, Criminal Code and new Law on Prevention of Domestic Violence, a mild penal policy has been applied in the practice of courts. A large number of suspended sentences leave the possibility of repeated violence, especially in cases where it has been determined that it is a case of recidivism. The question is - would a prison sentence be the most effective. Taking into account the overcrowding of prisons, there is an understanding that such a sanction would have a very bad impact on perpetrators of violence, because in this way the importance of domestic violence as a crime is diminished. In that case, the focus is on the perpetrator, not the victim.

### **4. CONCLUSION**

Inadequate coordination of state bodies in the prevention and suppression of domestic violence can lead to a violation of the positive obligation of the Convention for the state, both in terms of protection of the right to life and the prohibition of torture, inhuman and degrading treatment. An ineffective system of protection for victims of domestic violence can have the same consequence (Ilić, 2013, pp. 149 – 165). The chronic deficiency of the Serbian judicial system, the excessive duration of court proceedings, is directly contrary to the exercise of the right to a trial within a reasonable time, as well as the effectiveness of legal remedies. Since violence disrupts family harmony and private life, insufficient activity, primarily of the Centers for Social Work, but also of other state bodies, can lead to potential violations of Article 8 of the Convention. Therefore, the standards, established in the case law of the European Court of Human Rights, should be most carefully considered and harmonized with the actions of state bodies, in order to ensure the protection of victims of domestic violence at the national level.

## REFERENCES

1. Ajduković, D, (2000), Domestic violence against women
2. Carić, S, (2012) Commentary on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
3. Ilić, I, (2013), Criminal Procedure Protection of Women Witnesses and Victims, in: Legal Clinic for the Protection of Women's Rights - Norms and Practice, pp. 149-165
4. INTERIGHTS, (2006) Handbook for Lawyers - The Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights (Article 6)
5. INTERIGHTS, (2006) Handbook for Lawyers - The Right to Life under the European Convention on Human Rights (Article 2)
6. Konstantinović – Vilić, S, Kostić, M, (2008), Witness Protection of Victims of the Crime of Domestic Violence, Legal life, iss. 10
7. Konstantinović-Vilić, S, Nikolić – Ristanović, V, Kostić, M, (2009), Criminology
8. Kostić, M., (2006), Domestic violence - two methods of judicial protection, in: Legal protection against domestic violence
9. Kostić, M., (2013), Legal protection against domestic violence
10. Leach, F., (2007), Taking a case to the European Court of Human Rights
11. Mol, N, Harbi, K, (2007), The right to a fair trial - A guide to the application of Article 6 of the European Convention on Human Rights
12. Popović, D., (2012), European law on human rights
13. Practical Guide on Admissibility Criteria, European Court of Human Right





## THE PROTECTIVE CHARACTER OF DEPRIVATION OF THE COMPULSORY PORTION FOR THE BENEFIT OF THE DESCENDANTS

**Risto Ilioski, Ph.D**

### **Abstract**

When it comes to the deprivation of the compulsory portion for the benefit of the descendants, is perceived in a certain sense the presence of the relationship between the freedom that the testator has in terms of testing, ie the freedom of testing and the compulsory portion. The deprivation of the compulsory portion in the favor of the descendants (exheredatio bona mente) appears as a dispositive act of the testator who in a way has a protective character towards the descendants. Namely, the aim of the paper is to perceive the protective character of this institute, to perceive its significance as a sanction with a certain punitive element. In the paper, we also elaborate on the status of the gifts made by the testator during his lifetime to the deprived descendant. Furthermore, the paper explains the reasons that lead to the possibility of the testator to deprive the heir of the compulsory portion, the scope of that deprivation, and of course the very notion of deprivation is explained, clarifying the theoretical dilemmas regarding such deprivation. Given this, the paper in addition to its theoretical dimension, it also gains its practical importance, important for the popularization of this institute.

**Keywords:** deprivation, compulsory portion, testator, descendant.

## ЗАШТИТНИОТ КАРАКТЕР НА ЛИШУВАЊЕТО ОД НУЖНИОТ ДЕЛ ВО КОРИСТ НА ПОТОМЦИТЕ

**Ристо Илиоски**

доктор на правни науки

### **Апстракт**

Кога станува збор за лишувањето од нужниот дел во корист на потомците, се согледува во одредена смисла присуството на односот помеѓу слободата што ја има завештателот во поглед на тестирањето, односно слободата на тестирање и нужниот дел. Лишувањето од нужниот дел во корист на потомците (exheredatio bona mente) се јавува како диспозитивен акт на завештателот кој што на извесен начин има заштитен карактер спрема потомците. Имено, целта на трудот е да се согледа заштитниот карактер на овој институт, да се согледа неговото значење како санкција со определен казнен елемент. Во трудот, го елаборираме и статусот на подароците што ги направил оставителот за време на својот живот на лишениот потомок. Понатаму, во трудот се врши објаснување на причините кои доведуваат до можноста завештателот да го лиши наследникот од нужниот дел, обемот на тоа лишување, а секако се врши објаснување на самиот поим за лишувањето, разјаснувајќи ги притоа и теоретските дилеми во врска со

таквото лишување. Имајќи го предвид ова, трудот освен својата теоретска димензија, ја добива и својата практична важност, значајна за популаризирање на овој институт.

**Клучни зборови:** лишување, нужен дел, завештател, потомок.

## 1. Вовед

Само потомокот кој има право на нужен дел, поради определени законски причини, може да биде лишен од нужниот дел. Лишувањето има во определена смисла заштитен карактер спрема потомците, бидејќи лишувањето од нужниот дел се врши во корист на потомците. Во трудот најнапред го определуваме самиот поим за лишување, а потоа ќе се врши проучување на причините за лишување, поради кои завештателот го лишува од нужниот наследен дел наследникот, а исто така во трудот ќе стане збор за обемот на тоа лишување, односно кога постои делумно, а кога постои целосно лишување од нужниот дел во корист на потомците, како и за статусот на дадените подароци на лишениот потомок.

Во трудот освен Законот за наследувањето од 1996 година, вршиме истражување и на првиот републички Закон за наследување од 1973 година, како и на сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година. Освен ова секако не ја испуштаме од предвид и компаративната димензија. Така, во трудот се согледуваат во оваа смисла и компаративните решенија. За таа цел во оваа насока, ги согледуваме наследните права на Србија, Хрватска и Црна Гора.

## 2. Поимно определување на лишувањето од нужниот дел во корист на потомците

Со помош на лишувањето од нужниот дел во корист на потомците, се лишува нужниот наследник од неговиот нужен дел, давајќи му определена слобода на завештателот да определи наследници на неговата оставина според неговата волја, односно онака како што тој оставителот посакува.

Така, за таквото лишување се зборува како за граѓанско – правна санкција, со одреден казнен елемент, кон нужниот наследник којшто поради определени причини во законот се дозволува лишување на правото на нужен дел, во корист на неговите потомци. Оттука, се согледува и заштитниот карактер на така определеното лишување. Имено, заштитниот карактер се однесува на потомците на лишениот нужен наследник. Додека санкцијата го погодува нужниот наследник кој поради начинот на живот завештателот се одлучил да го лиши таквиот наследник од правото на нужен дел, а со цел да се заштитат определените лица со законот. Така доаѓа до израз и социјално – превентивната функција на лишувањето. Имено, поради начинот на живот на нужниот

наследник, оставителот се одлучува да го лиши тој нужен наследник, така што го губи правото на нужен дел, а со цел да се заштитат неговите деца и други законски определени лица. Дали ќе определи лишување или не зависи од волјата на завештателот, односно оставителот. Станува збор за диспозитивен акт на самиот завештател. Тука е најпрвин пресудна субјективната оценка на завештателот. Доколку завештателот се одлучи да го лиши нужниот наследник од неговото право на нужен дел, тогаш завештателот мора тоа да го направи согласно законските услови и формата која законот ја пропишува. Исклучиво само потомок со право на нужен дел, може да биде лишен од тоа негово право, додека лишувањето е во корист на законски определени лица. Лишувањето е полноважно ако во моментот на отворање на наследството, лишениот наследник има малолетно дете или малолетен внук од порано умрено дете, или има полнолетно дете или полнолетен внук од порано умрено дете кои се неспособни за стопанисување. Така, во Законот за наследувањето од 1996 година во член 49, став 1 се пропишува, дека: „Ако потомокот кој има право на нужен дел е презадолен или е растурач, завештателот може да го лиши во целост или делумно од неговиот нужен дел во корист на неговите потомци“, додека во наредниот став 2 се пропишува дека: „Ова лишување останува полноважно само ако во моментот на отворањето на наследството лишениот има малолетно дете или малолетен внук од порано умрено дете, или има полнолетно дете или полнолетен внук од порано умреното дете кои се неспособни за стопанисување“. Идентични одредби содржеше поранешниот републички Закон за наследувањето од 1973 година (чл.48), додека во оваа смисла беа и решенијата присутни во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година (чл. 50).

Од компаративен аспект, во српскиот Закон за наследување од 1995 година во член 64 став 1 е пропишано дека „Ако потомокот кој има право на нужен дел е презадолен или е растурач, завештателот може целосно или делумно да го лиши од нужниот дел во корист на потомците на лишениот“, додека во наредниот став 2 е пропишано дека: „Лишувањето мора да биде направено во облик потребен за тестирање“. Потоа, во наредниот член 65 став 1 од српскиот Закон за наследување е пропишано дека: „Лишувањето е полноважно само ако во моментот на смртта на оставителот лишениот има малолетно дете или малолетен внук од порано умрено дете“. Но, исто така овој Закон регулира дека истото важи и кога лишениот има полнолетно дете или полнолетен внук од порано умрено дете, кои се неспособни за стопанисување (чл. 65, ст. 2). Во Хрватска, согласно хрватскиот Закон за наследување од 2003 година во член 88, став 1 е предвидено дека: „Ако потомокот кој има право на нужен дел е презадолен или растурач, завештателот може во тестаментот на изречит начин да го лиши во целина или делумно од неговиот нужен дел во корист на неговите потомци“, додека во наредниот став 2 е пропишано дека: „Ова лишување

останува полноважно само ако во моментот на отворање на наследството лишениот има малолетно дете или малолетен внук од порано умрено дете, или има полнолетно дете или полнолетен внук од порано умрено дете кои се неспособни за стопанисување и немаат нужни средства за живот“. Понатаму Законот регулира дека: „Лишениот наследник го наследува оставителот во делот кој не е опфатен со лишувањето (чл. 88, ст. 3), додека: „Лишениот наследник го наследува оставителот и кога претпоставките за лишување повеќе не постојат во моментот на смртта на оставителот“ (чл. 88, ст. 4). Кога станува збор за Законот за наследување на Црна Гора од 2008 година, во член 47, став 1 се пропишува дека: „Ако потомокот кој има право на нужен дел е презадолен или е растурач, завештателот може во тестаментот да го лиши во целина или делумно од неговиот нужен дел во корист на неговите потомци“, додека во наредниот став 2 од погоре именуваниот член се регулира дека: „Ова лишување останува полноважно само ако во моментот на отворање на наследството лишениот има малолетни потомци или полнолетни потомци кои се неспособни за стопанисување и немаат нужни средства за живот“.

Во нашето наследно право, како што погоре наведовме само потомок кој има право на нужен дел може да биде лишен од тоа негово право. Законот не укажува дека станува збор само за првостепените потомци. Такво ограничување во законот не постои. Потребно е да се работи за потомок кој има право на нужен дел. Така завештателот не може да го лиши својот предок. Имено, освен првостепените потомци тука се опфатени и нивните потомци кога имаат право на нужен дел. Така се опфатени и потомците на неговите деца кога го имаат тоа право на нужен дел. Кога се работи за лишување на потомокот, кој има право на нужен дел, опфатени се како брачните така и вонбрачните деца, бидејќи законот во врска со тоа не прави разлика. Секако со оглед на јачината на дејството, само потомокот достоин и способен за наследување може да биде лишен. Така овие установи се со појакое дејство од лишувањето од правото на нужен дел.

### **3. Причини за лишување**

Причините за лишување како што може да се види од претходно наведеното се таксативно и законски определени. Оттука доколку постојат причините кај еден или кај повеќе потомци, оставителот може да направи лишување, односно да ги лиши од нужниот дел. Така, завештателот може да го лиши од нужен дел потомокот кој е нужен наследник доколку е презадолен или е растурач. Ваквите квалификации презадоленост или растурач, како причини за лишување од нужниот дел во корист на потомците, се предвидени како во Законот за наследувањето од 1996 година, така и уште во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година и првиот републички македонски Закон за наследувањето од 1973 година. Овие причини се предвидени и во новите

наследно – правни законодавства на Србија, Хрватска и Црна Гора. Причините за лишување од нужниот дел во корист на потомците не се кумулативно поставени. Потребно е барем со една од тие причини да биде оквалификуван потомокот. Така во теоријата стои дека: „Состојбата на презадолженост или растурач не се кумулативно поставени, туку алтернативно, што значи, доволно е постоењето само на едната, да би лишувањето произвело правно дејство“. Дали потомокот е презадолжен или е растурач, најпрвин оценува завештателот. Како диспозитивен акт на самиот завештател, оценката за постоењето на причината за лишување, ја дава завештателот кога го составува самиот тестамент. Оттука и субјективизмот и релативното дејство при лишувањето на потомокот од нужниот дел во корист на потомците. Така дали едно лице ќе биде лишено од нужниот дел во корист на потомците на завештателот, зависи како од сфаќањето на самиот завештател, од неговиот начин на живот, неговото однесување, така и од сфаќањето присутно на територијата каде завештателот живеел, така и од сфаќањето во средината каде живее лишениот потомок. Секако во случај на спор, судот мора да води сметка за таквите наводи.

Под презадолженост, по правило, се подразбира таква состојба кај лицето кога помеѓу активата и пасивата постои несразмерност и тоа трајна во корист на пасивата. Така во теоријата стои дека, „под презадолженост во литературата и во практиката честопати се подразбира постоењето на долгови чија висина во поголема мера го надминува постојниот имот на едно лице...“. Исто така во науката се забележува дека: „Има мислења да пасивата треба да ја премине активата најмалку за 1/4 ...“. Секако дека треба да се работи за трајна состојба, ваквиот факт да допрел до оставителот така што со овој институт се изрекува граѓанска казна на лишениот потомок. Оваа причина за лишување, треба да му е позната на завештателот кога го составува тестаментот, но исто така, потребно е да постои во моментот на смртта на оставителот.

Како растурач се оквалификува она лице кога приходите што ги прима тоа лице, се помали од расходите. Тоа лице постапува така што имотот што го има тоа лице трајно и неповратно го намалува, заслужувајќи ја етикетата растурач. Така тоа лице го намалува својот имот, нерационално, го троши на коцкање, раскошен живот, купува луксузни предмети, тоа лице живее живот кој не е во согласност со неговата материјална, односно имотна состојба, не се грижи за своето семејство и сл., но и кога го пропушта прибавувањето на средства неопходни за живот. Таквата состојба на лицето, треба да му е позната на завештателот кога го прави тестаментот, така што тоа е и повод за лишувањето, но мора да постои и за време на смртта на оставителот.

#### **4. Обем на лишувањето**

Лишувањето од нужниот дел може да биде целосно или делумно. Тоа јасно произлегува од член 49, став 1, каде меѓу другото стои дека: „... завештателот

може да го лиши во целост или делумно од неговиот нужен дел во корист на неговите потомци.“ Во оваа насока беа и решенијата пропишани во Законот за наследувањето од 1973 година, како и во сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година. Дека лишувањето може да биде во целост или делумно предвидуваат и новите наследно – правни законодавства на Србија, Хрватска и Црна Гора.

Дали во еден конкретен случај ќе стане збор за целосно или за делумно лишување зависи од волјата на самиот завештател. Завештателот, имајќи ги предвид сите околности во конкретниот случај, имајќи го предвид својот начин на размислување ќе определи дали лишувањето од нужниот дел ќе биде во целина или делумно.

Доколку лишувањето е во целост, лишениот потомок не може да добие ништо од оставината. Бидејќи тој нема право на нужен дел неговиот дел ќе им припадне на неговите потомци кои завештателот ги определил и кои ги исполнуваат условите. Меѓутоа се поставува прашањето што со подароците што завештателот му ги дал на лишениот потомок за време на неговиот живот? Одговорот е дека лишениот потомок, таквите подароци ги задржува.

Доколку завештателот се одлучил делумно да го лиши потомокот од правото на нужниот дел во тој случај потомците кои ги исполнуваат условите ќе го наследат вишокот преку кој потомокот е лишен од сопствениот нужен дел. Сепак имено, потомците го добиваат она што завештателот им го оставил со тестамент.

Сепак, за да имаме полноважно лишување од правото на нужен дел, потребно е со тестамент да биде определено дека потомокот се лишува од нужниот дел. Од друга страна може завештателот да определи и како нужниот дел на лишениот потомок ќе се распредели на потомците кои ги исполнуваат условите, така што не мора сите потомци кои ги исполнуваат условите да го наследат делот од лишениот потомок.

### **Заклучок**

Само потомокот со право на нужен дел, може да биде лишен од нужниот дел поради определени законски дефинирани причини. Така, завештателот може да го лиши од нужен дел потомокот доколку е презадолжен или е растурач. Овие причини освен во нашето позитивно наследно право ги предвидуваа и Законот за наследувањето од 1973 година, како и сојузниот Закон за наследувањето од 1955 година. Овие причини се пропишани и во новите наследно – правни законодавства во Србија, Хрватска и Црна Гора.

Во нашето позитивно наследно право, доколку потомокот кој има право на нужен дел е презадолжен или е растурач, завештателот може да го лиши во целина или делумно од неговиот нужен дел во корист на неговите потомци. Лишувањето на некој начин има заштитен карактер спрема потомците, бидејќи

лишувањето се врши во корист на потомците. За ова лишување се говори како за граѓанско – правна санкција, со определен казнен елемент, кон нужниот наследник. Така, се согледува и заштитниот карактер на таквото лишување. Заштитниот карактер се однесува на потомците на лишениот потомок. Што се однесува до санкцијата него го погодува потомокот кој има право на нужен дел, кој поради начинот на живот оставителот се одлучил да го лиши таквиот наследник од правото на нужен дел, а со цел да се заштитат определените со закон лица. Овде доаѓа до израз и социјално превентивната функција.

Лишувањето сепак зависи од волјата на завештателот. Дали ќе го лиши или не нужниот наследник од неговиот нужен дел, зависи од волјата на завештателот, бидејќи се работи за диспозитивен акт на самиот завештател. Од волјата на завештателот зависи и дали ќе го лиши целосно или делумно од нужниот дел.

Што се однесува до подароците што завештателот му ги дал на лишениот потомок, уште додека бил жив завештателот, таквите подароци како што објаснивме во трудот ги задржува.

Лишувањето од правото на нужен дел претставува специфичен институт, кој на некој начин со него на завештателот му е дадена поголема слобода во однос на располагањето со својот имот.

Со оглед на изложеното во самиот труд сметам дека во целост ја постигнавме целта на трудот.

### **Користена литература**

1. Blagoević, B.T., Antić, O. B. (1986). *Nasledno pravo u Jugoslaviji*, XVII izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd: »Savremena administracija«, izdavačko, štamparsko-knjižarska radna organizacija.
2. Marković, S. (1981). *Nasledno pravo*. Beograd: Novinsko-izdavačka ustanova, Službeni list SFRJ, OOUR, »Knjige«.
3. Мицковиќ, Д., Ристов, А. (2016). *Наследно право*. Скопје: Стоби Трејд – Кочани.
4. Спиновиќ – Трпеновска, Љ. (2009). *Наследно право*. Скопје: 2ри Август.
5. Спиновиќ – Трпеновска, Љ., Мицковиќ, Д., Ристов, А. (2011). *Наследувањето во Европа*. Скопје: Културна установа Блесок.
6. Спиновиќ – Трпеновска, Љ., Мицковиќ, Д., Ристов, А. (2010). *Наследно право во Република Македонија*. Скопје: Културна установа Блесок.
7. Хаџи Василев – Вардарски, М. (1983). *Наследно право*. Скопје: Култура.
8. Чавдар, К. (1996). *Коментар на Законот за наследувањето со обрасци за практична примена*. Скопје: Агенција “Академик” – Скопје.
9. *Zbirka propisa, Priručnik Porodično – pravnih propisa – sa najnovijom važećom sudskom praksom Vrhovnog suda Jugoslavije I republičkih vrhovnih sudova*. (1969). Beograd: »Prosveta«.



10. Закон за наследувањето (Службен весник на Република Македонија бр. 47/96).
11. Закон за наследувањето (Службен весник на СРМ бр. 35/73 и 27/78).
12. Закон за наследувањето (Службен лист на ФНРЈ бр. 20/55, Службен лист на СФРЈ бр. 12/65 и 42/65 – пречистен текст).
13. Закон за наследување на Србија од 1995 година. [https://www.paragraf.rs/propisi\\_download/zakon\\_o\\_nasledjivanju.pdf](https://www.paragraf.rs/propisi_download/zakon_o_nasledjivanju.pdf).
14. Закон за наследување на Хрватска од 2003 година: <https://www.zakon.hr/z/87/Zakon-o-naslje%C4%91ivanju>.
15. Закон за наследување на Црна Гора од 2008 година. [https://sudovi.me/podaci/osul/informacije/info\\_doc/837.pdf](https://sudovi.me/podaci/osul/informacije/info_doc/837.pdf).

**THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND THE ACCESSION  
OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON  
HUMAN RIGHTS – PROCEDURE, NEGOTIATIONS AND  
RECENT DEVELOPMENT**

**Ivica Josifovikj**

Full professor Faculty of Law, University “GoceDelcev”-Shtip  
e-mail: [ivica.josifovik@ugd.edu.mk](mailto:ivica.josifovik@ugd.edu.mk)

**Igor Kambovski**

Full professor Faculty of Law, University “GoceDelcev”-Shtip  
e-mail: [igor.kambovski@ugd.edu.mk](mailto:igor.kambovski@ugd.edu.mk)

**Abstract**

The constitutional framework of the European Union (EU) today contains an impressive set of human rights provisions. The treaties declare that the Union is founded on respect for human rights, give a legally binding effect to the EU Charter of Fundamental Rights and authorize the EU's accession to the European Convention on Human Rights (ECHR). The Treaties require all Member States to accept these values and include a mechanism of sanctions for existing Member States that seriously and persistently violate such rights. Article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) contains the legal basis for a strong EU anti-discrimination regime, while the main basis for the EU human rights framework is Article 6 of the Treaty on European Union (TEU).

The purpose of this paper is to present the procedure for EU accession to the ECHR, as well as the latest changes in mutual negotiations. It is an accession that aims to accept the European Union and its institutions as contracting parties against which applications can be filed and proceedings initiated for possible human rights violations provided by the ECHR. The process is long overdue and takes a long time, but should eventually lead to the EU's eventual accession to the ECHR. The authors of this paper, in addition to explaining the accession procedure, also present their views and opinions regarding further negotiations between the two parties.

**Keywords:** Charter, EU, ECHR, Court of Justice, Strasbourg

## ПОВЕЛБАТА ЗА ОСНОВНИТЕ ПРАВА И ПРИСТАПУВАЊЕТО НА ЕВРОПСКАТА УНИЈА КОН КОНВЕНЦИЈАТА ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА – ПОСТАПКА, ПРЕГОВОРИ И НЕОДАМНЕСЕН РАЗВОЈ

**Ивица Јосифовиќ**

проф.д-р, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ -Штип

[ivica.josifovik@ugd.edu.mk](mailto:ivica.josifovik@ugd.edu.mk)

**Игор Камбовски**

проф.д-р, Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ -Штип

[igor.kambovski@ugd.edu.mk](mailto:igor.kambovski@ugd.edu.mk)

### **Апстракт**

Уставната рамка на Европската унија (ЕУ) денес содржи импресивна низа одредби за човекови права. Договорите декларираат дека Унијата е основана на почитување на човековите права, даваат правно-обврзувачки ефект на Повелбата на ЕУ за основните права и го овластуваат пристапувањето на ЕУ кон Европската конвенција за човекови права (ЕКЧП). Договорите бараат сите држави-членки да ги прифатат овие вредности и притоа е вклучен механизам на санкции за постоечките држави-членки кои сериозно и постојано ги повредуваат таквите права. Членот 19 од Договорот за функционирање на Европската унија (ДФЕУ) содржи правна основа за силен анти-дискриминачки режим на ЕУ, додека главна основа за рамката за човекови права во ЕУ е членот 6 од Договорот за Европската унија (ДЕУ).

Целта на овој труд е да се претстави постапка на пристапување на ЕУ кон ЕКЧП, како и последните измени во меѓусебните преговори. Се работи за пристапување кое има за цел да ја прифати Европската унија и нејзините институции како договорни страни против кои може да се поднесуваат апликации и да се покренуваат постапки за евентуални прекршувања на човековите права предвидени со ЕКЧП. Процесот е одамна започнат и трае долго, но на крајот треба да доведе до конечно пристапување на ЕУ кон ЕКЧП. Авторите во овој труд, освен што ја објаснуваат постапката на пристапување, ги изнесуваат и своите ставови и гледишта во поглед на натамошните преговори меѓу двете страни.

**Клучни зборови:** Повелба, ЕУ, ЕКЧП, Суд на правда, Стразбур

### **1. Повелба за основните права и Европската конвенција за човекови права**

Во 1999 година, Европскиот совет во Келн се согласи да воспостави Повелба за основни права. Повелбата, подготвена како Конвенција, формално е усвоена од страна на Европскиот совет во 2000 година, прогласена од ЕП, ЕК и Советот на Европскиот совет во Ница на 7 декември 2000 година како политичка декларација, без правно-обврзувачки карактер. Една од причините за оваа одлука може да се припише на фактот дека Повелбата содржела социјални и економски права веќе загарантирани со Европската социјална повелба.

Конечно, во 2009 година, Договорот од Лисабон и дава на Повелбата правно-обврзувачка сила. Тоа е потврдено со членот 6 од ДЕУ кој недвосмислено и дава на Повелбата ист правен статус како и Договорите. Договорот од Лисабон само упатува на Повелбата, без да го вклучи целиот текст во Договорот. Како и да е, ова не ја поткопува огромната релевантност на задолжителниот акт на ЕУ кој станува стандард за судско испитување на мерките на ЕУ и националните мерки за спроведување на Правото на ЕУ и релевантната помош при толкувањето на истите мерки. Договорот, исто така, во членот 6, став 2, утврди дека ЕУ треба да пристапи кон ЕКЧП и дека таквото пристапување нема да влијае на надлежностите на Унијата дефинирани во договорите.

Од влегувањето во сила на Договорот од Лисабон во 2009 година, значително се зголеми бројот на случаи во кои Судот на правдата на Европската унија (СПЕУ) ја споменува Повелбата во своите образложенија. Новиот правно-обврзувачки статус на Повелбата има големо влијание врз работата на СПЕУ. Така, правно-обврзувачката Повелба има моќ поодлучно да го насочува судскиот систем на ЕУ при одлучувањето за тврдењата за повреда на основните права или поопшто, во својата задача да обезбеди дека при толкувањето и примената на договорите на ЕУ се почитува правото.

Повелбата „позајми“ околу половина од своите права од ЕКЧП. Една од нејзините општи одредби, член 52, став 3, вели дека, до степенот на којшто правата од Повелбата се преземени од ЕКЧП, на нив треба да им се даде истото значење и содржина. Во членот 52, став 3 од Повелбата нема експлицитно упатување на судската пракса на Европскиот суд за човекови права (ЕСЧП), туку се споменува само ЕКЧП. Сепак, во случајот *J. McB. v L.E.*, СПЕУ држел дека онаму каде правата од Повелбата се исти со оние од ЕКЧП, треба да ја следи јасната и конзистентна судска пракса на ЕСЧП.<sup>1</sup> Така, самата Повелба воспоставува силна врска помеѓу сопствените основни права и ЕКЧП, што дава причина СПЕУ, при примената на Повелбата, да одржува контакт со ЕСЧП и неговата судска пракса. Тоа е предвидено и со Декларацијата за членот 6, став 2 од ДЕУ според која е потврдено постоењето на регуларни дијалози меѓу СПЕУ и ЕКЧП, кои ќе се зајакнат кога ЕУ ќе пристапи кон ЕКЧП. Затоа, членот 52, став 3 ја предвидува ЕКЧП како минимален стандард на човекови права во ЕУ и исто така наведува кон тоа ЕУ да биде индиректно обврзана со ЕКЧП, бидејќи секогаш мора да се следи при ограничување на основните права во ЕУ за да се обезбеди дека ЕУ го одржува истото ниво на заштита.

Сепак, кои права на ЕКЧП се во прашање? Формулацијата на Повелбата не е ниту идентична со онаа на ЕКЧП, ниту пак заштитените права се идентични. На пример, член 6 од Повелбата – право на слобода и сигурност – се изразува во една клаузула, додека во член 5 од ЕКЧП се изразува во пет клаузули. Доколку

<sup>1</sup> Judgment of the Court of 5 October 2010. *J. McB. v L. E.* Reference for a preliminary ruling: Supreme Court - Ireland. Case C-400/10 PPU. ECLI:EU:C:2010:582.

ЕУ треба да го подигне својот профил кон основните права на овој начин, клучно е прашањето како, ако воопшто, тоа би влијаело врз системот на Стразбур под ЕУ? Во овој контекст, вреди да се наведе дека легислативата на ЕУ, кога е можно, може да претставува предност за апликантите за човекови права во врска со постапките во Стразбур. За разлика од ЕКЧП, кога апликантот мора да ги исцрпи сите домашни лекови за да може да се сослуша во Стразбур, апликантите можат да добијат пресуда од ЕСЧП во постапка по претходно одлучување покрената од домашен суд. Домашните судови, исто така, имаат надлежност да издвојат национални мерки што се во спротивност со легислативата на ЕУ за човекови права, која предвидува многу побрз правен лек за разлика од ЕСЧП. Така, дури и оние држави-членки во кои статусот на претходните одлуки на ЕСЧП сè уште е нејасен, можат да бидат принудени да го применуваат, давајќи и на Конвенцијата дополнителна сила преку Правото на ЕУ. Затоа, правата на ЕКЧП и судската пракса на ЕСЧП би можеле да се зајакнат преку нивното спроведување како основни права на ЕУ во државите-членки на ЕУ. Понатаму, Судот во Стразбур, исто така, јасно ја призна растечката надлежност на ЕУ во областа на човековите права, повикувајќи сè на судската пракса на СПЕУ во своите пресуди.

Покрај тоа, како што се зголеми надлежноста на ЕУ, така се зголеми и нејзината надлежност за човекови права, со евентуално соодветно опаѓање на надлежноста на Стразбур, што е ограничено на домашното право на државите-членки. Повелбата содржи многу повеќе права отколку ЕКЧП. Понатаму, според член 52, став 3, Повелбата може да понуди поширока заштита од ЕКЧП, така што апликантите можеби преферираат да ги аргументираат своите права како права на ЕУ, а не права на ЕКЧП. Исто така, постои можност да се применат основните права како општи принципи на правото согласно член 6 од ДЕУ. Доколку надлежностите на ЕУ продолжат да растат, ЕКЧП би можела да биде привидно „излишна“ барем што се однесува до државите-членки на ЕУ. Во моментот Стразбур е преоптоварен и страда од голем заостаток на апликации, особено од поновите држави-членки, што може да биде уште една мотивација за преземање од страна на Судот во Луксембург. Затоа, сите видови на можни последици за двете институции следуваат од сега обврзувачката природа на Повелбата, воведена со Договорот од Лисабон.

## **2. Пристапување на Европската унија кон Европската конвенција за човекови права**

Системот на Стразбур, како збир на одредби што ја гарантираат заштитата на основните права, го постави ЕСЧП, кој има моќ да донесе пресуда по поднесена апликација, што произлегува од секое лице што е под јурисдикција на држава-членка, кое се жали дека се повредени неговите права од страна на држава-

потписничка на ЕКЧП. ЕКЧП и пресудата на ЕСЧП се правно-обврзувачки и секоја држава-членка има обврска да ги почитува пресудите. Успехот на системот на Стразбур не е фактот дека опфаќа широк спектар на права; туку успехот се потпира на фактот дека е создадена судска институција со моќни инструменти за надзор во споредба со другите регионални или меѓународни судови. Ова е точно, особено во врска со фактот дека им овозможува на поединците, кои не се државјани на една од договорните страни на Советот на Европа, но кои треба да бидат под јурисдикција на една од нив, да започнат постапка против држава, прибегнувајќи кон меѓународен и независен суд откако ќе бидат исцрпени домашните правни средства. ЕКЧП, потпишана од сите држави на Советот на Европа, содржи 14 основни права и слободи, на кои многу други се додадени преку ратификација на Протоколите.

Постојат многу перципирани предности при пристапувањето на ЕУ кон ЕКЧП. Официјалното поврзување на ЕУ и ЕКЧП може да се смета како нагласена загриженост на ЕУ за човековите права, а исто така да се елиминираат обвиненијата за двојни стандарди, засновано на критиката дека додека ЕУ бара сите свои држави-членки да бидат страни на ЕКЧП, а самата ЕУ не е страна кон Конвенцијата. Исто така, тоа би ја минимизирало опасноста од спротивставени пресуди кои произлегуваат од СПЕУ и ЕСЧП, со оглед дека тие сега би можеле да одлучуваат за практично идентични прашања. Пристапувањето во ЕУ кон ЕКЧП исто така би ја ублажило ситуацијата во која поединците може да се најдат кога се соочуваат со евентуални прекршувања на ЕКЧП од страна на институциите на ЕУ, со оглед на сегашната состојба во која не постои евентуална помошна акција во Стразбур, освен ако Правото на ЕУ не е имплементирано од некои дејствија на територијата на држава-членка. Пристапувањето, според тоа, би задоволило воочената потреба за надворешен судски надзор на институциите на ЕУ, особено со оглед на големиот раст на агенциите и надлежностите на ЕУ, на пример, во областа на кривичното право.

Пристапувањето на ЕУ кон ЕКЧП ќе претставува извонреден чекор кон повисоко ниво на заштита и унапредување на човековите права во ЕУ. Од основањето на ЕЕЗ, како што е наведено погоре, основните права се заштитени со јурисдикцијата на СПЕУ, но до усвојувањето на Повелбата во 2000 година, отсуството на целосен документ за човекови права во ЕУ се сметало за голем недостаток. Веќе кон крајот на 70-тите години, ЕК, поддржана од ЕП, предложи пристапување на ЕЗ кон ЕКЧП; сепак овој предлог остана недовршен. За време на речиси 30 години, односно од 1970 до 2000 година, постоела политичка волја да се изготви сеопфатен текст што може јасно да ги дефинира основните права во ЕЗ, но исходот бил редефиниран со политички необврзувачки препораки. И покрај тоа, во тие години ЕК претстави два проекти со цел да се овозможи пристапување на ЕУ во ЕКЧП.<sup>2</sup> Како резултат, сите држави-членки на ЕУ

<sup>2</sup> Di Federico, G. (2010). *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*. Netherlands: Springer, p. 18.

беа високи договорни страни на ЕКЧП, но не и самата ЕУ. Во 2009 година, со стапувањето во сила на Договорот од Лисабон, пристапувањето на ЕУ како единствен ентитет стана правна обврска. Всушност, во членот 6, став 2 од ДЕУ е утврдено дека ЕУ треба да пристапи кон ЕКЧП, односно „Унијата пристапува кон Европската конвенција за заштита на човековите права и основни слободи. Тоа пристапување нема да влијае на надлежностите на Унијата дефинирани во Договорите.

Првично дизајнирана да биде ратификувана исклучиво од држави-членки на Советот на Европа, преку усвојување на Протоколот 14, ЕКЧП ги смени своите одредби со цел да се овозможи пристапување на меѓународна организација. Всушност, правната основа за пристапување на ЕУ во ЕКЧП е предвидена со член 59 став 2 од ЕКЧП, во кој се вели дека ЕУ може да пристапи кон оваа Конвенција. Со пристапувањето, ЕУ ќе стане 48-членка на ЕКЧП и ќе биде претставена со свој судија во ЕСЧП кој ќе треба да ги почитува пресудите на овој суд.

Евентуалното пристапување на ЕУ кон ЕКЧП е регуларен дел од дебатата за интеграцијата на ЕУ уште од 70-тите години. Сепак, и покрај фактот дека ЕУ сега има своја Повелба за основните права која е делумно создадена според ЕКЧП, како и поради проширениот систем на човекови права на домашно ниво, постојано се поставува прашањето зошто пристапувањето сè уште се смета за потребно. За тоа постојат неколку можни одговори.

Прво, ЕУ продолжува да наидува на критика во однос на нејзината улога кон човековите права и на скептицизмот околу тоа дали нејзината посветеност кон промовирање на човековите права е вистинска. СПЕУ бил „обвинет“ дека го користи дискурсот за човековите права во обид да го прошири своето влијание врз Правото на ЕУ во области кои треба да останат примарна грижа на државите-членки и манипулирање со реторичката сила на јазикот на основните човекови права за промовирање на целите на интеграција или целите на внатрешниот пазар на ЕУ. Затоа, пристапувањето кон ЕКЧП може да помогне да се сигнализира кредибилитетот на ЕУ во однос на заложбите за човекови права.

Второ, за некои поврзана грижа е дека СПЕУ не треба да дејствува како паралелен Суд за човекови права, туку таа задача треба да ја остави на ЕСЧП, суд кој е посебно овластен од државите-членки на Советот на Европа со задача да го надгледува нивното усогласување со ЕКЧП. ЕСЧП не само што бил основан со јасна надлежност за човековите права, туку се стекнал и со експертиза и морална позиција што СПЕУ сè уште не ја споделува.

Трето, натамошна грижа е дека проширувањето на надлежноста на СПЕУ да ги испитува националните закони и нивната усогласеност со човековите права ја крева можноста од конфликт меѓу изрекувањата на двата европски суда по слични прашања. Додека некои сметаат дека не е можен конфликт на толкување меѓу двата суда, други сметаат дека постои јасен ризик.

Конечно, желбата да се биде способен да се оспорат актите на ЕУ директно пред ЕСЧП е можеби најсилниот аргумент за пристапувањето. Пристапувањето ќе значи дека СПЕУ нема да биде конечниот официјален арбитер за усогласеност на дејствијата на ЕУ со човековите права. Доколку пристапувањето се случи, ЕУ ќе има свој судија во ЕСЧП заедно со судиите на државите-членки на Советот на Европа. Според ЕК, пристапувањето ќе помогне во развивањето на заедничка култура на основните права во ЕУ; ќе го зајакне кредибилитетот на системот на човекови права во ЕУ и надворешната политика; ќе ја помести тежината на ЕУ зад системот на Стразбур; и ќе обезбеди развој на хармонизација на судската пракса на двата суда.

Во првото сериозно политичко движење во оваа насока, СПЕУ бил запрашан од Советот во 1994 година за своето Мислење 2/94 според членот 228, став 6 од Договорот од Мастрихт (сегашен член 218, став 11 од ДФЕУ), за тоа дали тогашната ЕЗ имала надлежност да пристапи кон ЕКЧП.<sup>3</sup> Судот одговори дека ЕУ има недостаток од надлежност според Договорите и дека е потребна нивна измена. Понатаму, Судот сметал дека, според Правото на ЕЗ, Заедницата нема надлежност да се приклучи кон ЕКЧП бидејќи нема соодветна правна основа во Договорот за пристапување, отфрлајќи го аргументот дека тогашниот член 308 од Договорот за ЕЗ може да послужи како основа. Затоа, пристапувањето може да се донесе само со амандмани на Договорот.

Подоцна, во Договорот од Лисабон е предвиден членот 6, став 2 од ДЕУ, кој ја отстранил оваа пречка, обезбедувајќи правна основа за пристапување во ЕУ и кој предвидува не само надлежност, туку и обврска за пристапување на ЕУ кон ЕКЧП. Сепак, иако условите од Мислењето 2/94 на Судот упатуваат дека Судот е загрижен околу основните институционални импликации и уставното значење на пристапувањето, не ја објасни природата на таквата загриженост. Оттука, може да се претпостави дека амандманот кон членот 6, став 2 од ДЕУ ги отстрани сите пречки за пристапување од страната на ЕУ.<sup>4</sup> Од страната на Советот на Европа, долгите одолговлекувања од страна на Русија беа конечно надминати со што се овозможи усвојување на Протоколот 14 кон ЕКЧП кој прави измена на Статутот на Советот на Европа за да овозможи пристапување на ЕУ.

## 2.1 Процедура

Затоа, членот 6, став 2 од ДЕУ сега предвидува обврска ЕУ да пристапи кон ЕКЧП. Сепак, тоа не значи дека пристапувањето е во секој случај едноставна работа. Со оглед на посебните карактеристики на ЕУ и нејзината посебна

---

<sup>3</sup> Opinion of the Court of 28 March 1996. Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Opinion 2/94. ECLI:EU:C:1996:140.

<sup>4</sup> Jacqué, J.P. (2011). *The Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*. Netherlands: Common Market Law Review, p. 995.



природа како *sui generis*, пристапувањето ќе биде предизвик. Советот на Европа и неговите институции не се дизајнирани со супранационални ентитети. Прашања како што е следново веќе беа проследени во текот на претходните обиди да се поттикне пристапување кон ЕУ – на пример, кој би ја претставувал ЕУ во судот во Стразбур, и дали државите кои не се членки на ЕУ ќе имаат право да водат постапка против ЕУ пред ЕСЧП? Барањето за исцрпување на домашни правни лекови согласно Конвенцијата, исто така, може да доведе до крајно долг судски спор доколку се работи за легислатива на ЕУ, а претходно се донесени одлуки во постапка по претходно одлучување пред СПЕУ. Процесот на пристапување мора да ги земе предвид овие предизвици, како и комплицираните процедури за пристапување, предвидени со Правото на ЕУ.

Пристапувањето мора да ја следи долгата и сложена задолжителна постапка што ги регулира сите договори на ЕУ со трети држави и меѓународни организации, утврдени во член 218 од ДФЕУ. За да се склучи ваков договор, членот 218 предвидува услов за едногласност во Советот на Европа, одобрување на Европскиот парламент со дво-третинско мнозинство од и негово ратификување во сите држави-членки на ЕУ и Советот на Европа. Понатаму, веројатно е дека една или повеќе држави-членки ќе побараат од СПЕУ мислење согласно член 218, став 11 од ДФЕУ за тоа дали договорот за пристапување е компатибилен со Правото на ЕУ. Исто така, може да има загриженост или приговори од некои држави-членки на Советот на Европа кои не се членки на ЕУ. Затоа, процесот на пристапување најверојатно ќе трае неколку години. Комитетот на министри на Советот на Европа во мај 2010 година усвои *ad hoc* услови за изработка, во соработка со ЕУ, на правен инструмент за пристапување на ЕУ во ЕКЧП. За самата ЕУ, Советот на ЕУ донесе одлука во јуни 2010 година со која се овластува ЕК да преговара за договорот за пристапување на ЕУ кон ЕКЧП, на основ на член 6, став 2 од ДФЕУ, член 218, став 8 од ДФЕУ, Протокол 8 и Декларација 2 од Договорот од Лисабон. Официјалните преговори започнаа на почетокот на јули 2010 година. Работната група формирана од „комитет на експерти“ од државите-членки била назначена за изготвување нацрт-документ за пристапување. Една година подоцна, во јули 2011 година, е донесена конечната верзија на нацрт-спогодбата за пристапување на ЕУ кон ЕКЧП.

## 2.2 Проблеми

Постојат два проблематични аспекти истакнати од Советот во февруари 2010 година, а кои се однесуваат на зачувување на автономијата на правниот поредок на ЕУ и воведување на механизам на заеднички одговор.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Tobias Lock, T. (2010). *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights: Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights*. Oxford: Human Rights Law Review, p. 35.

Автономијата на правото на ЕУ и нејзината специфична *sui generis* природа била главна тема во текот на нејзината правна историја. Пристапувањето во ЕУ кон ЕКЧП не мора да ги нарушува надлежностите на ЕУ, ниту монополот за толкување на СПЕУ во толкувањето на Правото на ЕУ.

Во Мислењето 1/91 и Мислењето 1/00, СПЕУ сметал дека ЕУ нема надлежност да склучува меѓународни договори што ќе му дозволат на друг суд, освен судот на Луксембург, да донесе обврзувачки решенија за содржината или валидноста на Правото на ЕУ.<sup>6</sup> Токму СПЕУ во случајот *Kadi* силно ја истакна автономната природа на правото на ЕУ, особено во однос на основните права.<sup>7</sup> Самиот Договор од Лисабон вовеле дополнителни одредби кои експлицитно бараат договорот за пристапување да се подготви на начин што автономноста на Правото на ЕУ нема да биде поткопана, имено:

- Член 6, став 2 ДЕУ предвидува дека пристапувањето „нема да влијае на надлежностите на Унијата, како што е дефинирано во Договорите“.
- Членот 1 од Протоколот 8 предвидува дека договорот за пристапување мора да „обезбеди одредба за зачувување на специфичните карактеристики на Унијата и на Правото на Унијата“.
- Член 2 од Протоколот 8 предвидува дека пристапувањето „не влијае врз надлежностите на Унијата или на овластувањата на нејзините институции“.
- Членот 3 од Протоколот 8 предвидува дека спогодбата за пристапување не смее да влијае на член 344 од ДФЕУ, кој предвидува дека споровите во врска со толкувањето или примената на договорите на ЕУ мора да бидат решени само во согласност со одредбите на Договорите.

За жал, овој Протокол не успева да образложи кои се „специфичните карактеристики на Унијата и на Правото на Унијата“. Затоа неговиот обем е нејасен. Како и да е, се чини јасно дека, ако ЕСЧП треба сам да утврди прашања од Правото на ЕУ, тогаш ова ќе ги наруши тврдењата на Мислењата 1/91 и 1/00 и ќе ја загрози автономноста на правниот поредок на ЕУ. Спогодбата за пристапување, исто така, ќе мора да обезбеди дека државите-членки на ЕУ ќе продолжат да бидат обврзани со член 344 од ДФЕУ.

Сепак, според ЕКЧП и судската пракса на ЕСЧП, утврдено е дека пред сè националните судови треба да ги толкуваат и применуваат актите од домашното право. Домашните лекови мора да бидат исцрпени според член 34 од ЕКЧП за да се обезбеди националните судови имале шанса темелно да го разгледаат прашањето. Откако апликацијата ќе пристигне во Стразбур, ЕСЧП не пресудува

<sup>6</sup> Opinion of the Court of 14 December 1991. Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228 (1) of the Treaty - Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area. Opinion 1/91. ECLI:EU:C:1991:490; Opinion of the Court of 18 April 2002. Opinion pursuant to Article 300(6) EC - Proposed agreement between the European Community and non-Member States on the establishment of a European Common Aviation Area. Opinion 1/00. ECLI:EU:C:2002:231

<sup>7</sup> Judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005. *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*. Case T-315/01. ECLI:EU:T:2005:332.

за валидноста на националното законодавство, туку за неговата компатибилност со ЕКЧП во конкретен случај. Истите постапки би биле применливи доколку ЕУ стане членка и затоа, теоретски, толкувачката автономија на СПЕУ за правото на ЕУ не треба да биде под закана.

И покрај тоа, голема загриженост во текот на преговорите за нацрт-спогодбата за пристапување е дали, во моментот кога се оспорува дејствување на ЕУ пред ЕСЧП, СПЕУ всушност би имал шанса да одлучува по сите прашања на валидноста на правото на ЕУ кои би можеле да доведат до повреда на ЕКЧП. Доколку не, тогаш и членот 19, став 1 од ДЕУ би бил во опасност. Проблемот произлегува од фактот дека повеќето спорови во ЕУ се покренати од националните судови во постапка која била покрената пред нив, а не преку директни тужби пред судовите на ЕУ (делумно заради прилично рестриктивните правила според член 263 од ДФЕУ), со што се создава опасност дека таквото дејствување може да биде утврдено и финализирано пред националните судови без СПЕУ да има шанса да се произнесе по прашањето. Одлуката дали да се покрене постапка по претходно одлучување до СПЕУ лежи во рацете на националните судови според член 267 од ДФЕУ. Затоа постои опасност пристапувањето кон ЕКЧП да ја поткопа автономијата на Правото на ЕУ. Судиите на СПЕУ изразија особена загриженост во врска со ова прашање. Значи, се сметало дека е неопходно да се донесе одредена постапка, за да се осигури дека СПЕУ може да изврши внатрешен преглед пред ЕСЧП да изврши надворешен преглед, иако сè уште не е јасно каква форма ќе преземе оваа постапка.

Друга компликација е прашањето кој треба да биде одговорен пред ЕСЧП за кршење на човековите права во контекст на Правото на ЕУ и дали има потреба да се воведат механизам за „заеднички одговор“, што ќе овозможи заедничко учество на ЕУ и засегнатите држави-членки на ЕУ.

Голям дел од правото на ЕУ го спроведуваат нејзините држави-членки и, според тоа, ќе изгледа логично апликантот да се спротивстави на државата. Сепак, државите-членки понекогаш нема да имаат избор или дискреција во однос на тоа дали или како се спроведува акција што произлегува од ЕУ. Во вакви случаи, коренот на проблемот лежи во мерката на ЕУ, а не во државата-членка. Од друга страна, понатаму и посебен предизвик е тој на примарното право на ЕУ, нормално на договорите, што не е можно самите институции на ЕУ да ги изменат. Доколку се утврди дека примарното право ги крши човековите права, тогаш државите-членки треба да бидат заедно страни, бидејќи тие на крајот треба да ги изменат договорите за да ја поправат состојбата. Затоа, пристапувањето на ЕУ предизвикува незгодни прашања за тоа како треба да се подели одговорноста помеѓу државите-членки и ЕУ.

Ова прашање било покренато во член 1, под б од Протоколот од Договорот од Лисабон, со кој се бара со спогодбата за пристапување да се обезбедат одредби „особено во однос врска на: „... механизми за обезбедување дека

постапките што ги поведуваат државите што не се членки на Унијата и индивидуалните поднесоци се правилно упатени до државите-членки и/или до Унијата, соодветно“.

Затоа, клучно прашање е кој ќе биде „соодветниот адресар“. Во преговорите за нацрт-спогодбата за пристапување, ова прашање се покажа како контроверзно, особено дека усвојувањето на механизам за заеднички одговор може да работи против индивидуалните апликанти, со тоа што е премногу сложено во однос на правото, или прејудиирајќи ги нивните шанси за успех ако не успеат да се спротивстават на правилната страна, што сигурно би предизвикало и одредено одложување.

Во членот 3 од нацрт-спогодбата за пристапување се утврдени одредби за справување со ова прашање. Членот 3, став 4 од нацрт-спогодбата баравметнување на нов став на крајот на член 36 од ЕКЧП, во кој се вели: Европската унија или држава-членка на Европската унија може да стане соговорник на постапките со одлука на Судот во околностите утврдени во Договорот за пристапување на Европската унија кон Конвенцијата за заштита на човековите права и основните слободи. Соговорникот е странка во случајот. Прифатливоста на апликацијата се оценува без оглед на учеството на соговорникот во постапката.

Во членот 3, став 5 од нацрт-спогодбата за пристапување се вели дека „Високата договорна страна ќе стане соговорник само по свое барање и со одлука на Судот“. Член 3, став 2 го покрива видот на случајот во кој една држава може само да го избегне кршењето на ЕКЧП со кршење на Правото на ЕУ и наведува: „Кога апликацијата е насочена против една или повеќе држави-членки на Европската унија, Европската унија може да стане соговорник во постапките во врска со наводната повреда што е известена од Судот, доколку се чини дека таквото тврдење ја доведува во прашање компатибилноста со правата на Конвенцијата во однос на одредбата на Правото на Европската унија, особено кога таа повреда може да се избегне само со непочитување на обврската според Правото на Европската унија“.

Примарното право на ЕУ е опфатено со член 3, став 3 од Нацрт-спогодбата, кој предвидува: „Кога апликацијата е насочена против Европската унија, државите-членки на Европската унија можат да станат соговорници на постапките во врска со наводна повреда што е известно од Судот доколку се чини дека таквото тврдење ја доведува во прашање компатибилноста со правата на Конвенцијата во однос на одредбата на Договорот за Европската унија, Договорот за функционирање на Европската унија или која било друга одредба со иста правна вредност согласно тие инструменти, особено кога таа повреда може да се избегне само со непочитување на обврската според тие инструменти.“ Примарното право на ЕУ може да се измени само преку измена на Договорот по постапката утврдена во член 48 од ДЕУ, која обично бара согласност и ратификација од сите држави-членки на ЕУ, така што не може

да се поправи од институциите на ЕУ кои дејствуваат сами, со што би било неопходно да се приклучат на државите-членки како соговорници.

### **2.3 Мислење 2/13 на Судот на правдата**

Се чини дека се е поставено на место за пристапување на ЕУ, доколку политичките преговори на текстот на договорот за пристапување продолжат непречено. За изготвување на нацрт-спогодбата за пристапување биле потребни три години, со двоумења од Велика Британија и Франција, но кон средината на 2013 година повеќето од спорните точки биле надминати. За да се случи пристапувањето, нацрт-спогодбата треба да биде склучена од Комитетот на министри на Советот на Европа и едногласност од Советот на министри на ЕУ, како и согласност од ЕП и ратификација во сите 47 држави-членки на Советот на Европа. Клучни одредби на нацрт-спогодбата кои се подготвени да се соочат со грижите околу специфичноста на Правото на ЕУ, што било изразено од страна на СПЕУ за време на процесот на преговарање, вклучуваат:

- Механизам за првенствено вклучување на СПЕУ со цел да обезбеди дека ЕСЧП нема да одлучува за усогласеноста на актот на ЕУ со ЕКЧП сè до моментот додека СПЕУ прв не одлучи по прашањето;
- Механизам на заеднички одговор за да се овозможи ЕУ да стане членка на постапките на ЕКЧП против држава-членка, каде што може да се става во прашање усогласеноста на правото на ЕУ со ЕКЧП; и
- Одредба за да се спречи членот 55 од ЕКЧП, кој забранува држава-членка на ЕКЧП да изнесува спорови кои произлегуваат од толкувањето на Конвенцијата пред други институции за решавање на спорови, да се толкува во насока да се однесува на постапки пред СПЕУ или на друг начин да доведе до повреда на член 344 од ДФЕУ.

Сепак, овие одредби се покажаа недоволни за соочување со грижите на СПЕУ и во своето Мислење 2/13 во врска со нацрт-спогодбата во декември 2014 година, Судот изјави дека нацрт-спогодбата не е во согласност со членот 6, став 2 од ДЕУ.<sup>8</sup> Судот не се задоволи со механизмот предвиден во нацрт-спогодбата во однос на погоре наведените три точки, како и со опсегот на други карактеристики од спогодбата, вклучително и неуспехот правилно да се појасни врската меѓу членот 53 од Повелбата и членот 53 од ЕКЧП; ризикот од поткопување на принципот на заемна доверба меѓу државите-членки во рамки на областа на ПВР; фактот дека ЕСЧП ќе добие надлежност да ги испитува мерките на ЕУ во областа на ЗНБП додека СПЕУ е исклучен од такво нешто според Договорот за ЕУ; и ризикот дека Протоколот 16 од ЕКЧП ќе им овозможи

---

<sup>8</sup> Opinion of the Court (Full Court) of 18 December 2014. Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU. Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU — Draft international agreement — Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms — Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties. Case Opinion 2/13. ECLI:EU:C:2014:2454

на судовите на државите-членки да побараат толкувачка одлука од ЕСЧП по прашања поврзани со Правото на ЕУ пред СПЕУ да има шанса да ги разгледа. Главната тема во противењето на Судот околу различните проблематични одредби од нацрт-спогодбата е потребата од зачувување на специфичностите и автономија на правниот поредок на ЕУ, како и ексклузивитетот на сопствената надлежност.

Мислењето 2/13 е долго и комплексно и има потреба од внимателно читање. Реакциите беа претерано критички, иако постојат и оние кои го бранат мислењето и самата нацрт-спогодба. Сепак, СПЕУ одлучи дека спогодбата не е во согласност со Договорите, ставајќи сомнеж врз спогодбата и претставувајќи го идното пристапување на ЕУ кон ЕКЧП како тешка политичка задача. Иако изгледа неверојатно, со оглед на задолжителната природа на членот 6, став 2 од ДЕУ, дека плановите за пристапување ќе бидат поставени, тешко е да се предвиди која ќе биде патеката во овој поглед.

Главниот сооднос што е во основата на волјата за пристапување кон ЕКЧП од страна на ЕУ е фактот дека со тоа би се избегнало удвојување на европските стандарди за човекови права со што се овозможува воспоставување на единствен институционален механизам за контрола на стандардите што ги практикува ЕСЧП. Во овој поглед, и од нивното основање, Стразбур и Брисел развија одвоен правен поредок, каде ЕСЧП и СПЕУ се највисоки судови. Како што е наведено погоре, со оглед на тоа што сите држави-членки на ЕУ се, исто така, договорни страни на ЕКЧП, самата ЕУ во моментот не е договорна страна. Иако ЕУ е основана на почитување на основните права, ЕКЧП и нејзиниот судски механизам не се применуваат за актите на ЕУ. Затоа, сите држави-членки на ЕУ, како договорни страни на ЕКЧП, имаат обврска да ја почитуваат ЕКЧП, исто така, и при примената или имплементацијата на Правото на ЕУ. Оваа ситуација може да најде законско решение со пристапувањето на ЕУ кон ЕКЧП. Пристапувањето на ЕУ ќе ја зајакне заштитата на човековите права во Европа, со поднесување на правниот систем на ЕУ на независна надворешна контрола.

## **Заклучок**

Кон крајот на 2019 година, ЕУ и Советот на Европа објавија подготвеност да продолжат со преговорите за пристапување кон ЕУ. Преговорите се одвиваат во *ad hoc* група составена од претставници на 47 членки на Советот на Европа и еден претставник на ЕУ. Од јануари 2020 година, страните формално продолжија со преговорите за пристапување на ЕУ кон ЕКЧП. На неколку состаноци досега одржани, потврдена е намерата за реализација на пристапувањето на ЕУ кон ЕКЧП. Притоа, ЕК разработи четири главни области кои се камен на сопнување за претстојните преговори: специфичните механизми на ЕУ за постапката пред ЕСЧП; апликации меѓу страните според член 33 од ЕКЧП и препораки

за советодавно мислење од националните судови до ЕКЧП според Протокол 16; принципот на взаемна доверба; и Заедничката надворешна и безбедносна политика на ЕУ.

Според член 218, став 6 од ДФЕУ, потребна е согласност од ЕП за Договорот за пристапување. Само тогаш Советот, преку едногласно одлучување, може да донесе одлука за склучување на договорот. Договорот за пристапување треба да се склучи откако државите-членки на ЕУ ќе го одобрат во согласност со нивните уставни барања.

Мислењето 2/13 е доставено по барање на ЕК според постапката предвидена во член 218, став 11 од ДФЕУ во поглед на компатибилноста на договорот за пристапување со Договорот за ЕУ. Оттука, може да се постави прашањето дали ревидираниот Договор за пристапување ќе биде предмет на мислење од страна на СПЕУ. Во своето барање, Комисијата го истакнува она што СПЕУ често го потенцирал во своите мислења. Целта на ваквите мислења е „спречување на компликации што би произлегле од правни спорови во врска со компатибилноста со Договорите за ЕУ за склучени меѓународни договори кои се обврзувачки за Унијата“. Друг аргумент во прилог на мислење е дека имплементацијата на внатрешните правила треба да биде поткрепено со сигурност дека основата на овие правила е компатибилна со примарното право на ЕУ.

Според тоа, на СПЕУ може да му се даде шанса да донесе одлука за ревидираниот Договор за пристапување. Но, според член 47 од ЕКЧП, и од ЕСЧП може да се побара да даде свое мислење за договорот, кој треба да биде доставен за усвојување до Советот на министри. По одобрување на СПЕУ, Советот на министри мора да ја донесе ревидираната Спогодба за пристапување и потоа да ја отвори за потписи. Сите договорни страни на ЕКЧП ќе треба да го ратификуваат ревидираниот договор според член 59 од ЕКЧП.

Додека преговорите продолжија, јасно е дека ќе биде потребно време. Приговорите на СПЕУ во Мислењето 2/13 се однесуваат на прашања кои се крајно специфични во преговорите за пристапување од 2013 година. Од перспектива на државите-членки на СЕ, кои не се членки на ЕУ, преговорите сега во суштина се повторно отворени за да се справат претежно со внатрешните работи меѓу ЕУ и нејзините држави-членки. Преговорите ќе продолжат да бидат тешки, но постојат можности пречките можат да се надминат без поткопување на системот на ЕКЧП. Во спротивно, ќе треба да се пристапи кон измена и дополнување на примарното право на ЕУ со цел да се неутрализираат ефектите од Мислењето 2/13, а тоа предвидува измена и дополнување на Договорите.

### **Библиографија**

1. Di Federico, G. (2010). *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*. Netherlands: Springer;
2. Jacquè, J.P. (2011). *The Accession by the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*. Netherlands: Common Market Law Review;
3. Judgment of the Court of 5 October 2010. *J. McB. v L. E.* Reference for a preliminary ruling: Supreme Court - Ireland. Case C-400/10 PPU. ECLI:EU:C:2010:582;
4. Judgment of the Court of First Instance of 21 September 2005. *Yassin Abdullah Kadi v Council of the European Union and Commission of the European Communities*. Case T-315/01. ECLI:EU:T:2005:332;
5. Opinion of the Court (Full Court) of 18 December 2014. Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU. Opinion pursuant to Article 218(11) TFEU — Draft international agreement — Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms — Compatibility of the draft agreement with the EU and FEU Treaties. Case Opinion 2/13. ECLI:EU:C:2014:2454.
6. Opinion of the Court of 14 December 1991. Opinion delivered pursuant to the second subparagraph of Article 228 (1) of the Treaty - Draft agreement between the Community, on the one hand, and the countries of the European Free Trade Association, on the other, relating to the creation of the European Economic Area. Opinion 1/91. ECLI:EU:C:1991:490;
7. Opinion of the Court of 18 April 2002. Opinion pursuant to Article 300(6) EC - Proposed agreement between the European Community and non-Member States on the establishment of a European Common Aviation Area. Opinion 1/00. ECLI:EU:C:2002:231;
8. Opinion of the Court of 28 March 1996. Accession by the Community to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Opinion 2/94. ECLI:EU:C:1996:140;
9. Tobias Lock, T. (2010). *Beyond Bosphorus: The European Court of Human Rights: Case Law on the Responsibility of Member States of International Organisations under the European Convention on Human Rights*. Oxford: Human Rights Law Review;





## CRIMINAL LAW PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

**Miro Katić, Ph.D**

Faculty of Law, University PIM Banja Luka,  
Despota Stefana Lazarevica bb, 78 000 Banja Luka,  
Bosnia and Herzegovina, Republic of Srpska  
e-mail: [mirokatic.rs@gmail.com](mailto:mirokatic.rs@gmail.com)

**Jovan Miljković**

Ministry of Internal Affairs of Republic of Srpska, Banja Luka,  
Police administration Prijedor, High-tech crime inspector  
e-mail: [jomiljkovic@gmail.com](mailto:jomiljkovic@gmail.com)

### **Abstract**

Among the key obligations that must be fulfilled by the world states that aspire to become members of the World Trade Organization is to provide the holders of subjective intellectual property rights with an adequate form of judicial protection. With criminal offenses in the field of protection of intellectual property rights, criminal law protects both moral and property rights of authors and performers, rights of producers of sound recordings and rights related to radio broadcasts, ie rights of authorized distributors of encrypted satellite signals. The incriminations are also in line with the provisions of domestic law, primarily with the law on copyright and related rights in Bosnia and Herzegovina. The object of protection in these criminal offenses are copyright and other related rights from the power of intellectual property. The aim of the paper is to consider the incriminations in the positive legal regulations in Bosnia and Herzegovina that protect these rights.

**Keywords:** law, judicial protection, intellectual property, legislation, criminal offense

### **Introduction**

Intellectual property law as a special branch of law was formed in the middle of the 19th century, with the adoption of the first regulations in the field of industrial property and copyright. One of the basic characteristics of intellectual property rights is accelerated development. This feature of intellectual property rights is accompanied by the possibility of great abuse, and therefore it must be provided with an appropriate degree of legal protection (Simić, 2015). Among the key obligations, countries that aspire to become members of the World Trade Organization<sup>1</sup> must

<sup>1</sup> World Trade Organisation (WTO) was founded in 1994, with headquarters in Geneva. It inherited The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) which was signed in 1947. Today, WTO numbers 150 members.

provide holders of subjective intellectual property rights with an adequate form of judicial protection. This obligation is established in the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement).<sup>2</sup> The need to protect intellectual property rights stems from the fact that piracy and counterfeiting have reached epidemic proportions, with detrimental consequences for the health and safety of all people in the world, as well as for the national and world economy (Tanjević, 2011). Intellectual property can be called the “cinderella” of the new economy. Not so long ago, the protection and management of intellectual property rights was a quiet area that did not receive much attention. However, over a period of several years, intellectual property issues have begun to emerge as a key element of corporate strategy and a component that greatly affects a company’s reputation.

One of the basic characteristics of intellectual property rights as a branch of law is an unusual dynamic development. It can be said that almost every year, the number of legal sources that regulate this branch of law is increasing both internationally and nationally. There is also an extremely rich activity of international organizations in this area (Besarović, 2007).

BiH has taken the first steps towards the informational society by adopting the Strategy, Policy and Action Plan for the Development of the Information Society, documents that clearly emphasize the need for assistance and resources of the international community. In addition to the need for institutional support, the necessary capital investments cannot be avoided. The widespread use of computer networks and the global reach of the World Wide Web have significantly contributed to the placement of a wealth of information in digital form, as well as the possibility of incredibly easy access to information. Creating, publishing, distributing and using information has become much easier and faster in the last decade. This contributed to the explosive economic development, but also to the great earnings of those who reproduced, distributed or illegally used the information of other owners. In the countries of Southeast Europe, this phenomenon has spread to such an extent that such thefts are not considered illegal in all cases.

## **1. Meaning of the term intellectual property law**

Intellectual property law can be defined in an objective and subjective sense. The law in the objective sense (objective law) is a set of legal rules (norms) in one country, and the legal norm is a mandatory rule of conduct governing a social relationship, which can be ensured by the use of state coercion ( Stanković & Vodinelić, 1996). Subjective law (subjective sense) can be defined as an objectively

---

<sup>2</sup> Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) was made in the end of Uruguay round of the General agreement on Tariffs and Trade in 1994, which was result of intensive lobbying efforts made by the USA with the help of EU, Japan and other developed countries. TRIPS was adopted on the 1. January 1995.

recognized authority (authority, prerogative) of individuals (subjects) to take acts necessary to satisfy their material (property) or intangible interests.<sup>2</sup> Intellectual property law in the objective sense is a set of legal norms governing the subject and conditions of protection, the procedure for acquiring certain intellectual property rights, the content of rights, restrictions, turnover, duration and judicial protection of subjective intellectual property rights (Stanković & Vodinelić, 1996).

Based on the norms of objective intellectual property law, a concrete subjective intellectual property right is acquired. The subjective right of intellectual property is legal authority, authority, prerogative, which an individual (legal or natural person), ie. subject of law, draws from the norms of objective law (Stanković & Vodinelić, 1996). Thus, subjective law protects individual interests, the interests of the right holder, whether there is one or more.

The term “intellectual property” under the 1967 Convention establishing the World Intellectual Property Organization means rights relating to: literary, artistic and scientific works, interpretations by artists and performers and performances by performers, phonograms and radio broadcasts, inventions in all areas of human activity, scientific discoveries, industrial samples and models, factory, trade and service marks, as well as trade names and trade names, protection against unfair competition and all other rights related to intellectual activity in industrial, scientific, literary and artistic fields (Miladinović, 2012). Thus, according to the Convention, intellectual property rights refer to copyright, related rights, patent, industrial design, trademarks, geographical indications, trade names and protection against unfair competition. Since the Convention was concluded in 1967, the concept of intellectual property is much broader today, so it includes integrated circuit topographies, legal protection of plant varieties, and in a broader sense, business secrets.

Intellectual property law includes copyright, related rights and industrial property rights. Copyright and related rights, as well as most industrial property rights, are by their legal nature subjective rights, powers that have subjects, holders of rights that protect their individual interests. The right of industrial property includes patent law, trademark right, right of protection of geographical indications, right of industrial design protection, right of protection of integrated circuit topography, right of plant variety protection, as exclusive subjective rights. In addition to the above rights, industrial property law traditionally includes the right to suppress unfair competition and trade secrets, ie know-how, which is not a right but a factual relationship (Ivanović, 2016).

The protection of intellectual property is regulated by a number of international conventions, of which are most important:

- (1) conventions in the field of copyright and related rights
- (2) conventions in the field of industrial property (Jevđović, 2014).

The system of legal protection of intellectual property is so designed that both its creator and society as a whole benefit from it. Such a system represents a

delicate balance that ensures that the needs of both parties are met. In return for the protection provided, society benefits from such rights as maintaining fair competition and encouraging the production of a wide variety of goods and services, advancing technological and cultural development and enriching the amount of general knowledge. Intellectual property is protected by giving the inventor, creator or author, depending on the type of right he enjoys, the exclusive right to commercially use his property for a limited period of time. The right holder can dispose of it in various ways, depending on the type of right. In legal theory, it is common for these intellectual property rights to be systematized as follows:

1) copyright - literary, artistic and scientific works: interpretations of performers and performances by performers, phonograms and radio broadcasts,

2) industrial property rights - inventions in all fields of human activity: signs of modification (trademarks, designations of origin): industrial design (design: models, samples): protection from unfair competition (Jevđović, 2014).

Scientific discoveries are not the subject of any of the above branches of law, because national laws do not provide that scientific discoveries may be subject to ownership. In our legal practice, the common name intellectual property is not yet fully accepted as a unique, generic term for industrial property law and copyright. However, thanks to the media, lately this term has seen an increase in usage.

## **2. Criminally-lawful protection of intellectual property according to Criminal law in Bosnia and Herzegovina**

Criminal law is one of the basic legal regulations in the entire system of protection of intellectual property rights. Criminal law, establishing mechanisms and protection measures in the field of economic and market relations, also contains descriptions of criminal offenses that protect institutes such as patents, trademarks, companies and the like. Intellectual property is a system of creating intangible goods derived from human creativity, based on international agreements, national legislation and good business practices, with the aim of achieving business success of entrepreneurs, and economic, technological and cultural progress of states and human society as a whole (Zlatović, 2015).

Many states envisage, among other modalities, the protection of intellectual property rights and criminal offenses in this area. Until the last harmonization activities at the international and European level in the field of intellectual property rights, a comparative analysis of the general could reveal three approaches to regulating this issue in national legislation:

- system of special criminal law - according to which incriminations related to infringement of intellectual property rights are fully prescribed only within special criminal law, ie in the regulations of intellectual property rights, which

is explained by the need for better understanding of relevant criminal offenses. It contains incriminations from this legal area, and it is necessary to know its specific concepts, and therefore it is more expedient that the prescribing of criminal offenses be in close connection with other norms that regulate this special legal area;

- system of general criminal law - as a legislative approach that regulates the criminal protection of intellectual property rights exclusively in the general part of criminal law, ie in the general criminal codes;
- mixed system - as a good compromise of the two extremely contradictory solutions, which regulates criminal law protection in both general criminal laws and special regulations in the field of intellectual property rights, in such a way that the same regulations are harmonized and complement each other in a way that prescribes more serious offenses of violation of these rights (criminal offenses in the narrower sense), while special regulations of intellectual property rights sanction minor forms of violations of these rights (criminal offenses in the broader sense - misdemeanors, economic offenses) (Zlatović, 2015).

Chapter XXI of the Criminal Code of BiH contains criminal offenses of copyright infringement and copyright related rights. These are five criminal offenses whose prescribing is, first of all, a consequence of the harmonization of domestic criminal legislation with numerous international conventions and acts which oblige the contracting states, ie signatories, to appropriate criminal and other copyright protection (Babić, Filipović & Marković, 2005).

These acts criminally protect both the moral and property rights of authors and performers, the rights of producers of sound recordings and rights related to broadcasting programs, or the rights of authorized distributors of encrypted satellite signals. The incriminations are also harmonized with the provisions of domestic legislation, primarily with the Law on Copyright and Related Rights in BiH. The object of protection in these criminal offenses are copyrights and other related rights in the field of intellectual property. The protection of intellectual property was realized in our law slowly. It had primarily a form of civil and moral protection. It was regulated by regulations in the field of civil, commercial and administrative law. Within this group, there are criminal acts of a blanket character, which means that the appropriate legislation that otherwise regulates certain forms of intellectual property must always be kept in mind. This group includes the following criminal offenses: 1) abuse of copyright; 2) unauthorized use of copyright; 3) unauthorized use of the rights of the producer of the sound recording; 4) unauthorized use of broadcasting rights, and 5) unauthorized distribution of satellite signal (Stanković, 2017).

What characterizes all criminal offenses in this chapter is the fact that they are criminal offenses with a blank disposition, so to explain the basic features of the offense requires reliance on the already mentioned international and domestic regulations in the field of copyright and related rights. In the current legislation,

criminal protection of copyright and related rights is provided within the framework of supplementary legislation (Babić, Filipović & Marković, 2005).

The act of execution in these acts consists in violation of laws and bylaws, by doing or not doing, contrary to these regulations, which determine the manner of creation, use and protection of copyright and other intellectual property rights. The consequence of criminal offenses from this group occurs in the form of violation of copyright or related rights, which manifests itself in property or non-property damage (Stanković, 2017).

The most important international conventions and acts related to the protection of copyright and related rights are:

- Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works,
- Universal Copyright Convention,
- International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (the so-called Rome Convention),
- Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms (Phonogram Convention),
- Convention on the distribution of signals for the transmission of programs via satellite, etc.

### **2.1 Copyright abuse**

A person who, under his own name or under the name of another, publishes, displays, performs, transmits or otherwise communicates to the public another's work which in accordance with the law of Bosnia and Herzegovina is considered an author's work or allows to do so, shall be punished by a fine or penalty imprisonment for up to three years. The same penalty shall be imposed on anyone who, without stating the author's name or pseudonym, publishes, displays, performs, transmits or otherwise communicates to the public another's work bearing the author's name or pseudonym, or illegally inserts parts of another's work into his author's work or allows do it.

A person who destroys, distorts, desecrates or otherwise alters another's work without the author's approval shall be punished by a fine or by imprisonment for a term not exceeding three years.

Whoever, without stating the name or pseudonym of the performer, shall be punished by imprisonment for a term not exceeding three years or by a fine, unless the performer wishes to remain anonymous, publish, display, transmit or otherwise communicate his performance to the public.

The same punishment will be imposed on anyone who destroys, distorts, insults, mutilates or in any other way without the approval of the performer, changes the recorded performance of the performer.

If the commission of the crime has resulted in significant property gain or caused significant damage, and the perpetrator acted with the aim of obtaining such property

gain or causing such damage, the perpetrator shall be punished by imprisonment for a term between six months and five years.

This provision regulates the criminal protection of authors and performers for violations of their moral copyrights and personal rights arising from copyright, while the protection of their property rights is regulated by Article 243 of the Criminal Code of BiH.

Moral copyright, following the accepted monistic theory of copyright as a single right, is inalienable and non-transferable, and includes: the right to publish the work, the right to withdraw the work from circulation, the right to acknowledge authorship, the right to acknowledge the integrity of the work and the right to honor and the reputation of the author. The right to publish a work is the right of the author to make his work accessible to the public, at the time, in the form, to the extent and in the manner he determines. These are the procedures by which the work becomes available to the public, such as publishing, public showing, public performance, broadcasting and any other procedure of communicating it to the public. The right to withdraw a work from circulation, the right to repent (*ius poenitendi*) is the right of an author who has already given the authority to use his work, to deny further use of the work in any form if the use of the work may harm the author's scientific or artistic work. The right of paternity or the right to recognition of authorship is the right of the author to be recognized and designated as the creator of the work. The right to recognition of the integrity of the work is the right of the author of the work to oppose a significant change in his work (eg omission or addition of the content of the work) without his approval. The right to honor and reputation of the author is the right of the author to oppose the use of his work that would offend his honor and reputation, not only resolutely protecting the honor and reputation of the author only in violation of the integrity of the work but also in the use of the work (purpose of advertising, use of technically poor recording in a radio show, etc.) (Babić, Filipović & Marković, 2005).

The act of plagiarism of another's author's work (Latin: *plagium* - kidnapping) is envisaged as a criminal offense. The right to recognition of authorship is protected in part by criminalizing the appropriation of another person's authorship; the description of the work simultaneously protects the author's work from any unauthorized use and the actual author of the work from unauthorized appropriation of authorship.

One of the fundamental rights of an author is the right to be recognized as the author of his work. The provisions of the Law on Copyright and Related Rights in BiH explicitly stipulate that the author decides when and in what form his work will be published for the first time and when he will be recognized and marked as the creator of the work under his own name. According to the same provision, the author has the right to publish the work under a pseudonym or without the author's name at all, ie. to keep the work anonymous, he also has the right to oppose any deformation, mutilation or other alteration of the work, as well as any use of the work that would



offend his honor or reputation. The basis for such a solution is also contained in the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

A criminal offense is committed by a person who, under his own name or under the name of another, publishes, displays, performs, transmits or otherwise communicates to the public another's work which is considered an author's work under BiH law or which allows it to be done.

The act of committing a work consists of different ways of communicating someone else's copyright work to the public, as well as allowing someone else's copyright work to be communicated to the public.

As forms of communication to the public, making a work available to the public, the law states publishing (eg publishing someone else's literary work under one's own name) showing (eg, showing someone else's film under one's own name), performance and transmission, and these can be other ways of communicating works. It is necessary that someone else's work is communicated to the public in one of the above ways, under one's own or someone else's name. To commit an act, it is sufficient to commit one, any of the alternatively provided actions.

The act will also exist in the event that the perpetrator allows another to perform one of the alternatively envisaged actions of communicating to the public another's act. In this case, the perpetrator is in a situation where he does not allow or prevent someone else's work, but does not behave like that, but allows plagiarism (eg an authorized person in a record company allows unauthorized recording of records and CDs under the name of a fake author; reproduction of paintings and their sale under someone else's name).

The work can be committed only with the intention (*dolus*) that includes the awareness of the perpetrator that someone else's copyright work is used or made available to the public under his own or someone else's name.

The criminal offense referred to in paragraph 1 is of a blanket nature, which explicitly derives from a legal provision. Namely, among other things, it is necessary that it is a work that is considered an author's work according to the law of BiH. Interpretation of certain provisions requires reliance on regulations governing the manner of exercising and protecting copyright.

The first form is the so-called the criminal offense of not indicating authorship, and the second form is the appropriation of authorship of parts of another's authorial work. A criminal offense is anyone who, without stating the author's name or pseudonym, publishes, displays, performs, transmits or otherwise communicates to the public an author's work bearing the author's name or pseudonym, or who illegally inserts parts of another's work into his work, or allow it to be done.

The first form of a work is not about appropriating the authorship of someone else's work, but the author is not recognized as the author of his work. Non-marking of authorship is sanctioned by criminal law; the action consists of different forms of use, ie different forms of communicating someone else's work to the public without stating the actual authorship.

For this form of criminal offense, it is necessary that it is an author's work that is considered an author's work under the law of BiH, and that the author's name or pseudonym of the author is marked on the author's work.

The second form consists in appropriating the authorship of parts of someone else's work, ie the unauthorized manner of inserting parts of someone else's work into one's own work or in giving another person permission to do so.

The Copyright and Related Rights Act stipulates the conditions under which the entry of a copyright work or parts of a copyright work into another copyright work is permitted. It is known that without the permission of the author and without payment of the usage fee, public presentation and public performance of literary or artistic works for the purpose and in the form of direct teaching, publishing reports on published literary, artistic and scientific works in which the content of these works is reproduced in the original and, in abbreviated manner, the use of the act in proceedings before arbitration, before judicial, administrative and state bodies to the extent required for the purpose of presenting evidence, etc. (Babić, Filipović & Marković, 2005).

Precisely this legal provision sanctioned the entry of another's copyright work into one's own work in cases when the entry is made outside the conditions provided by the said law. As with the work referred to in paragraph 1, it is necessary that it is a work that is considered an author's work under the law of BiH.

Based on the Law on Copyright and Related Rights in BiH, performers are actors, singers, musicians, dancers and other persons who act, sing, recite, recite, move or otherwise perform literary or artistic works. Performing artists include theater directors, orchestra and choir directors, sound engineers, and variety and circus artists.

The rights of performers according to the said law belong to the so-called related rights to copyright. These rights, similarly to copyrights, have two components: property rights, which provide performers with the exclusive right to exploit the work, and moral rights. This provision protects moral rights. The moral rights of the performer include the right to state his name or pseudonym when communicating to the public and his performance, to indicate on the recording or cover of the recording, the right to oppose deformation, shortening or other alteration of the performance, and in particular the marketing of performance recordings. but also to any other unworthy use which insults the honor and reputation of the artist-performer.

## **2.2 Unauthorized use of copyright**

Who, without permission or another copyright holder, or a person authorized to give permission when permission is required by the law of Bosnia and Herzegovina, or contrary to their prohibition, fixes it on a material basis, reproduces, reproduces, puts on the market, rents, imports, transfers over state borders, display, perform, transmit, transmit, make available to the public, translate, adapt, process, process or

otherwise use a copyright work, shall be punishable by a fine or imprisonment for a term not exceeding three years.

The same penalty shall be imposed on anyone who, without the approval of the performer, ie the person authorized to grant the approval, when required by the law of Bosnia and Herzegovina or contrary to their prohibition, records, reproduces, reproduces, places on the market, rents, imports, transfers state borders, displays, performs, transmits, transmits, makes available to the public or otherwise uses the performance of a performing artist.

The same penalty shall be imposed on anyone who, in order to enable the unauthorized use of a work of art or performance by a performer, produces, imports, transfers across the state border, places on the market, rents, allows another to use or use any type of equipment or means enable the unauthorized removal or thwarting of any technical device or computer program intended to protect the rights of authors or performers from unauthorized use.

A person who finds objects that were intended or used to commit, or were created by a criminal offense, and who knew or could or should have been aware of this, shall be punished by a fine or by imprisonment for a term not exceeding six months.

If the commission of a criminal offense has resulted in significant property gain or caused significant damage, and the perpetrator acted with the aim of obtaining such property gain or causing such damage, he shall be punished by imprisonment for a term between six months and five years.

While the object of protection of the criminal offense of copyright abuse are moral copyright, this criminal act protects the property copyrights of authors and performers, ie protection from unauthorized use of copyrighted works or performances of performers.

The work has a blanket character, the analysis of its essential elements necessarily requires reference to the relevant regulations on copyright, especially the Law on Copyright and Related Rights in BiH, as well as the relevant international conventions. According to the Law on Copyright and Related Rights in BiH, the author of a work is a natural person who created the work, ie the author is a person whose name and surname or pseudonym are marked on the work, until proven otherwise. In addition to the provisions of the said law, it is envisaged which persons and under what conditions have certain or individual copyrights. The property copyrights protected by this criminal offense are, as a rule, the exclusive right of the author to highlight his copyright work in any way; the right to provide authors and other copyright holders with material benefits from the exploitation of a work, but with exceptions provided by law such as cases of personal use of the work or use of the work to satisfy certain public interests, such as teaching interests, development of science and art, public information, etc. . The rights to use a copyright work are not exhaustively listed in the Law on Copyright and Related Rights in BiH. According to this law, the author has the right to reproduce the work, place on the market or

copies of the work, including their import, public performance, public presentation, broadcast, communication to the public, translation, adaptation, recitation, and any other exploitation in any form (Babić, Filipović & Marković, 2005).

A criminal offense is committed by anyone who, without the permission of the author or other copyright holder or a person authorized to give permission, when permission is required under BiH law, or contrary to their prohibition, puts on the market, rents, imports, transfers over the border, transmit, transmit, make available to the public, translate, adapt, process, process or otherwise use the copyright work. The act of committing the offense is determined alternatively; the work will exist by taking any of the stated actions, ie actions that represent the use of the author's work.

The condition for the existence of a criminal offense is that the said acts were committed without the permission of the author or other copyright holder, or without the permission of the person authorized to give permission when permission is required by BiH law or that actions were taken contrary to the prohibition of such persons. It is not decisive whether the perpetrator of the criminal act acted with the intention of obtaining material gain or causing damage.

As can be seen, behaviors that history the property rights of performers are criminally sanctioned; the performances of the performers are partly protected. Similar to copyright and the rights of performers, they consist of two components: property rights and moral rights. Property rights, as an object of protection of this form of criminal offense, provide the performer with the exclusive right to exploit the work (broadcasting the performance, communicating the performance to the public through loudspeakers or other technical devices outside the premises or place of performance, audio and visual recording of performance, duplication of recorded performance trade in the original or a duplicate copy of the recorded performance, the right to import and rent, as well as the right to compensation in case of secondary use).

A work is made by someone who, in order to enable the unauthorized use of a work of art or a performance by a performer, produces, imports, transfers across the border, places on the market, rents, enables another to use or use any type of equipment or device whose primary or predominant purpose is unauthorized removal or thwarting any technical means or computer program intended to protect the rights of performers or performers from unauthorized use.

The act of committing the offense is determined alternatively; by taking any of the envisaged actions that directly or indirectly consist in enabling the use or utilization of means or equipment whose primary or predominant purpose is to enable unauthorized removal or thwarting of any technical means or computer program intended to protect the rights of authors or performers from unauthorized use form of crime. These are means and equipment that, for example. performs unauthorized decoding, so-called "*Breaking through*" protection on items in which protected copyrighted works and performances, etc., or devices with which protected copyrighted works and performances are used.

The law distinguishes between two types of cases, namely those intended or used to commit a criminal offense; instrument sceleris (eg recording chambers, cameras, special presses for reproducing graphics, computers, etc.). The second type of case consists of cases created by the commission of a criminal offense, producta sceleris; these objects are the immediate product of the process of committing the act (film tapes, gramophone records, CD players, CD-ROM, video discs, video tapes, videophones, image plagiarism, graphics, statues, etc.).

### **2.3 Unauthorized use of audio recording manufacturer rights**

Who without the approval of the producer of the sound recording, when the approval in accordance with the law of Bosnia and Herzegovina is required, or contrary to its prohibition, broadcasts, reproduces directly or indirectly its sound recording, places it on the market, rents, imports, transfers it across the state border public, shall be punished by a fine or imprisonment for a term not exceeding one year. The same penalty shall be imposed on anyone without the approval of the rights holder in connection with broadcasting programs when such approval is required by the law of Bosnia and Herzegovina, or contrary to the prohibition, re-broadcast the program, or record, duplicate or place on the market a recording of the program.

This crime protects producers of sound recordings and rights related to broadcasting programs (the right of broadcasting organizations).

The law of broadcasting organizations is a new related law, the right of absolute action, limited in time and freely available. The object of protection is broadcasting, ie not the content of what is broadcast, but the very diffusion of sounds, images or their combination.

While copyright also applies to intellectual creations, copyright-related rights apply to the performance of a work, the right to record the sound of a performance or other sounds (manufacturers of gramophone records, cassettes, CDs, other sound carriers), and includes a recording of a performance and the right of organizations to broadcast (broadcast) relating to a broadcast. Given the blanket character of this criminal offense, the interpretation of certain essential features of the criminal offense requires reliance on the relevant international conventions and legal and other regulations which more precisely define certain characteristics of the criminal offense. These are, first of all: the Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of Their Phonograms (*Phonogram Convention*), the Law on Copyright and Related Rights in BiH, the Law on Fundamentals of the Public Broadcasting Service and the Public Broadcasting Service of BiH, the Law on Communications. According to Art.1. of the said Convention a sound recording (phonogram, Greek fon = sound; graphene = to write) is any exclusively sound fixation of performance or other sounds, the producer of a phonogram is a natural or legal person who first records performance sounds or other sounds, a duplicate is a product containing sounds taken directly or indirectly from a phonogram and

containing all or a substantial part of the sounds fixed on that phonogram, while “making available to the public” means any operation by which reproduced copies of a phonogram are made available directly or indirectly to the general public or to any part thereof (Babić, Filipović & Marković, 2005).

Broadcasting means any transmission of signs, signals, text, images, sound or data from one to more points by wire, optical cable, radio or any other electromagnetic means, intended for general reception by the public via receivers set up therein. purpose, and broadcaster means a legal and natural person engaged in broadcasting.

The criminal offense protects producers of sound recordings from unauthorized dubbing, marketing and various forms of making sound recordings available to the public.

A criminal offense is committed by a person who, without the permission of the producer of a sound recording, when permission is required by law, or contrary to its prohibition, broadcasts, reproduces directly or indirectly his sound recording, places it on the market, rents it, imports it, transfers it over the border or makes it available to the public.

The act of committing an offense is determined alternatively, the commission of any act of commission constitutes a criminal offense. The above description of actions is only given, for example. These can be other actions that are conceptually defined as: „... make available to the public“. For the existence of a criminal offense, it is necessary that the indicated actions are taken without the approval of the producer of the sound recording if the approval is required by law or that the actions are taken contrary to the prohibition of the producer of the sound recording. Appropriate legal regulations regulate when and under what conditions there is a possibility, ie the right to broadcast, reproduce, etc. sound recordings without the approval of their manufacturer. Such a criminal offense will not exist if the producer of the sound recording has granted a license (the right to use someone else’s intellectual or industrial property rights) to reproduce and market phonograms of the sound recording, taking into account the protection of copyright and artist rights (Babić, Filipović & Marković, 2005).

The subject of protection of the rights of the right holder in connection with broadcasting programs is the broadcasting program. According to Art. 3. of the Rome Convention, an emission is the diffusion of sounds or images and sounds by means of radio-electric waves for the purpose of receiving it to the public. For the term broadcasting, as defined by the Rome Convention, it is also important that the broadcasting of sounds, ie images and sounds has the purpose of receiving them by the public, which means anyone who has an appropriate device for receiving the broadcast. In this way, broadcasts intended for one person (eg a radio amateur or a taxi driver or a certain group of persons, eg on a ship or on a plane) are excluded from this term.

The terms broadcasting, duplication, etc. are given in the explanations to paragraph 1. according to the Law on Copyright and Related Rights in BiH, broadcasting organizations have the exclusive right to give approval for the rehabilitation of their broadcast wires and without wires, recording their broadcasts, duplication and placing on the market such reproduced copies of recordings of its broadcasts and communicating to the public its television broadcasts, if such communication is available to the public for a fee (Babić, Filipović & Marković, 2005).

The offense will only exist if the perpetrator acts without the approval of the broadcasting rights holder, when such approval is required, or when he acts contrary to the prohibited broadcasting rights holders. International conventions and the Law on Copyright and Related Rights in BiH provide for provisions on the legal organization for broadcasting to allow and prohibit rebroadcasting of their programs, recording, reproduction, etc. In certain cases, exceptions are prescribed from the protection of the rights of right holders in regarding broadcasting in terms of private use, the use of short passages in connection with reporting on current events, use exclusively for teaching or scientific research purposes.

#### **2.4 Unauthorized use of broadcasting rights**

Whoever, without the approval of an authorized encrypted satellite signal distributor, manufactures or mounts, modifies, imports, exports, sells, rents or otherwise places on the market a tangible or intangible device or system for decoding such a signal, if he knows or must know that the device or the system is mainly used to decode the encrypted satellite signal, will be fined or imprisoned for up to three years. If the commission of a criminal offense has resulted in substantial material gain or caused significant damage, and the perpetrator acted with the aim of obtaining such material gain or causing such damage, he shall be punished by imprisonment for a term between six months and five years.

The criminal offense referred to in this Article, as well as the criminal offense of unauthorized distribution of satellite signals, shall protect the rights of authorized distributors of encrypted satellite signals for the transmission of programs. Given the blanket nature of the criminal offense, and the fact that it is a new criminal offense, a brief review of the provisions of international conventions and domestic legislation is needed to further clarify the meaning of certain terms used in these incriminations. The basic international acts regulating distribution rights, satellite signals and broadcasting rights are: the International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (the so-called Rome Convention), the Convention for the Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of Their Phonograms (so-called Phonogram Convention), Convention on the Distribution of Signals for the Transmission of Programs via Satellite (so-called Satellite Convention), etc. Article 1 of the Convention on the Distribution of Signals for the Transmission of Programs by Satellite defines the following terms: “signal”

means a frequency generated electrically and suitable for transmitting programs, “program” means the sum of material obtained directly or by recording consisting of images, sound or images and sound transmitted via signals for further distribution, a “satellite” is any device located in a space outside the country and suitable for transmitting signals, a “broadcast signal” is any signal for the transmission of a program sent to a satellite or passing through a satellite, a “distributor” is a physical or a legal entity that decides whether the transmission of modified signals is intended for a wider audience or a part thereof, “distribution” is any action by which a distributor transmits a modified signal intended for a wider audience or a part thereof, while the “initial organization” is a physical or the legal entity that decides which program will transmit the broadcast signal. The provision of Art. 3. the same convention stipulates that it does not apply when signals broadcast by the initial organization or broadcast on its behalf are intended to be received directly by a wider audience via satellite. The provisions of the Convention seek to prevent the distribution of signals carried by programs transmitted by satellite to those distributors for whom the signals are not intended, it provides for the obligation of Contracting States to prevent unauthorized distribution of signals on their territory or from their territory (Babić, Filipović & Marković, 2005).

In order for this to be a criminal offense, it is necessary that the indicated actions are taken without the approval of the authorized distributor of the encrypted satellite signal. The second condition is that the perpetrator knows or must know that the tangible or intangible device or system for decoding the encrypted satellite signal is predominantly used to decode the encrypted satellite signal.

### **2.5 Unauthorized satellite signal distribution**

Whoever receives an encrypted satellite signal that has been decoded without the approval of its authorized distributor and performs further distribution of such signal, if he knows or had known that such signal has been decoded without authorization, shall be fined or imprisoned for up to six months. If the commission of a criminal offense has resulted in significant property gain or caused significant damage, and the perpetrator acted with the aim of obtaining such property gain or causing such damage, he shall be punished by a fine or imprisonment for a term not exceeding three years.

This criminal offense protects the rights of authorized distributors of encrypted satellite signals, prevents and punishes the unauthorized distribution of signals carried by programs transmitted via satellites (Babić, Filipović & Marković, 2005).

## **3. Penalty compensation of damage**

Penalty compensation of damage are specific to Anglo-Saxon law. It is a monetary compensation that is awarded in the case of particularly serious violations of rights and



which is many times greater than the actual damage suffered. The goals of criminal compensation are to punish pests and deter future violations of rights, ie prevention, both special and general. Punishment and prevention are the goals of criminal law, not civil law, so criminal compensation is often defined as a kind of combination of criminal and civil sanction. Penalty compensation is, in the true sense of the word, a “quasi-criminal” sanction, because it is halfway between civil and criminal law. It is awarded as “damage” to the plaintiff against the defendant in a private lawsuit, and yet the majority believes that the purpose of such damages is not compensation, but that by its nature it is a fine. Given that the amounts awarded can be extremely high and many times greater than the damage suffered, this form of compensation exceeds compensation, which is the legitimate goal and purpose of compensation in civil law. Criminal damages are, essentially, a form of private punishment awarded on a private lawsuit for damages. Although, due to its excessiveness and criminal character, it is the subject of criticism in the countries where it exists, the tendency of its spread is more and more pronounced, especially in media law, intellectual property law and within the protection of personal rights (Ivanović, 2017).

In the literature, there are understandings that the right to compensation in European countries is not fully compensatory, and that the court’s ability to take into account the financial condition of the injured party and the pest, the degree of guilt of the pest, and whether the damage was caused by committing a crime, indicate elements of the criminal nature of damages. According to Fiebig, satisfaction as the purpose of compensation for non-pecuniary damage goes beyond simple compensation and has elements of punishment (Fiebig, 1992). There are several reasons why criminal damages are incompatible with the traditional concept of Eurocontinental law. The first reason refers to the function of the right to compensation, ie the purpose of compensation. The goal of compensation for material damage is to bring the property of the injured party to the condition in which he would be if the violation of rights had not been committed. Monetary compensation for material damage is determined as a compensatory-reparative sanction (Nikolić, 1995). Unlike American law, Eurocontinental law emphasizes the difference between public and private law, ie criminal and civil law. Criminal law and criminal law protection is within the competence of the state because only the state has the right to punish. On the contrary, an individual cannot punish another because there would be a danger of arbitrariness and lack of objectivity. Finally, the role of government, ie the public sector, in the enforcement of law in Anglo-Saxon and continental law is different. In Europe, the public sector is largely responsible for preserving social welfare. In American law, the so-called private enforcement of rights, while on European soil it is clearly delineated what is within the competence of the state, and what the citizens themselves take care of. Finally, procedural differences in the exercise and protection of rights before the courts should not be overlooked (Ivanović, 2017).

#### 4. Conclusion

Criminal protection of intellectual property rights in Bosnia and Herzegovina belongs to the system of general criminal law, i.e. it belongs to the legislative approach that regulates the criminal protection of intellectual property rights in the general part of criminal law, i.e. in general criminal codes.

Chapter XXI of the Criminal Code of BiH contains criminal offenses of copyright infringement and copyright related rights. These are five criminal offenses whose prescribing is, first of all, a consequence of the harmonization of domestic criminal legislation with numerous international conventions and acts which oblige the contracting states, i.e. signatories, to appropriate criminal and other copyright protection.

These acts criminally protect both the moral and property rights of authors and performers, the rights of producers of sound recordings and rights related to broadcasting programs, i.e. the rights of authorized distributors of encrypted satellite signals. The incriminations are also harmonized with the provisions of domestic legislation, primarily with the Law on Copyright and Related Rights in BiH. The object of protection in these criminal offenses are copyrights and other related rights in the field of intellectual property.

#### References

1. Babić, M., Filipović, L., & Marković, I. (2005). *Komentari krivičnih zakona u BiH*. Sarajevo: Savjet Evrope.
2. Besarović, V. (2007). Nove tendencije u razvoju zaštite prava intelektualne svojine. *Analiza Pravnog fakulteta u Beogradu*, 44.
3. Fiebig, A. (1992). The Recognition and Enforcement of Punitive Damage Awards in Germany: Recent Developments. *Georgia Journal of International & Comparative Law*, 22, 653-655.
4. Ivanović, S. (2016). *Sudska zaštita subjektivnih prava intelektualne svojine*. Kragujevac: Pravni fakultet.
5. Ivanović, S. (2017). Kaznena naknada štete u pravu intelektualne svojine. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 677.
6. Jevđović, M. (2014). *Zaštita intelektualne svojine*. Beograd: Univerzitet Singidunum.
7. Miladinović, Z. (2012). *Pravo intelektualne svojine*. Istočno Sarajevo: Pravni fakultet.
8. Nikolić, D. (1995). *Građanskopravna sankcija – geneza, evolucija i savremeni pojam*. Novi Sad: Pravni fakultet.
9. Simić, S. (2015). Sudska zaštita prava intelektualne svojine u Republici Srbiji. *Pravo teorija i praksa*, 1-3, 48.

10. Stanković, N. (2017). *Krivično pravo – posebni dio*. Brčko: Evropski univerzitet.
11. Stanković, O., & Vodinelić, V. (1996). *Uvod u građansko pravo*. Beograd: Nomos.
12. Tanjević, N. (2011). Krivičnopravna zaštita prava intelektualne svojine u Srbiji. *Bezbednost*, 140.
13. Zlatović, D. (2015). Kaznenopravna zaštita u području prava intelektualnog vlasništva i kompjutorskog prava u Republici Hrvatskoj. *Pravni zapisi*, 2, 394.
14. Zakon o autorskom pravu i srodnim pravima u BiH (“Službeni glasnik BiH” broj 63/10)
15. Zakon o komunikacijama („Službeni glasnik BiH“ broj 31/03)
16. Krivični zakon BiH („Službeni glasnik BiH“ broj 3/03)

**MANDATORY RULES OF THE LAW ON CONCESSIONS AND  
PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP AND THE PRINCIPLE OF  
FREEDOM OF CONTRACTING**

**Goran Koevski, PhD,**

Full Professor, University „Ss. Cyril and Methodius”,  
Faculty of law „Iustinianus Primus”, Skopje, North Macedonia,  
e-mail:[g.koevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:g.koevski@pf.ukim.edu.mk)

**Borka Tushevska Gavrilovik, PhD,**

Associate Professor, Faculty of law, University “Goce Delcev”,  
Shitp, North Macedonia,  
e-mail:[borka.tusevska@ugd.edu.mk](mailto:borka.tusevska@ugd.edu.mk)

**Darko Spasevski, PhD,**

Associate Professor, University „Ss. Cyril and Methodius”,  
Faculty of law „Iustinianus Primus”, Skopje, North Macedonia,  
e-mail:[d.spasevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:d.spasevski@pf.ukim.edu.mk)

**Abstract**

The Law on Concessions and Public Private Partnership contains provisions that regulate the relations between the public partner and the private partner. These are basically mandatory provisions. In this regard, the party autonomy principle is quite limited. At the same time, the Law on Concessions and Public Private Partnership refers to the complementary application of the Law on Obligations as a *lex generalis* legislation. The purpose of this paper is to analyze the degree of freedom of contracting in the contracts for public-private partnership. This analysis will be useful in the process of negotiating and drafting a specific public private partnership contract, which will provide appropriate guidance for the parties how to act in that process.

**Keywords:** contract for public-private partnership, freedom of contracting, mandatory provisions

**ДОГОВОРОТ ЗА ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО ПОМЕЃУ  
ИМПЕРАТИВНИТЕ ПРАВИЛА НА ЗАКОНОТ ЗА КОНЦЕСИИ И ЈАВНО  
ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО И НАЧЕЛОТО НА  
СЛОБОДАТА НА ДОГОВАРАЊЕ**

**д-р Горан Коевски,**

редовен професор на Правниот факултет „Јустинијан Први”,

при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј”-Скопје,

е-маил: [g.koevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:g.koevski@pf.ukim.edu.mk)

**д-р Борка Тушевска Гавриловиќ,**

вонреден професор на Правниот факултет

при Универзитетот “Гоце Делчев”-Штип

е-маил: [borka.tusevska@ugd.edu.mk](mailto:borka.tusevska@ugd.edu.mk)

**д-р Дарко Спасевски,**

вонреден професор на Правниот факултет „Јустинијан Први”,

при Универзитетот „Св. Кирил и Методиј”-Скопје,

е-маил: [d.spasevski@pf.ukim.edu.mk](mailto:d.spasevski@pf.ukim.edu.mk)

**Апстракт**

Во Законот за концесии и јавно приватно партнерство се содржани одредби со кои се уредуваат односите помеѓу јавниот партнер и приватниот партнер. Во основа се работи за императивни одредби. Во таа насока, начелото на автономија на волја на договорните страни е прилично ограничено. Истовремено, Законот за концесии и јавно приватно партнерство редвидува и компленетарна примена на Законот за облигационите одредби како *lex generalis* пропис. Целта на овој труд, е да направи анализа на степенот на слобода на договарање кај договорите за јавно-приватно партнерство. Вака поставената анализа ќе биде од корист во процесот на преговарање и подготвување на конкретни договори за јавно-приватно партнерство, со што ќе им се овозможат соодветни насоки за постапување на договорите страни.

**Клучни зборови:** договор за јавно-приватно партнерство, слобода на договарање, императивни одредби

**ДОГОВОРОТ ЗА ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО ПОМЕЃУ  
ИМПЕРАТИВНИТЕ ПРАВИЛА НА ЗАКОНОТ ЗА КОНЦЕСИИ И  
ЈАВНО ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО И НАЧЕЛОТО НА  
СЛОБОДАТА НА ДОГОВАРАЊЕ**

**I. ДОГОВАРАЊЕ НА ДОГОВОР ЗА ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО  
– МЕЃУНАРОДНО ИСКУСТВО**

Основен правен документ со кој се уредуваат договорните односи помеѓу јавниот партнер и приватниот партнер е самиот договор. Во основа се работи за сложен правен однос, кој покрај класичните правила на приватното право

(поконкретно, договорното право) зависи, примарно, од правилата на јавното право. Оттука, преку императивните правила со кои се уредува воспоставувањето на јавното-приватно партнерство се влијае и на неговиот договорно-правен карактер.

Сложеноста и спецификите кај овие договори се огледуваат во самите учесници во договорниот процес (по правило, едниот субјект е јавно-правен субјект), начинот на нивно склучување, спецификите на предметот на договорот, итн.<sup>1</sup>

Најчесто, кај проектите за јавно-приватно партнерство, покрај приватниот партнер и јавниот партнер, се јавуваат и следните субјекти: финансиер (заемодавач): т.н. спонзори односно сопствениците на приватниот партнер и подизведувачи врз кои приватниот партнер пренел дел од обврските за изградба на работи или за обезбедување на дел од потребните услуги за реализација на проектот.<sup>2</sup>

Многу често, со цел да се олесни процесот на договарање, како на ниво на поедини држави така и од страна на различни меѓународни организации се подготвени различни теркови односно модели на договори за јавно-приватно партнерство. Во таа смисла може да се наведат следните: Модел договори за проекти за сместување (Template Project Agreement for accommodation projects), Ирска, 2007, Модел DBFMO договори (Model DBFMO Agreement) Холандија (2021), Стандарден образец за проектни договори (ДФМ проекти) (Standard Form Project Agreement (hub DBFM projects) Шкотска (2018), Упатство за техничка докуменација за инвестиционен модел (*Mutual Investment Model technical documents, UK*) Велс (2018), Водич на приватно финансирање 2 (*Private Finance 2 (PF2) Guidance*), Англија (2012), Водич за договори за јавно-приватно партнерство (*Guidance on PPP Contractual Provisions*), Светска Банка (2017) итн.<sup>3</sup> Дополнително, се забележува и креирање на посебни модели на договори, наменски направени за различните видови на проекти: патишта, железници, пристаништа итн.<sup>4</sup> Во 2015 година е направен обид да се направат унифицирани договорни клаузули применливи на глобално ниво за најважните делови на договорот за јавно-приватно партнерство, во кои се содржани модел договорни клаузули кои ги уредуваат следните прашања: виша сила, материјално дејствја на

<sup>1</sup> Повеќе за ова види: European Commission, Directorate-general, Regional Policy, (2003) "Guidelines for successful public-private partnership" стр. 36-48, достапно на [http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm), пристапено на 15.3.2021 година.

<sup>2</sup> Види: European PPP Expertise Center, (2018) "A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans", стр. 8, достапно на: <https://www.wbif.eu/storage/app/media/Library/8.%20Public%20Private%20Partnership/5.%205-Main-Provisions-of-an-Availability-based-PPP-Contract-FINAL-310818.pdf>, пристапено на 15.4.2021 година.

<sup>3</sup> *Ibid.* 2018, стр. 19.

<sup>4</sup> Види: World Bank Group (2015) "Report on Recommended PPP Contractual Provisions", стр. 6, достапно на <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/wbg-report-recommended-ppp-contractual-provisions>, пристапено на 11.3.2021 година.

државата, промена на прописите, надомест при раскинување, рефинансирање, права на финансиер (кредитор), одредби за доверливост и транспарентност и решавање на споровите (Steven Shrybman, Scott Sinclair, 2015). Овие предлог модел - одредби се подготвени од страна на Светската Банка (World Bank) и Советодавното дело за инфраструктурни проекти за јавно-приватно партнерство (Public-Private Infrastructure Advisory Facility PPIAF) во 2015 година. Покрај изработката на ваквите договорни одредби, целите на овие две тела е да се подготват и стандардизирани модели на физибилити студии, техничка документација и технички спецификации, кои треба да резултираат со намалување на трошоците и времето потребно за преговарање и склучување на договорот за јавно-приватно партнерство, кое во просек трае три години (Shrybman & Sinclair, 2015). По правило договорот за јавно-приватно партнерство се состои од три сета на одредби и тоа: првиот сет се однесува на делот за извршување на одредени градежни работи, вториот се однесува на одредби со кои се уредува функционирањето, односно операционализирањето на самата услуга и третиот сет на одредби ги содржи оние одредби кои се заеднички за двата претходно опишани сетови на одредби<sup>5</sup>. Па, така:

- Во првиот сет на одредби (т.н. градежниот сет) се вклучени: изградбата на инфраструктурата од јавен интерес согласно со техничката спецификација и тендерската документација, рокот за завршување на работите, можноста и механизмите за продолжување на рокот за завршување на работите, одредби за договорна казна, предвремено раскинување на договорот, претходните обврски на јавниот партнер со цел да овозможи извршување на проектот (пример, обврска за експропријација и слично);
- Во вториот сет на одредби (т.н. оперативен дел) се вклучени: обврска за обезбедувањена одредено ниво и квалитет на услуги, правото на јавниот партнер да ги надгради извршените работи, моделот на плаќање, преносот на правото на сопственост врз изведените градежни работи, односно објекти по истекот на договорот за јавно-приватно партнерство, како и обврската овие работи да се пренесат на јавниот партнер во функционална состојба, согласно со предвидените стандарди;
- Во третиот сет на одредби, кои се заеднички за двете фази, се вклучени: начинот на уредување на прашањето за рефинансирање помеѓу приватниот партнер и јавниот партнер, алокација на ризикот поради непредвидени настани и предвремено раскинување на договорот, како и правата за надомест на шетата поради предвремено раскинување на договорот (Timothy, 2003).

При изработката на договорот едно од најважните работие детално да се земе во предвид и соодветно да се распредели потенцијалниот ризик. При

---

<sup>5</sup> Види: European PPP Expertise Center, (2018), “A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans”, стр 10.

распределбата на ризикот кај договорот за јавно-приватно партнерство треба да се започне од претпоставката дека јавниот партнер ќе го преземе ризикот кој е во негов домен и обратно, приватниот партнер да го преземе сопствениот ризикот, кој е во негова контрола. Истовремено, приватниот и јавниот партнер ќе го споделат сразмено секој ризик надвор од овие две категории. (Iossa & Giancarlo & Mercedes, 2007).

Во рамките на публикацијата, “A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans”, е презентирана матрица за распределба на ризик, според која, ризици кои се алоцираат на страната како на страна на јавниот партнер, Така, на страната на приватниот партнер, по правило, се следните ризици: ризик за земјата, односно овозможување пристап до локацијата, како и преземање на потребни правни процедури (пример, експортпријација), регулаторен ризик кој се однесува на промена на прописи кои се со директно влијание на самиот проект за јавно-приватно партнерство, овозможување, без ограничувања, на користење на нови технологии, како и обезбедување на побарувачката, односно лица кои ќе ја користат услугата на која се однесува конкретното јавно-приватно партнерство, и други. Ризици кои се алоцираат на страната на приватниот партнер се: ризик поврзан со проектирање и изведување на работите, ризик поврзан со навременозавршување на работите, ризик поврзан со одржување на работите, ризик поврзан со исполнување на одредените стандарди на работите, ризик поврзан со овозможување на услугите, согласно со договорените стандарди, ризик поврзан со безбедност на овозможените услуги, и други. Како заеднички ризици, вообичаено се наведуваат: ризик поврзан со приходите, ризик поврзан со предвремено, еднострано раскинување на договорот и надомест на штета, општествени ризици (протести, влијанија од трети лица), ризик поврзан со животната средина, ризик поврзан со осигурување, ризик поврзан со виша сила, ризик произлезен од инфлација, ризик поврзан со археологија (на пример на локацијата се пронајдени археолошки откритија во текот на работите), и ризик поврзан со стекнување на одредени дозволи и лиценци.

Еден од клучните ризици е ризикот од побарувачка, односно степенот на потенцијални корисници на одредена услуга, која треба да се овозможи и пружи соконкретниот проект, т.е. дали и во кој обем ќе има корисници/потрошувачи на одредената услуга. Всушност целиот проект е детерминиран од овој параметар, затоа што од него зависи и економската интерес и корист од проектот. Претпоставката е дека уште на почетокот со изработката на различните физибилити студии од страна на јавниот партнер, односно различните *due diligences* (длабински анализи), двете страни направиле прецизна проценка колкав би бил бројот на потрошувачи/корисници. Ризикот од побарувачка е и клучен фактор за определување на механизмот за плаќање кој ќе биде избран во конкретниот договор.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> *Ibid.* Види и: US Department of Transportation, Federal Highway Administration, “Risk Assessment



Клаузулите за виша сила се од посебен интерес кај договорите за јавно-приватно партнерство. При креирањето на одредбите за виша сила во договорот, договорните страни пред сè треба да ги земат во предвид одредбите на меродавното право.<sup>7</sup> Токму од содржината на одредбите од меродавното право ќе се определи и степенот на слобода на договарање во однос на ова прашање. Искуствата, исто така, покажуваат и различен пристап по однос на дилемата дали да се вклучи во договорот одредба која ќе содржи листа на настани кои ќе имаат карактер на виша сила. Во одредени ситуации ваквиот пристап е прифатен, додека во други договори само се вклучува дефиниција за виша сила.<sup>8</sup>

Она што е важно кај договорите за јавно-приватно партнерство е како ќе бидат третираны оние настани од политички карактер, за кои се претпоставува дека јавниот партнер ќе има поголема контрола врз нив. Во таа смисла се развива концептот на Material Adverse Government Action”или т.н. „политичка виша сила“.<sup>9</sup>Целта на овој концепт е да се алоцираат одредени ризици, кои вообичаено ќе бидат на страната на јавниот правен субјект. Во основа, доколку се случи настан кој може да се третира како т.н. политичка виша сила (Material Adverse Government Action), приватниот партнер може да се стекне со правото да бара ослободување од обрските од договорот.<sup>10</sup>

Посебни договорни клаузли од интерес за ова истражување се одредбите кои се однесуваат на промена на прописите. Кога се зборува за пормени во прописите, во основа се мисли на сите пормени кои се случени после поднесувањето на понудата. Целта на вклучувањето на одредби за промена на прописите во договорите е: 1) да се овозможи правна сигурност на приватниот партнер, со цел да може да се ослони на прописите кои важеле во времето кога тој правел *due diligence* и кога ја подел понудата, односно сесклучил договорот, 2) јавниот партнер по правило, но не секогаш, ќе биде во подобра позиција во однос на можноста да ги контролира ризиците настанати со промена на прописите, 3) промената на прописите е важна и за финансиерот(заемодавачот), доколку проектот се финансира со кредити.<sup>11</sup> Промената на прописите треба да има карактер на непредвидлив настан, што значи дека се очекува во време на поднесување на понудата, приватниот партнервеќе да направил проценка и for Public-Private Partnership: A Primer”, достапно на [https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3\\_guidebook\\_risk\\_assessment\\_030314.pdf](https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3_guidebook_risk_assessment_030314.pdf), пристапено на 13.3.2021 година.

<sup>7</sup> Види: “A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans”, оп.цит. стр. 8.

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Види: World Bank Group, (2015), “Report on Recommended PPP Contractual Provisions”, стр.15., достапно на <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/wbg-report-recommended-ppp-contractual-provisions>, пристапено на 10.3.2021 година.

<sup>10</sup> Ibid. стр.16.

<sup>11</sup> Ibid. стр. 19.

на потенцијални промени во прописите. Особено, ова се однесува на промени во прописи кои се веќе во нацрт или предлог верзиите (пример, предлог закони) се веќе објавени во време на подготвување на понудата.<sup>12</sup> Надомест во случај на раскинување на договорот за јавно-приватно партнерство пред неговото исполнување е исто така едно од клучните прашања кои се поставуваат во овој процес. Овој надомест произлегува или од 1) неисполнување на обврските на страна на јавниот партнер, 2) од неисполнување на обврските на страната на приватниот партнер, 3) неисполнување на обврските поради виша сила. Основите за раскинување на договорот ќе бидат различни од пример до пример и, секако, ќе зависат од меродавното право.<sup>13</sup>

Во однос на механизмите за плаќање се забележува тнр. модел *pay-for-performance principle* или *плаќање според перформансите (учиноците)*, кој може да се каже дека е конзистентен како за јавниот, така и за приватниот партнер. Ваквиот модел треба да биде заснован на мерливи критериуми, кои ќе ја докажат исполнетоста на стандардите на услугата која се нуди, а врз основа на тендерската документација. Во основа тоа значи дека исполнетоста на стандардите ќе се оцени врз основа на индикатори кои се мерливи и споредливи од страна на трети лица (Iossa, 2007). Кај моделот *плаќање по искористена услуга (user charges payment mechanism)*, приватниот партнер приходите ги собира директно од корисниците на услугата. Како пример се наведува патарина наплатена за користење на автопат, мост или тунел.<sup>14</sup> Моделот *плаќање за користење (usage payment)* е таков модел според кој јавниот партнер му плаќа на приватниот партнер надомест за услугата која ја користат корисниците, а не самите корисници. Во основа, овој модел се користи во случаи кога се овозможува и пружа некоја услуга, која сама по себе не е економски исплатлива, поради малиот број на корисници, што значи дека при користење на овој модел, ризикот од побарувачката е на страната на јавниот партнер.<sup>15</sup>

Во случаите кога објективно не се можни мерливи критериуми, јавниот партнер би требало да најде други соодветни механизми за мерење на перформансите (учиноците), како што, на пример, би било надзорот и мерењето на задоволството на потрошувачите од добиената услуга. Овој механизам за мерење на перформансите (*monitoring performance*) е искористен кај лондонското метро, каде состојбата на станиците и во возовите е мерена преку истражување од задоволството на потрошувачите (*customer surveys*).<sup>16</sup>

Посебно прашање кое се поставува е и вклучувањето на финансиерот (заемодавачот) во договорниот однос. Имено, иако финансиерот (заемодавачот) не е договорна страна во договорот за јавно-приватно партнерство, сепак, без

<sup>12</sup> Ibid. стр. 20.

<sup>13</sup> Ibid. стр. 22.

<sup>14</sup> Ibid. стр. 18.

<sup>15</sup> Ibid. стр. 19.

<sup>16</sup> Ibid. стр. 20..

него не би можело да се реализира договорот. Со цел да се разреши ваквата ситауација, вообичаено се склучува посебен договор помеѓу јавниот партнер, приватниот партнер и финансиерот (заемодавачот) во кој се дефинираат одредени прашања како што се: 1) правото на информирање во корист на финансиерот (заемодавачот) во случај да дојде до раскинување на договорот поради вина на приватниот партнер 2) обврска за известување на финансиерот (заемодавачот) за намерата на јавниот партнер да го раскине договорот, во одреден период пред да го преземе ова дејствие 3) можност финансиерот (заемодавачот) да се вклучи заедно со приватниот партнер во отстранување на евентуалните недостатоци кои би биле основ за еднострано раскинување на договорот од страна на јавниот партнер, 4) потребата од добивање на согласност од страна на финансиерот (заемодавачот) за пренос на договорот, односно промена на договорната страна на приватниот партнер и други.<sup>17</sup>

Согласно со програмскиот документ на Обединетите Нации, насловен како *Governance in Public Private Partnerships for Infrastructure Development*, а со цел да се постигне подобро управување со инфраструктурини проекти по моделот на јавно-приватно партнерство потребно се и: транспарентност (*transparency*), отчетност кон јавноста (*public accountability*), јавен менаџмент (*public management*), одржлив развој (*sustainable development*), соодветен начин на решавање на спорови (*dispute resolution*) и сигурност и безбедност (*safety and security*).<sup>18</sup> Поради тоа посебен сегмент во договорните одредби кај договорите за јавно-приватно партнерство се одредбите за доверливост кои истовремено треба да овозможат заштита на интересите на договорните страни но и остварување на јавниот интерес на транспарентност. Целта на т.н. транспарентни клаузули за доверливост е да овозможат информациите помеѓу договорните страни да бидат споделени без страните да бидат загорезени од нивна евентуална злоупотреба, но истовремено да се заштити јавниот интерес. Причини за заштита на јавниот интерес и транспарентност на овие клаузули се поврзани со заштита од корупција, поттикнување на конкуренција, олеснување на надзорот над реализацијата на проектот, пристап до важни комерцијални информации итн.<sup>19</sup>

Во делот на клаузулите за решавање на споровите, по правило, се вклучуваат следните: 1) меродавно право, 2) обврска за постигнување на пријателска спогодба, 3) предвидување на специфичен механизам за решавање на спорови од техничка (инженерска) природа, 5) избор на арбитража и процесни правила, 6) обврска за продолжување со исполнување на договорот за време на решавање на спорот, 7) заеднички одредби за поврзани договори (доколку постојат такви)

---

<sup>17</sup> Види: “Report on Recommended PPP Contractual Provisions”, оп.цит. стр. 20.

<sup>18</sup> Види: United Nations Economic Commission for Europe (2004), “Governance in Public Private Partnerships for Infrastructure Development”, United Nations.

<sup>19</sup> Види: “Report on Recommended PPP Contractual Provisions”, оп.цит.,стр. 20.

итн.<sup>20</sup> При креирањето на клаузулите за решавање на спорови треба да се има во редвид истите да овозможуваат: минимални трошоци, брзина на постапката и истите да бидат јасни и прецизни особено во делот на избраната арбитража и процесните правила.

Искуството во светот покажало дека услугите делегирани, односно пренесени (*outsourced*) на приватен партнер побаруваат висок степен на менаџмент и надзор од страна на јавниот партнер. Оттука, сериозен и ефикасен надзор и менаџмент на проектот е многу битен за да успее јавно-приватното партнерство<sup>21</sup> Во основа, од многуте причини кои го определуваат ваквиот пристап најважни се: 1) јавно-приватното партнерство е долгорочен однос помеѓу јавниот партнер и приватниот партнер, во кој секое отстапување може да има позитивно, но, најчесто, и негативно влијание врз целокупниот проект и врз неговиот исход, 2) јавното-приватно партнерство скоро секогаш се однесува на комплексни проекти во кои тешко е да се предвидат сите можни идни настани кои би влијаеле на проектот и поради тоа потребно е јавниот партнер да си остави одреден простор за маневар и прилагодување и 3) јавното-приватно партнерство генерално е дизајнирано по принципот на *performance output* поради тоа потребна е постојана контрола и мониторинг при оперативната фаза за да се осигура дека проектот ги дава предвидените резултати и најдобрата вредност за дадените пари (*value for money*).<sup>22</sup>

Соодветно имплементирани договори за јавно-приватно партнерство можат да помогнат во исполнување на високи стандарди за овозможување и пружање на соодветната услуга, извршување на работите навремено и соодветно со расположливите средства, како и запазување на високи стандарди при изградба на работи, кои ќе останат употребливи во текот на нивниот предвиден животен век.<sup>23</sup>

Со цел да се овозможи успешна фаза на менаџмент и контрола врз спроведувањето на договорот за јавно-приватно партнерство треба да бидат земени во предвид следните работи:

- Формирање на менаџмент тим, кој ќе вклучува професионалци и високкваливковани лица со соодвено искуство;
- Да се обезбеди менаџмент тимот своите обврски да ги спроведува на ефикасен начин, земајќи во предвид дека се работи за робусен и комплексен зафат;

---

<sup>20</sup> Ibid. стр. 20.

<sup>21</sup> Види: European PPP Expertise Center (2014) “Managing PPPs during their contract life -Guidance for sound management”, достапно на: [https://www.eib.org/attachments/epec/epec\\_managing\\_ppps\\_en.pdf](https://www.eib.org/attachments/epec/epec_managing_ppps_en.pdf), пристапено на 13.3.20201 година.

<sup>22</sup> Ibid. стр.. 5.

<sup>23</sup> Види: 4PS, “Review of Operational PFI, and PPP Projects”, , достапно на: , пристапено на 14.3.2021 година.

- Самиот договор за јавно-приватно партнерство да биде јасен, конзистентен и кохерентен;
- Да се подготви квалитетно и сеопфатно упатство за спроведување на договорот;
- Да бидат достапни сите потребни информации навремено и
- Финансискиот модел да одговара на потребите на проектот.<sup>24</sup>

## II. ДОГОВАРАЊЕ НА ДОГОВОРОТ ЗА ЈАВНО-ПРИВАНО ПАРТНЕРСТВО СОГЛАСНО СО МАКЕДОНСКОТО ПРАВО

Основен правен извор со кој се уредува договорот за јавно-приватно партнерство е Законот за концесии и јавно приватно партнерство (понатаму: “ЗКЈПП”)<sup>25</sup>. ЗКЈПП содржи одредби со кои се трасира и структурира рамката на договорот за јавно-приватно партнерство, но и неговата содржина. Од друга страна, согласно со одредбите од членот 15, ставови (1) и (2) и членот 51 од ЗКЈПП, на договорниот однос супсидијарно се применуваат и два други закони: Законот за јавните набавки<sup>26</sup> и Законот за облигационите односи.<sup>27</sup> Дополнително, рамката на договорот за јавно-приватно партнерство е детерминирана и со Уредбата за содржината на договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство и договорот за концесија на добра од општ интерес (понатаму: “Уредба”)<sup>28</sup>, Уредбата ги определува задолжителните елементи кои треба да ги содржи договорот, без да навлегува во начините на кои овие елементи треба содржински да бидат уредени.<sup>29</sup> Зависно од тоа дали со договорот ќе биде

<sup>24</sup> Види: “Managing PPPs during their contract life -Guidance for sound management”, оп.цит, стр.9.

<sup>25</sup> Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 6/2012, 144/2014, 33/2015, 104/2015 и 215/2015 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 153/2019 и 261/2019.

<sup>26</sup> Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/2019 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 87/2021

<sup>27</sup> Види: „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013.

<sup>28</sup> Основ за донесување на Уредбата е член 40, став (6) од ЗКЈПП. Уредбата е достапна на следниот линк: [shorturl.at/xLQWZ](http://shorturl.at/xLQWZ), пристапено на 15.4.2020 година.

<sup>29</sup> Согласно со членот 2 од Уредбата, “договорот, кој има за предмет давање на јавна услуга, особено ги содржи следните одредби: 1. Вовед, 2. Договорни страни; 3. Дефиниција на поимите; 4. Цел и предмет на договорот; 5. Период за кој договорот е склучен; 6. Имотните права на договорните страни; 7. Поделба на ризикот и придружните трошоци; 8. Финансиски гаранции; 9. Плаќања на договорните страни; 10. Настани кои можат да предизвикаат штета и начинот на постапување на договорните страни во случаи на нивно настанување; 11. Договорна казна; 12. Полиси за осигурување; 13. Последици од неисполнување на договорните обврски; 14. Право на надзор од страна на јавниот партнер; 15. Виша сила; 16. Престанок на договорот; 17. Заштита на животната средина; 18. Доставување на известувања во текот на договорниот период; 19. Заштита на интелектуалната сопственост, деловни тајни и тајност на податоците; 20. Стандарди за квалитетот на јавните услуги; 21. Склучување поддоговори; 22. Важечко право; 23. Јазик на договорот; 24. Решавање на спорите што произлегуваат од договорот; 25. Влегување во сила на договорот.” Дополнително, согласно со членот 3 од Уредбата, “во случај кога приватниот партнер

опфатено само овозможување на јавна услуга или ќе биде опфатена и граѓена активност на определен градеж, како претходна активност, која треба да го овозможи обезбедувањето на јавната услуга, ќе биде и различна содржината на договорот, односно различни ќе бидат елементите на договорот.<sup>30</sup>

Рамка на задолжителното постапување во процесот на договарањето, односно степенот на слобода на договарање е определен со членот 40, став (2) од Законот за концесии и јавно приватно партнерство според која “договорите предвидени со овој закон се изготвуваат во согласност со тендерската документација, огласот или јавниот повик и одлуката за избор на најповолна понуда.” Согласно со членот 16 од ЗКЈПП, се предвидени подготвители, претходни дејствија, а кои секако влијаат на содржината на договорот. Па така, јавниот партнер изработува, согласно со ставот (2) од членот 16 од ЗКЈПП, меѓу другото, и: извештај за претходна анализа за основните елементина проектот кои се показатели за природата на договорот што треба да биде склучен со цел за воспоставување на јавно-приватно партнерство и физибилити студија за оправданост на доделување на концесија на добра од општ интерес или договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство. Исто така, секако, од посебна важност е и одлуката за започнување на постапка за договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство. Содржината на оваа одлука, подетално е уредена со членот 18 од ЗКЈПП. Трет акт кој влијае на договорот за јавно-приватно партнерство е огласот за оделување на договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство, уреден со членот 19 од ЗКЈПП. Во овој случај при објавувањето на огласот, формата, содржината и начинот на објавување на огласот, се уредени, во супсидијарниот Закон за јавни набавки. Од интерес за овој труд се одредбите од став (3) од членот 19 од ЗКЈПП, во кој се предвидени содржини, кои како дел од огласот подоцна стануваат дел од самиот договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство. На крајот од значење е и посебната одлука за избор на најповолна понуда, согласно со членот 21-а од ЗКЈПП. Согласно со членот 40, став (1) од ЗКЈПП, договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство го потпишува јавниот партнер

превзема обврски за проектирање, изградба и/или реконструкција на јавна инфраструктура и/или изградба на објект од јавен интерес, превземајќи при тоа една или повеќе обврски, како што се финансирање, стопанисување и одржување, а со цел да им обезбеди на крајните корисници давање на јавна услуга од надлежност на јавниот партнер, или со цел на јавниот партнер да му ги обезбеди потребните предуслови за вршење на јавната услуга која е во негова надлежност, покрај одредбите од член 2 на оваа уредба, договорот треба да ги содржи особено и следните одредби: 1. Финансирање и рефинансирање; 2. Правото да се вршат економските активности (јавните услуги), доколку спроведувањето на таквите активности било предвидено во одобрениот проект за јавно-приватно партнерство; 3. Имотно правна документација; 4. Надоместок за користење на правото; 5. Изработка на проектна документација; 6. Иновации и рационализации; 7. Прибавување на дозволи потребни за реализација на проектот; 8. Изградба; 9. Надзор на изградбата; 10. Сопственост на градбата; 11. Управување со градбата; 12. Одржување на градбата; 13. Пренос на градбата/сопственоста по престанувањето на договорот.”

<sup>30</sup> Види: член 5, став (1), точка а) од ЗКЈПП, и членови 2 и 3 од Уредбата.

и избраниот најповолен понудувач. Едно од клучните прашања кај договорот за јавно-приватно партнерство е *начинот на распределба на ризикот помеѓу договорните страни*. Генерално, во членот 5, став (1) точка г) од ЗКЈПП, се предвидува дека секој партнер во јавно-приватно партнерство за времетраење на јавното приватно партнерство ќе преземе одговорност за ризични настани кои се во негова сфера на влијание, или одговорноста се дели со цел за постигнување на оптимално управување на ризикот за времетраењето на партнерството, меѓу другото, со користење на управувачки, технички, финансиски и иновациски способности на приватниот партнер и со промовирање на размена на вештини и знаење - искуство меѓу јавниот и приватниот партнер. Дополнително, во членот 5, став (1) точка в), од ЗКЈПП како ризици кои му припаѓаат на приватниот партнер, ги предвидува ризиците поврзани со финансирање, изградба, побарувачка и/или достапност и други такви дејствија, управување, одржување и технички ризици, зависно од договореното при воспоставување на јавното приватно партнерство и се определува од случај до случај.

Во однос на одредбите за *надоместот*, се упатува на членот 9, став (1) од ЗКЈПП, според кој минималниот износ на надоместот се определува врз основа на огласот задоделување на договорот, а врз основа на физибилити студијата заоправданост на воспоставувањето на јавно-приватно партнерство, доколку со посебен закон поинаку не е определено.

Во поглед на *рокот на траење на договорот*, референтен е членот 39 од ЗКЈПП. Имено, согласно одредбата од ставот (1) од овој член од ЗКЈПП, договорот се склучува за период до 35 години, сметано од денот на склучувањето на договорот, односно од денот на влегувањето во сила на договорот, ако овој датум се разликува од претходниот, доколку со посебен закон поинаку не е предвидено. Со истекот на рокот, се склучува нов договор, со започнување на нова постапка согласно со одредбата од ставот (3) на членот 39 од ЗКЈПП. ЗКЈПП во членот 41 *предвидува можност за измена на договорот*. Имено, согласно со членот 41 став (1), договорите предвидени со Законот може да се изменат со склучување на анекс на договор, доколку оваа можност е изричито предвидена во тендерската документација. Анекс договорот го склучува органот кој го претставува јавниот партнер. Основите за измена се предвидени во ставот (3) на членот 41 од ЗКЈПП.<sup>31</sup> Покрај случаите кога анексот може да биде инициран од јавниот партнер, во членот 41 став (4) од ЗКЈПП, се содржани и уредени

<sup>31</sup> Имено, анекс договорот може да биде склучен по иницијатива на концедентот или јавниот партнер особено во следниве случаи: 1) настанување на опасност по националната безбедност и одбрана на земјата, загрозување на животната средина, природата и човековото здравје и објектите за јавен ред, 2) пропаѓање на објектот на концесијата или објектот на јавно-приватно партнерство, или при објективна невозможност за негово користење, во случај на настанување на виша сила, 3) при промена на соодветните прописи, 4) други случаи кои водат кон промена на фактичкиот или правниот основ за користење на објектот или за обезбедување на услугата, или на извршување на концесиската дејност и 5) други случаи определени со посебни закони.

и ситуации кога можноста за измена на договорот произлегува од приватниот партнер. Имено, анекс договорот може да биде склучен по иницијатива на приватниот партнер, доколку приватниот партнер достави извештај со кој се потврдува дека предметот на договорот не може да се реализира, како последица од надворешни и друг вид на објективни влијанија. Од друга страна, треба да се имаат во предвид одредбите од ставовите (6) и (7) на членот 41 од ЗКЈПП кои се однесуваат на ситуации кога не може да дојде до промена на елементи, односно, во овој случај, додавање на нови елементи во договорот со анекс на договор. Имено, во случај на промена на суштинските услови од договорот, кои не биле предвидени во тендерската документација, ќе се пристапи кон спроведување на нова постапка за доделување на договор. Во ставот (7) од членот 41 од ЗКЈПП се предвидува дека “без нарушување на одредбата од членот 47 од овој закон, терминот “суштински услови“ се однесува на таквите услови кои, доколку би биле предвидени во првичниот оглас или во тендерската документација, ќе им овозможеле на понудувачите да поднесат суштински поинаква понуда, како и кога измените би го надминале обемот на договорот во таа мера што со овие измени би се опфатиле и услугите кои првично не биле опфатени”. Од друга страна, секако, треба да се истакне и членот 41-а од ЗКЈПП, кој претставува исклучок на исклучокот, односно кој предвидува и можност да се измени договор, со анекс, иако во принцип тоа е рестриктивно во поглед на одредбата од членот 41 став (7) од ЗКЈПП.

Исто така, од интерес се и одредбите од членот 47 од ЗКЈПП, кои се однесуваат на *правилата за дополнителни работи и услуги*. Имено, во случај кога јавното-приватно партнерство се спроведува како концесија за јавна работа или концесија за јавна услуга, јавниот партнер може, без спроведување на нова постапка, да додели дополнителни работи или услуги коишто не биле вклучени во основниот договор но кои, поради непредвидени околности, станале неопходни за реализација на предметната работа или услуга, која јавниот партнер ја доделил на приватен партнер, под услов договорот да се додели на приватниот партнер што ја извршува таквата работа: 1) кога таквите дополнителни работи или услуги не може технички или економски да се одделат од основниот договор без големи нарушувања за јавниот партнер или 2) кога таквите работи или услуги, иако можат да се одделат од реализацијата на основниот договор, исклучиво се неопходни за неговото завршување. Вредноста на договорите доделени за дополнителни работи или услуги не може да надмине 50% од вредноста на основниот договор за концесија за јавна работа или концесија за јавна услуга.

Можноста за пренос на договорот за јавно-приватно партнерство е уредена во членот 42 од ЗКЈПП. Преносот на договорот, по правило, е можен под услови наведени во самиот договор, со обезбедување на писмена согласност од јавниот партнер и без нарушување на времетраењето на договорот, доколку со посебен



закон поинаку не е предвидено. Она што е интересно, а е споменато и во првиот дел од трудот, е учеството на заемоодавачот (финансиерот). Согласно со член 42, став (2) од ЗКЈПП, на заемоодавачот му се признава посебна можност, во смисла да се пренесе договорот на него, како средство за обезбедување на неговите побарувања од приватниот партнер, под услов со тоа да не се загрозува континуираното работење и/или давањето услуга, квалитетното вршење на дејноста, како и цената. Во случај на пренос на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство, јавниот партнер склучува договор за пренос со субјектот на кој се врши преносот на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство под услови и на начин утврдени во постоечкиот договор за воспоставување на јавно-приватно партнерство. Преносот на акции или удели од концесионерот или приватниот партнер во ДПН заради извршување на концесијата или јавно-приватно партнерство, не може да се изврши без писмена согласност од јавниот партнер.<sup>32</sup>

Основите за *престанок на договорот* за јавно-приватно партнерство се определени во членот 43 од ЗКЈПП. Во членот 44 од ЗКЈПП, подетално се уредени *основите за едностран раскин на договорот*, од страна на јавниот партнер. Основното правило определено во ставот (1) од овој член гласи: „Во случај на битна повреда на обврските од концесионерот или приватниот партнер предвидени во договорот концедентот, односно јавниот партнер може еднострано да го раскине договорот согласно со одредбите на овој член.“ Подеталните основи се уредени во ставот (2) од овој член. Со членот 45 од ЗКЈПП се уредува прашањето за едностран раскин на договорот од страна на приватниот партнер. Имено, согласно со ставот (1) од членот 45 од ЗКЈПП, во случај на битна повреда на обврските од концедентот или јавниот партнер предвидени во договорот, концесионерот или приватниот партнер може еднострано да го раскине договорот согласно со одредбите на овој член. На крај, треба да се наведе дека согласно со членот 46 ЗКЈПП е можно и спогодбено раскинување на договорот за јавно-приватно партнерство и тоа, јавниот партнер или приватниот партнер можат спогодбено да го раскинат договорот заради повреда на договорните обврски од страна на јавниот партнер, односно приватниот партнер согласно со важечките прописи и според одредбите на договорот.

Конечно, за потребите на ова истражување би упатиле на одредбите кои се однесуваат на уредување на прашањето за подизведување, односно можноста за ангажирање под изведувач и обемот на работи кои може да се прнесат на подизведувачот. ЗКЈПП, во членот 48 предвидува две работи и тоа: прво, задолжителна обрска по барање на јавниот партнер, за приватниот партнер одреден процент од работите да ги делегира на трети лица (подизведувачи) и второ, понудувачите во постапката на спроведување на договорот да нагласат

<sup>32</sup> Види: член 42, став (4) од ЗКЈПП.

дали ќе вклучат подизведувач или не.<sup>33</sup>

## ЗАКЛУЧОК

Тргувајќи од учеството на јавно-правниот елемент во договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство, се забележува силно влијаени во насока на ограничување на слободата на договарање на страните. Имено, како во споредбените искуства така и во домашната законска рамка и практика, содржината на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство во основа е императивно определена со релевантниот законски пропис, акај нас тоа е Законот за концесии и јавно приватно партнерство. Исто така, рамката на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство во македонската правна средина е поставена и согласно со Уредбата за содржината на договорот за воспоставување на јавно приватно партнерство и договорот за концесија на добра од општ интерес, која предвидува триесетина елементи кои мора да ги содржи договорот. Она што треба да се нагласи е дека Уредбата не навлегува во содржинско определување на елементите на договорот. Содржинското уредување на елементите на договорот, односно конкретните договорни одредбисе прави во почетната фаза при изработка на соодвените физибилити студии, а пред сè, тендерската документација, огласот и техничката спецификација. Со оглед на фактот што приватниот партнер, во оваа фаза на постапката не е утврден, секако тој не може да учествува ниту во изработката на договорните одредби. Оттука, може да се каже дека кај овој вид на договори, слободата на договарање е многу скромно изразена, скоро и занемалива.

Земајќи ја во предвид комплексноста на односите кои се воспоставуваат со јавно-приватното партнерство, а сè со цел да се олесни преддоговорната фаза, според меѓународните споредбени искуства, се пристапува кон изработка на модели на договори, општи договорни услови или модели на договорни одредби. Ваквото искуство може да биде од корист и за македонската практика.

Истржувањето покажа дека главен предизвик што стои пред договорните страни кај договорот за јавно-приватно партнерство е начинот на распределба на ризикот. Во таа насока, главна претпоставка е дека за да се има успешен договор, потребно е да се има соодветна распределба на ризикот, а ризикот треба да биде распределен помеѓу страните земајќи ја во предвид нивната

---

<sup>33</sup> Согласно со членот 48, став (1) од ЗКЛПП, “Јавниот партнер може да бара: - приватниот партнер да додели на трети страни договори што претставуваат најмалку 30% од вкупната вредност на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство, спроведен како концесија за јавна работа или концесија за јавна услуга, во исто време давајќи им можност на понудувачите да го зголемат овој минимален процент кој ќе се утврди во договорот или - од понудувачите во нивните понуди да го наведат процентот од вкупната вредност на договорот за воспоставување на јавно-приватно партнерство кои тие планираат да ги доделат на трети страни.”

конкретна улога во договорот. Секако, практиката покажува дека ќе се појават одредени ризици што не може лесно да се разграничат. Па така, оваа група на ризици, потребно е да биде споделена помеѓу двете страни, односно товарот од овој ризик да биде преземен заеднички.

Од изнесеното во трудот може да се забележи дека посебно внимание треба да биде посветено при подготовката на одредбите со кои се уредува: моделот на плаќање на надоместокот, одредбите за промена на прописи и виша сила, учеството на финансиерот (заемодавачот) во различни фази на склучување и/или исполнување на договорот за јавно-приватно партнерство, можноста и постапката за измена на договорот, едностраното раскинување на договорот и слично.

Врз основа на наведеното во рамките на трудот, како препораки кои може да бидат од корист на субјектите вклучени во процесот на јавно-правно партнерство, а пред се јавниот партнер, може да се нотираат следите:

- Изработка на модел на договор за јавно-приватно партнерство, со модел на договорни клаузули, по примерот на анализирани земји во трудот;
- Подготовка на водич или упатство за изработка на тендерска документација која тематски ќе биде посветена на договорот за јавно-приватно партнерство;
- Подготовка на модел на матрица за распределба на ризик, која ќе овозможи соодветна распределба на ризикот помеѓу договорните страни; и
- Формирање на тело за менаџирање на спроведување на секој конкретен договор за јавно-приватно партнерство по примерот на телата од таков тип анализирани во трудот.

#### **КОРИСТЕНА И КОНСЛУТИРАНА ЛИТЕРАТУРА**

1. European PPP Expertise Center, (2018), “A Guide to the Main Provisions of an Availability-based PPP Contract - Public-Private Partnerships in the Western Balkans”, достапно на: <https://www.wbif.eu/storage/app/media/Library/8.%20Public%20Private%20Partnership/5.%205-Main-Provisions-of-an-Availability-based-PPP-Contract-FINAL-310818.pdf>, пристапено на 15.4.2021 година.
2. European PPP Expertise Center, (2014), “Managing PPPs during their contract life -Guidance for sound management”, достапно на: [https://www.eib.org/attachments/epcc/epcc\\_managing\\_ppps\\_en.pdf](https://www.eib.org/attachments/epcc/epcc_managing_ppps_en.pdf), пристапено на 13.3.2021 година.
3. European Commission, Directorate-general, Regional Policy, (2003), “Guidelines for successful public-private partnership”, достапно на [http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/sources/docgener/guides/PPPguide.htm), пристапено на 15.3.2020 година

4. Iossa Elisabetta, Spagnolo Giancarlo, Vellez Mercedes, (2007), “Best Practices on Contract Design in Public-Private Partnerships”, Report prepared for the World Bank, достапно на: [https://www.researchgate.net/publication/237579814\\_Best\\_Practices\\_on\\_Contract\\_Design\\_in\\_Public-Private\\_Partnerships](https://www.researchgate.net/publication/237579814_Best_Practices_on_Contract_Design_in_Public-Private_Partnerships), пристапено на 9.3.2021 година
5. Irwin Timothy, (2003) “Public Money for Private Infrastructure – Deciding Whent to Offer Guarantees, Output-Based Subsidies and Other Fiscal Support”, World Bank working paper no.10, достапно на: , пристапено на 12.3.2021 година.
6. Lewis Mervyn, (2001), “Risk Management in Public Private Parthership”, CeGe discussion paper, Georg-August Universitat Grottingen, достапно на: [https://www.academia.edu/25566904/Risk\\_Management\\_in\\_Public\\_Private\\_Partnerships](https://www.academia.edu/25566904/Risk_Management_in_Public_Private_Partnerships), пристапено на 12.3.2021 година.
7. “Review of Operational PFI, and PPP Projects”, 4PS, достапно на: <https://delta.bipsolutions.com/docstore/pdf/11980.pdf>, пристапено на 14.3.2021 година.
8. Steven Shrybman, Scott Sinclair (2015) “A Standard Contract for PPPs the World Over: RecommendedPPP Contractual Provisions Submitted to the G20”, Heinrich-Böll-Stiftung, Publication Series Economy & Social Issues, достапно на [https://us.boell.org/sites/default/files/ppp-web\\_1.pdf](https://us.boell.org/sites/default/files/ppp-web_1.pdf), пристапено на 7.3.2021 година.
9. US Department of Transportation, Federal Highway Administration, “Risk Assessment for Public-Private Partnership: A Primer”, достапно на [https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3\\_guidebook\\_risk\\_assessment\\_030314.pdf](https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3_guidebook_risk_assessment_030314.pdf), пристапено на 13.3.2021 година.
10. World Bank Group, (2015), “Report on Recommended PPP Contractual Provisions”, достапно на <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/wbg-report-recommended-ppp-contractual-provisions>, пристапено на 11.3.2021 година.
11. Закон за концесии и јавно приватно партнерство, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 6/2012, 144/2014, 33/2015, 104/2015 и 215/2015 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 153/2019 и 261/2019.
12. Закон за јавни набавки, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 24/2019 и „Службен весник на Република Северна Македонија“ бр. 87/2021
13. Закон за облигационите односи, „Службен весник на Република Македонија“ бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009, 161/2009 и 123/2013.



## INTERNATIONAL LAW STANDARDS ON THE RIGHT TO COMPENSATION FOR WRONGFUL CONVICTION<sup>1\*</sup>

**Saša Knežević, LL.D,**

Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia

e-mail: [knez@prafak.ni.ac.rs](mailto:knez@prafak.ni.ac.rs)

### **Abstract**

Once the criminal procedure has been initiated, the mechanism of criminal-law protection of social values is set in motion, imposing immediate restrictions on the fundamental human rights of the accused. To ensure that the judgment rendered in criminal proceedings is fully legitimate, the legislator has to ensure that the defendant has the opportunity to articulate his/her position on the matter at issue. The legislator has to balance the public interest of the state to punish the criminal offender and the fundamental human rights and freedoms of individuals who are subjected to the criminal-law repression. To this effect, it is necessary to create an optimal institutional setting which would embody these opposing goals. The defendant's fundamental human rights and freedoms may be restricted only if the judgment imposing such restrictions has been the result of a confrontation of arguments between the prosecutor and the defendant in proceedings instituted before an independent criminal court which has fully observed the principles of legality, impartial justice and fairness. This is the essence of the right to a fair trial, which is contained in the international human rights' protection documents and the supreme legal acts of the states based on the rule of law. The right to a fair trial comprises the right of the injured party (the "victim" of unfair criminal proceedings) to seek compensation from the state for wrongful conviction. This right is considered infringed if there has been a serious omission in the course of proceedings which is detrimental to the defendant's interests. It encompasses the rights arising from wrongful conviction and wrongfully applied procedural repression measures. As such, this right is envisaged in the most important international law documents in the field of human rights' protection.

**Keywords:** criminal procedure, right to compensation, wrongful conviction, human rights' protection, international document, Serbian legislation

### **Introduction**

In criminal procedure, the final judgment of conviction does not imply that the court has established the absolute truth on the convicted offender's guilt because the first-instance judgment may be invalidated in the proceeding initiated by filing a

<sup>1\*</sup> This article is the result of research conducted within the framework of the Scientific Research Institutions projects financially supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia (ref. no. 451-03-68/2020-14/200120).

request for extraordinary legal remedies. The unjustifiable use of repressive measures by the state may have severe consequences for the person who is subjected to such measures. The violation of the fundamental human rights and freedoms and the stigmatizing effects of unjustifiable repression are facts that necessarily impose the need to establish responsibility for illicit conduct of criminal procedure authorities.

There is no doubt that a legal state based on the rule of law must assume the burden of responsibility for the illegal and improper conduct of its authorities. The state legislature recognizes the risk and harmful consequences of such conduct by prescribing the powers of state authorities in charge of ensuring the criminal-law protection of the society. Such misconduct constitutes a violation of the legal order and a criminal offence. The power of the state to take appropriate action against the holders of public offices in criminal proceedings must be correlated with the responsibility of the state for illegal and improper acts of bodies acting on behalf of the state. In that way, the issue of responsibility for omissions and unlawful conduct of criminal procedure bodies becomes part of the social agenda, and the state necessarily acquires the passive procedural legitimacy in the proceedings for the compensation of individuals whose fundamental human rights and freedoms have been unjustifiably restricted or denied.

The responsibility of the state for wrongful conviction has to be established irrespective of whether the defendant's rights and freedoms have been suspended due to an error, abuse or intentional unlawful or improper conduct of the criminal procedure authorities. The established ill-founded decision that adversely affected the defendant's human rights and freedoms is a sufficient reason to invoke the responsibility of the state for misconduct of responsible persons in its service. The concentration of power in the hands of state authorities must be accompanied by establishing the objective responsibility of the state for their actions.

The general civil law principle of compensation for damage (by the one who has caused it), the public interest to ensure proper operation of the legal system in compliance with the law, and the increasingly articulated aspiration to protect human rights (particularly in criminal proceedings as an environment conducive to their violation) impose the obligation of the state to prescribe mechanisms for monetary compensation and moral rehabilitation of the persons unjustifiably subjected to repression in criminal proceedings.

Wrongfully convicted persons have the right to seek compensation from the state as well as invalidation of all the accompanying consequences of stigmatization they have sustained as a result of the unjustifiably applied measures. Social rehabilitation of wrongfully convicted persons entails the proceedings for compensation of material (pecuniary) damage as well as for annulment of the stigmatizing effects of the unjustifiable use of repressive mechanisms; these proceedings may be the legal ground for reinstating all rights that the injured party has been deprived of as a result of wrongful conviction. The state must assume responsibility for the omissions of the

criminal procedure bodies; moreover, the general public must be informed about the wrongfully applied measures in order to enable the wrongfully convicted persons to regain their moral integrity and receive moral satisfaction. The state is also obliged to restore the rights lost by wrongful conviction. A comprehensive social rehabilitation of these persons can only be achieved by a cumulative application of all the above measures.

### **1. The Right to Compensation for Wrongful Conviction in international human rights' protection documents**

Even a cursory glance at the existing catalogues of human rights contained in the most important international law documents on the protection of fundamental human rights and freedoms is sufficient to observe a wide range of rights applicable to persons who have been subjected to the wrongful application of criminal repression mechanisms. The most significant international law documents of universal and regional nature contain an array of rights guaranteed in criminal proceedings, including the rights of persons who have been exposed to coercive measures in the proceedings before initiating the formal criminal procedure.

In these international law documents, protection mechanisms have an important place in safeguarding the rights of defendants and suspects, particularly given the fact that the criminal procedure framework entails the reconstruction of facts and the application of law, on the committed criminal act, and the necessary suspension of the basic human rights. As noted by Claus Roxin (1998)<sup>2</sup>, criminal procedure is a “seismograph” of the exercise of human rights and freedoms. Thus, the legal setting in which the court decides on the criminal-law claim for punishment of the accused has a significant impact on the implementation of the basic postulates contained in the international law documents.

The most significant international documents on human rights' protection envisage the *right to compensation of damage for wrongful conviction* (judicial error), or the *right to compensation for a miscarriage of justice* in court proceedings. Pursuant to these legal acts, the state is obliged to compensate the persons who have been unjustifiably convicted.

The International Covenant on Civil and Political Rights (1966) stipulates: “When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed, or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated in accordance with the law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him” (Article 14 (6) ICCPR).

<sup>2</sup> For more, see: Roxin, Claus (1998). *Strafverfahrensrecht. (Criminal Procedure Law)*, München: C.H. Beck Verlag



The original text of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, 1950) did not envisage the right to compensation for wrongful conviction, but this right became part of the catalogue of human upon the adoption of Protocol no. 7 to the ECHR (in Strasbourg on 22 November 1984). In case of a miscarriage of justice, Article 3 of this Protocol prescribes the right of unjustifiably convicted persons to compensation for wrongful conviction, unless it is proven that the convicted person is fully or partially accountable for the untimely disclosure or non-disclosure of the fact indicating a judicial error (Art. 3, Protocol 7).

The American Convention on Human Rights (1969) envisages the right to compensation in case of a miscarriage of justice (Article 10). The Rome Statute of the International Criminal Court (1998) envisages the right of victims to reparation, including restitution, compensation and rehabilitation (Article 75). Notably, the Statute of the ad hoc Tribunal for the former Yugoslavia (1993) does not provide for the right to compensation for wrongful conviction.

Upon analyzing the provisions in the most significant international law documents on the compensation of damage for wrongful conviction (judicial error) or a miscarriage of justice in criminal procedure, it can be concluded that procedural legitimacy for initiating compensation proceedings for a wrongful conviction is vested in: a) persons who have been issued the final conviction which can no longer be challenged by invoking legal remedies; b) persons sentenced to imprisonment or some other punishment; c) persons who have been pardoned on the basis of new or newly discovered facts, or whose final judgment has been reversed, which proves a judicial error or a miscarriage of justice in the proceedings, provided that untimely disclosure or non-disclosure of facts cannot be attributed to the accused (Haris, O’Boyle, Warbick, 1995, p. 586). In addition, the Explanatory Report to the Protocol no. 7. to the European Convention<sup>3</sup> specifies that compensation for wrongful conviction shall not be awarded “if the conviction has been reversed or a pardon has been granted on some other ground” (item 23): it also does not apply to accused persons whose charges have been dismissed or who have been acquitted either in the first-instance proceeding or in the procedure on appeal (item 22).

It should be noted that the European Court of Human Rights (ECtHR) has no case law on the violation of the right to compensation for wrongful conviction provided for in Art. 3. Protocol no. 7. to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

---

<sup>3</sup> Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 22.XI.1984, prepared by the Steering Committee for Human Rights and submitted to the Committee of Ministers of the Council of Europe; <https://rm.coe.int/16800c96fd>

## 2. The Right to Compensation for Wrongful Conviction in the Serbian legal system

The right to compensation for damage and rehabilitation of wrongfully convicted persons is also a constitutional right. It is proclaimed in Article 35 (para.1) of the *Constitution of the Republic of Serbia* (2006),<sup>4</sup> which provides that “any person who is unlawfully deprived of liberty, detained or convicted for a criminal offence without grounds shall have the right to rehabilitation and compensation of damage” by the state, including compensation for pecuniary and non-pecuniary damage inflicted by unlawful work of state bodies (Article 35, para.2).

Article 1 of the *Criminal Procedure Code*<sup>5</sup> specifies that the Code aims “to prevent the conviction of any innocent person” (Art. 1, para.1 CPC) and provide for “the exercise of the rights of persons wrongly deprived of liberty and wrongly convicted”, including “rehabilitation, termination of security measures and legal consequences of conviction” (Art. 1, para. 2 CPC).

In order to put these constitutional and legislative provisions into effect, it is necessary to upgrade the architecture of the criminal procedure so that the accused person cannot be convicted unless the judicial belief in the defendant’s culpability evolves to the highest legal standard of certainty (the truth). Otherwise, if the conviction is insufficiently substantiated and grounded in facts, it may constitute a substantial violation of the defendant’s human rights.

A final judgment may be the result of a judicial error (omission), unlawful or improper court proceedings, illicit conduct of other criminal procedure subjects, as well as the circumstances arising from the flawed evidentiary instruments, which are essential for establishing the decisive facts as the legal ground for rendering judicial decisions. The common legal instruments for the annulment of an unlawful and improper judgment are extraordinary legal remedies, which entail filing a request for a review of the factual and legal grounds of the final judgment. If the unlawful final judgment which has caused damage to the convicted person is quashed in the proceeding initiated by invoking extraordinary legal remedies, it is only the first step towards re-establishing the principle of legality. The principles of legality and procedural fairness also entail the opportunity to seek pecuniary and non-pecuniary damages, as well as moral satisfaction of the unjustifiably convicted person. In cases involving a judicial error (omission) or a miscarriage of justice, the social reaction embodied in criminal proceedings and final conviction has proven to be unjustifiable because the repressive mechanism has been used against an innocent person who has not committed a crime. The price paid for a wrongful conviction (reflected in depriving an innocent person of his/her human rights, loss of income, and stigmatizing

---

<sup>4</sup> Constitution of the Republic of Serbia (2006), Official Gazette of the RS, no. 98/2006.

<sup>5</sup> The Criminal Procedure Code, Official Gazette of the RS, 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14 and 35/19.;

effects of a wrongful conviction) is too high for the unfairly convicted person. As mere cancellation of an unlawful conviction does not suffice in terms of justice and fairness, the state must compensate the wrongfully convicted person by providing the legal instruments for compensation of both pecuniary and non-pecuniary damage, as well as for the restitution of lost rights, social rehabilitation, and moral satisfaction of the wrongfully convicted persons.

In some legislations, the fulfilment of conditions for compensation of wrongfully convicted persons is the subject matter of judicial assessment (e.g. in French law), while other legislations explicitly provide the criteria for qualifying a conviction as ill-founded (e.g. in Serbian law). Another approach to the regulation of conditions for compensation of wrongfully convicted persons is embodied in envisaging the legal conditions for compensation of damage as well as the obligation of the court to establish that the convicted person is innocent (not guilty), or at least to discard the suspicion about the defendant's guilt (e.g. in German and Austrian law).

The legal qualification of a conviction as ill-founded causes difficulties in conceptualizing the right to compensation for damage sustained by unjustifiably convicted persons, but also in the theoretical justification of this right. Namely, the ill-founded nature of the conviction does not arise from the declaration that the formerly convicted person is innocent but on the objective fact that the first-instance conviction was invalidated. The judicial decisions rendered in the proceedings initiated by invoking an extraordinary legal remedy have the force of an enforceable decision for initiating a proceeding for the compensation of damage for wrongful conviction. It gives rise to dilemmas about the theoretical justification of the right to compensation for wrongful conviction in case the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy has been terminated for some procedural reasons, or in case the first-instance judgment has been invalidated by a second-instance judgment on dismissing the charges.

Having in mind the above, in this part of the paper we will examine the conditions envisaged in the Serbian positive law for exercising the right to compensation for damage sustained by unjustifiably convicted persons.

### **2.1. Conditions for compensation of damage to wrongfully convicted persons**

Article 585 of the Serbian Criminal Procedure Code clearly entails that the right to compensation for wrongful conviction may be exercised by a person who was found guilty in the first-instance proceeding but whose final conviction was subsequently invalidated (in the proceeding initiated by filing a request for an extraordinary legal remedy), either by rendering another judicial decision or by terminating the criminal proceeding (Article 585 para.1 CPC). Although it is not explicitly stated in this legal provision, the obligation of the state to compensate the wrongfully convicted person ensues if the damage is caused to the person who was initially convicted in the first-

instance proceeding, and if there is a causal link between the wrongful conviction and the damage caused thereby. The unjustifiably convicted persons is entitled to compensation only if the damage was caused by a wrongful conviction. The existence of damage is determined by applying the general rules of civil (obligation) law.

In addition, Article 585 (para.2) of the Criminal Procedure Code specifies the so-called negative conditions (unfavourable circumstances) when the unjustifiably convicted person is precluded from seeking damages for wrongful conviction. Thus, a wrongfully convicted person shall not be entitled to compensation for damage caused by wrongful conviction: 1) if the person deliberately caused his/her own conviction by a false confession or in any other way, unless coerced into it; and 2) if the criminal proceedings were terminated or if criminal charges were dismissed in a retrial due to the fact that the injured party (acting in the capacity of a private or a subsidiary prosecutor) has abandoned the prosecution or has withdrawn the prosecution claim as a result of an agreement with the defendant (Article 585, para.2, items 1-2 CPC). The presence of these circumstances excludes the right to compensation even if all the positive requirements for acquiring this right have been met.

### **2.1.1. Positive presumptions for compensation of damage for wrongful conviction to wrongfully convicted persons**

The right to compensation for damage caused by wrongful conviction exists if the defendant has been initially convicted (found guilty) by a final first-instance judgment, and if the final judgment has been subsequently invalidated in the proceeding initiated by filing a request for an extraordinary legal remedy (Article 585, para.1 CPC).

#### **2.1.1.1. The original final judgment on conviction as a condition for compensation**

The exercise of the right to compensation of damage for wrongful conviction presupposes that the defendant has been found guilty by a final judgment, whereby it is irrelevant whether a criminal sanction has been imposed or whether the defendant has been exempt from punishment. As for the right to compensation, the legislator does not make a distinction in terms of the type and scope of the imposed criminal sanction.

In comparative law, the lack of envisaged conditions in terms of the type and scope of the imposed criminal sanction is not a generally accepted position in regulating the right to compensation for wrongful conviction. In some legislations, the limitations on the right to compensation depend on the type of imposed criminal sanction. Thus, in German and Austrian law, the right to compensation for wrongful conviction is only applicable in cases pertaining to the originally imposed punishment. Some legislations recognize the right to compensation of damage on the basis of the initial conviction which was the legal ground for imposing punishment or security measures (e.g. in Italian law). In some other legislations (e.g. in Hungarian law),

the right to compensation for wrongful conviction is acquired only in case certain security measures (e.g. forced hospitalization) have been imposed (Grubač. 1977, p. 31).<sup>6</sup> Given the different approaches to compensation for wrongful conviction which, in some legislations, resulted in imposing some criminal sanctions other than punishment (e.g. security measures), it is necessary to theoretically justify the need for obliging the state to compensate the wrongfully convicted person irrespective of the type of wrongfully imposed criminal sanction.

In the criminal procedure law theory, the right to compensation for damage caused by wrongful conviction which resulted in imposing security measures raises the fewest dilemmas. Security measures are criminal sanctions aimed at protecting social values by imposing relevant medical or other treatment, banning the perpetrator from performing certain activities, and confiscating certain items. Given the nature of security measures, there is no reason to deny the right to compensation in cases where the court wrongfully imposed this type of criminal sanctions. The potential damage caused by the wrongfully applied security measures is not less substantial than the damage caused by wrongfully imposed punishment. Within the framework of medical security measures, it primarily refers to forced (involuntary) hospitalization. Here, we will try to examine the motives of certain legislators to recognize the right to compensation only in cases involving wrongful imposition of the security measure of forced hospitalization. The essence of forced hospitalization as a security measure of medical nature is to restrict the freedom of movement of the convicted offender (and other rights and freedoms); thus, a person who has been imposed this security measure is subject to similar restrictions that are applicable in case he/she is delivered a criminal punishment. Therefore, there is no reason to deny the right to compensation in cases where this security measure has been wrongfully imposed. However, there is a question why the right to compensation is denied in case of wrongful imposition of other security measures, primarily those involving the ban on performing certain activities. In effect, the prohibition of performing certain activities causes both material damage (e.g. loss of income) and non-material damage to the person who has been imposed this measure (e.g. if an artist is excluded from public life, it may harm his reputation and popularity). Therefore, there is no reason to deny the right to compensation for damage caused by the wrongful imposition of these security measures. Moreover, in cases involving wrongful imposition of these types of security measures, the compensation for damage awarded under the general civil-law compensation rules seems to be insufficient, which is likely the reason for recognizing the right to compensation for wrongful conviction. In the latter case, the inflicted damage is the result of wrongful criminal conviction rather than a consequence of the obligation-law relationship between the state (as a wrongdoer) and the person who has been subjected to a security measure.

Finally, it follows from the above that the right to compensation for damage for wrongful conviction as well as the right to complete social rehabilitation of

<sup>6</sup> For more, see: Грубач, М. (1979, p. 31).

wrongfully convicted persons should not be conditioned by the type and scope of the imposed criminal sanction.

### **2.1.1.2. The epilogue of the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy as a condition for compensation of damage for wrongfully conviction**

A convicted person may acquire procedural legitimacy to initiate a proceeding for compensation of damage caused by wrongful conviction only if the final (first-instance) judgment has been invalidated in the (second-instance) proceeding initiated by filing a request for an extraordinary legal remedy. More specifically, the proceeding on an extraordinary legal remedy shall be terminated by rendering the final judgment on the defendant's acquittal the dismissal of criminal charges, or the termination of the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy. The first-instance judgment may also be invalidated in the proceeding initiated upon: a) the request (motion) for a retrial; b) the request for the protection of legality; and c) the request for an extraordinary review of the final judgment. The ultimate result of the proceeding initiated by filing a request for the mitigation of punishment (as an extraordinary legal remedy) cannot be the exemption from criminal charges, dismissal of criminal charges, or termination of criminal proceedings; the only possible outcome of this proceeding can be the acquittal. For this reason, the judicial decision rendered on the mitigation of punishment cannot invalidate the original final conviction. Therefore, the proceeding initiated by invoking the extraordinary mitigation of punishment cannot lead to the acquisition of procedural legitimacy to initiate the proceeding for compensation of damage for wrongful conviction.

A final judgment of conviction may also be invalidated by a judgment on dismissing the charges, which is rendered in the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy. In principle, the Serbian legislator recognizes that the judgment on dismissing the charges has the character of a prerequisite on the basis of which the wrongfully convicted person may acquire the right to initiate the proceeding for compensation of damage for wrongful conviction. However, considering the provisions of Article 585 (para. 2, items 1-2), specifying the circumstances when the wrongfully convicted person is not entitled to exercise the right to compensation, the defendant cannot acquire the right to initiate compensation proceedings for wrongful conviction on the basis of a second-instance judgment on dismissing the charges.

Unlike some legislations, the Serbian Criminal Procedure Code provides ample opportunities for exercising the right to compensation for wrongful conviction in cases involving the annulment of a final (first-instance) judgment by a final judgment on termination of criminal proceedings or a final judgment on dismissing the charges. Other legislations have a more restrictive approach to the issue of the right to compensation for wrongful conviction. For example, Hungarian law provides for the possibility of seeking damages only if a judgment on acquittal has been rendered in the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy (Grubač. 1977,

p. 31). The German and Austrian laws allow this possibility in cases of rendering a judgment on acquittal and a judgment on termination of criminal proceedings, alongside with the additional condition that the defendant's criminally liable has been fully invalidated. In effect, it means that there is no right to compensation of damage for wrongful conviction if acquittal was rendered due to the lack of evidence in the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy (Roeder, 1963, p. 129). Such a restrictive approach to exercising the right to compensation on the basis of invalidated conviction is in conflict with the very nature of modern criminal procedure. Namely, the immediate result of the prosecutor's failure to prove the defendant's guilt (in this case, to maintain the judicial belief in the justifiability of the original conviction) may be a violation or denial of the defendant's rights. The failure of the criminal-law request for punishment cannot prevent the exercise of the defendant's rights, notwithstanding why the final (first-instance) conviction has not been confirmed in the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy. Therefore, as the prosecutor has failed to justify (in the second-instance proceeding) the factual grounds for conviction in the first-instance judgment, the defendant shall not bear the consequences of the burden of proof envisaged by the law.

The fewest dilemmas about the right to compensation for damage caused by wrongful conviction are raised in cases where the original final judgment is invalidated by a judgment on acquittal rendered in the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy. Therefore, it is indisputable that the right to compensation of damage for wrongful conviction is acquired when the final judgment in the procedure on an extraordinary legal remedy is invalidated by the judgment on the defendant's acquittal.

### **2.1.2. The right to compensation in case of a milder punishment and a milder legal qualification of the criminal offence**

The right to compensation for wrongful conviction is acquired if the original final first-instance judgment has not been confirmed in the second-instance proceeding on an extraordinary legal remedy. However, a question arises as to whether wrongful conviction may also refer to a conviction involving a less serious offence and a milder punishment (e.g. a fine instead of a term of imprisonment, or a guilty plea accompanied by exemption from punishment in a judgment rendered on an extraordinary legal remedy). Unlike some other legislations (e.g. German, Hungarian), the Serbian Criminal Procedure Code envisages that the right to compensation for wrongful conviction cannot be exercised in these situations. According to Serbian positive law, a conviction is wrongful if a final first-instance judgment is invalidated in the second-instance proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy. Thus, acquittal or a milder punishment imposed in a judgment rendered on an extraordinary legal remedy (except for the request for the extraordinary mitigation of punishment) cannot be the legal grounds for compensation of damage for wrongful conviction.

Yet, exemption from punishment or a milder punishment may be the legal ground for compensation of damage for *-wrongful deprivation of liberty*, in compliance with the conditions stipulated in Article 584 (para.1, point 2) of the **CPC**.

In case a first-instance conviction has been confirmed in the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy but the second-instance judgment provides a milder legal qualification of the criminal offense, it is not deemed to be a wrongful conviction. However, in this situation, the defendant has the right to moral satisfaction for violation of one's reputation (i.e. reparation as a moral component of social rehabilitation), as provided in Article 592 of the Criminal Procedure Code. Therefore, in case the inadequate legal qualification of the criminal offense contained in the original conviction infringes on the defendant's reputation, it may be modified in the final judgment rendered in the (second-instance) procedure on an **extraordinary** legal remedy and published.<sup>7</sup>

## **2.2 Legal grounds for exclusion of the right to compensation of damage for wrongful conviction (negative circumstances)**

In Serbian law, the conviction is deemed to be wrongful in cases involving the annulment of the final first-instance judgment in the (second-instance) proceeding instituted by invoking an extraordinary legal remedy. Consequently, the wrongfully convicted person acquires the right to full social rehabilitation. However, in case there are statutory circumstances of either objective or subjective nature pertaining to the defendant's own conduct, the responsibility of the state for wrongful conviction is excluded. The circumstances that exclude the exercise of the right to compensation of damage for wrongful conviction are provided in Article 585 (para.2, items 1-2) of the Criminal Procedure Code. These so-called negative circumstances provide that a convicted person shall not be entitled to damage compensation:

- a) if the defendant deliberately caused his own conviction by a false confession or in any other way, unless he was coerced into it; and
- b) if the criminal proceedings were terminated or if criminal charges were dismissed in the retrial due to the fact that the injured party (acting in the capacity of a private or a subsidiary prosecutor) has abandoned the criminal prosecution or has withdrawn the prosecution claim as a result of an agreement with the defendant (Article 585, para. 2, items 1-2 CPC).

### **2.2.1. Legal ground for exclusion of the right to compensation for wrongful conviction caused by the defendant's false confession or in any other way**

The Criminal Procedure Code comprises general provisions on the exercise of the rights of wrongfully convicted persons. Thus, it is logical that legal provisions sanction the consequences of the defendant's conduct by which he caused his own conviction. In these circumstances, the legislator specifies the legal grounds

<sup>7</sup> For more on this situation in Austrian law, see: Roeder, 1963, p. 355.



for exclusion of the right to compensation for wrongful conviction caused by the defendant's false confession and other similar conduct.

A false confession may be a circumstance that excludes the right to compensation only if the confession meets certain requirements. First, the confession must be the result of the defendant's freely expressed will. Otherwise, if the false confession is a consequence of coercion, it will not have a legally recognized impact on the exercise of rights stemming from wrongful conviction (Article 585, para. 2, item 1 CPC). Given the fact that the legislator has envisaged coercion as a circumstance that nullifies the effect of false confession (as an unfavourable circumstance precluding the exercise of the rights stemming from wrongful conviction), we should point out to other illicit and undue influences on the will of the accused, such as: the use of force, duress, medical interventions without informed/voluntary consent, and the like. However, the mention of coercion in this context seems to be unnecessary. Namely, in order for a false confession to have the character of a negative/unfavourable circumstance relevant for exercising the rights arising from wrongful conviction, it must be given with the aim of intentionally causing the defendant's own conviction (Article 585, para. 2, item 1 CPC). Given that coercion is one of the circumstances that exclude liability for unlawful behaviour, it is quite certain that coercion excludes intent. Therefore, it is unnecessary to explicitly mention coercion within the circumstances affecting the consequences of the defendant's false confession.

A false confession may be a circumstance that excludes the right to compensation of damages for wrongful conviction only if it is a confession in the true sense of the word (Vasiljević, 1968, p. 291). In addition, false confession should refer to the facts and circumstances that constitute the act of committing the criminal offense for which the defendant is accused (Grubač, 1977, p. 38). If a false confession refers to a fact that does not relate to the committed criminal offense, then a false confession on that fact does not exclude the right to compensation of damage caused by the wrongful conviction. There must be a causal link between the false confession and the wrongful conviction. The judgment by which the defendant was wrongfully convicted should be primarily based on the defendant's testimony which contains a false confession about the committed criminal act. On the other hand, if the defendant's conviction is based on evidence obtained from other evidentiary instruments (e.g. witness testimony, expert testimony, documents), then false confession does not constitute a circumstance that excludes the right to compensation for wrongful conviction. In this situation, the defendant would be convicted even if there is no testimony containing a false confession.

In order to be established as a circumstance that excludes the right to compensation of damage for wrongful conviction, a false confession must be given in the main trial proceeding because the judgment can be rendered only on the basis of evidence and facts presented at the main trial (Article 352, para. 1 CPC). The decisions of the Supreme Court of Yugoslavia (VSJ - Kž 3/61) and the Supreme

Court of Vojvodina (VS Vojvodina 10/70) show that false confession given in the course of investigation and later refuted in the main trial proceeding does not exclude the right to compensation of damage for wrongful conviction. From the point of view of exercising the right to compensation, a false confession contained in the appeal against the first-instance judgment is also irrelevant.

The legal reasoning of the judgment should provide an explanation on whether the conviction is substantially based on a false confession or not. In most cases, we can clearly learn from the rationale to what extent the false confession affected the defendant's conviction. However, there is a problem of relativization of the court's obligation to provide a reasoned justification of the judgment. A written judgment does not have to contain a reasoning if the parties (and the injured person, if he/she has the right to appeal) waive the right to appeal as soon as the judgment has been pronounced, and if they have not expressly requested the delivery of the judgment. The lack of reasoning in a judicial decision can create problems in the proceedings initiated upon the request for a retrial and the request for the protection of legality, where the final judgment can be invalidated, thus providing an opportunity for the compensation of damage for wrongful conviction.

When assessing the fulfilment of the conditions for compensation of damage for wrongful conviction, it is necessary to determine the possible impact of false confession on the final judgment, which can be observed only on the basis of the legal reasoning contained in the judgment. The stance that judicial practice (case law) can help in resolving this issue, by disregarding the possible lack of legal reasoning in the judgment, seems to be appropriate for two reasons: the omission does not contribute to speeding up the procedure, and it is not a serious impediment in court proceedings because the legal reasoning may be (re)constructed on the merits (Vasiljević, 1977, p. 64). Moreover, in case of waiving the right to appeal immediately after the judgment is pronounced (Article 429, para. 1 of the CPC), the possible lack of legal reasoning raises the issue of the right to compensation of damage for wrongful conviction in case of failure to appeal. Namely, in addition to stipulating false confession as an unfavourable circumstance for exercising the right to compensation for wrongful conviction, the legislator also mentions "the other ways" of causing one's own conviction. This group of circumstances may include presenting false documents to the court, different forms of illicit influence on witnesses, and the like. Thus, the right to compensation is excluded if the second-instance judicial decision invalidating the final (first-instance) conviction is based on the evidence obtained from a false document or a witness testimony obtained by use of force, threats, coercion and other forms of undue influence. The legal requirement for the existence of this negative circumstance should be the established and proven causal link between the evidence obtained in an illicit manner and the judicial decision invalidating the final conviction.

In the criminal procedure law theory, there is a controversy about the failure to file an appeal as one of the ways of "intentionally causing the conviction" by the

defendant himself. The right to appeal is the first opportunity for the defendant to challenge the conviction and preclude all its consequences, by contesting the factual and legal grounds of the final judgment. The key question is whether the defendant's failure to file an appeal demonstrates his/her belief that the conviction is justifiable. If the answer to this question is affirmative, it may called into question the justifiability of the defendant's subsequent claims for damages. This line of reasoning is most likely to have contributed to the legislator's motives to enact relevant provisions in the former legislation, the Criminal Procedure Code of the Kingdom of Yugoslavia (1929) and the Criminal Procedure Code of the FPRY (1953), where the right to compensation of damage for wrongful conviction was denied if the defendant had failed to file an appeal, or waived the right to appeal.

This legal solution may be criticized. The first disputable issue is how to determine the nature of the defendant's failure to file an appeal, i.e. whether it has been done “intentionally” or in “gross negligence”, and the like. Second, by enacting such provisions, the right to appeal is transformed into an obligation to appeal (Sržentić, 1966, p. 441). Third, in case the appeal has been filed by the public prosecutor or a close relative acting in the name and on behalf of the defendant, can it be taken to mean that the defendant intentionally failed to file an appeal?

In addition to the presented argumentation, we consider it necessary to point out to the circumstances which, essentially, make the causal link between the right to compensation for wrongful conviction and the prior use of regular legal remedies ill-founded. As a matter of fact, the legislator has not envisaged a requirement that the right to file a request for extraordinary legal remedies is pre-conditioned by the prior use of regular legal remedies. By analogy, the exercise of the right to compensation for wrongful conviction should not be conditioned by the prior use of the right to appeal, given that such a condition does not exist in terms of the right to file a request for extraordinary legal remedies.

The prior obligation of the defendant to challenge the first-instance judgment by filing an appeal, as a precondition for exercising the right to compensation for wrongful conviction, is made redundant by the possibility of invalidating the final judgment in the procedure for extraordinary legal remedies. In addition, the facts and evidence leading to acquittal may appear only after the judgment becomes final. Moreover, the defendant does not have to present new facts and evidence in the appeal procedure but can only focus on the illegality of the first instance judgment (Vasiljević, 1987, p. 724). The failure to file an appeal may exclude the right to compensation for wrongful conviction only if it is established that the appeal was not filed for the purpose of intentionally causing one's conviction.

Certain legislations sanction the omissions in exercising the right to defence by excluding the right to compensation for wrongful conviction in such cases. Thus, the Italian Criminal Procedure Code (1989) excludes the right to compensation for wrongful conviction “if the defendant has caused a conviction or contributed to

passing a wrongful conviction either intentionally or in gross negligence” (Article 571). In the Italian criminal procedure law theory, a conviction is considered to have been intentionally caused if a person’s conduct is aimed at deceiving a judge, while contribution to conviction implies gross negligence in exercising the right to defence.

### **2.2.2. Exclusion of the right to compensation for wrongful conviction due to the injured party’s abandonment of prosecution or withdrawal of the prosecution motion on the basis of an agreement with the defendant**

Pursuant to the principle of *mutatis mutandis*, the authorized prosecutor may abandon prosecution at any stage of the criminal procedure, including the proceeding initiated by invoking an extraordinary legal remedy. In that context, the prosecutor’s decision to drop the charges results in the judicial decision to terminate the criminal proceeding. Given that the Criminal Procedure Code recognizes the right to compensation for wrongful conviction even in case the final judgment has been invalidated by the second-instance judgment on the termination of criminal proceedings or a judgment on dismissing the charges in the proceeding for an extraordinary remedy, the mere fact that the prosecutor has dropped the charges does not jeopardize either the interest of the wrongfully convicted person or the public interest. However, the legislator attempts to prevent the termination of criminal proceedings or the dismissal of charges in the proceedings for an extraordinary legal remedy in case they are established to be the result of an informal agreement between the injured party (acting in the capacity of as a subsidiary or a private prosecutor) and the defendant. As a rule, the public prosecutor cannot make an agreement with the defendant because the public prosecutor is bound by the principle of legality of criminal prosecution. If the prosecutor abuses his authority and makes an agreement with the defendant, the right to compensation is excluded.

Unlike the current legal provisions contained in Article 585 of the CPC, the Criminal Procedure Code of FPRY (1953) did not envisage the possibility of awarding compensation for wrongful conviction if the private prosecutor’s decision to abandon criminal prosecution resulted in the judicial decision to dismiss the charges. The downside of this legal solution is reflected in the fact that the injured party acting as a private prosecutor (but not as a subsidiary prosecutor) could prevent the defendant’s acquittal by abandoning the prosecution claim. Thus, the defendant would be precluded from acquiring the requisite procedural legitimacy for initiating the proceeding for compensation of damage for wrongful conviction. Recognizing the harmful impact of this provision on the defendant’s rights, the legislator amended the Criminal Procedure Code in 1970 and, in principle, recognized the right to compensation in case the (second-instance) judgment on dismissing the charges was the result of the (private and subsidiary) prosecutor’s abandonment of or withdrawal from the prosecution claim, unless the abandonment or withdrawal was the result of the prosecutor’s agreement with the defendant.

It may be interesting to discern the legislator's motive to eliminate the possibility of a “consensual” abandonment of the criminal prosecution. The legislator seems to have started from the hypothetical situation involving a “settlement” between the defendant and the injured party (as a private or a subsidiary prosecutor); thus, the defendant would pay a certain amount of money to the private/subsidiary prosecutor and, in return, the authorized (private/subsidiary) prosecutor would abandon the criminal prosecution. In such a case, the authorized prosecutor would not be opposed to the defendant acquiring the right to be compensated from the budget. For this reason, the legislator sanctioned the possibility of a settlement between the defendant and the private or subsidiary prosecutor, made in the aforesaid manner.

The current Criminal Procedure Code provision (Article 585 CPC) seeks to preclude the defendant's acquisition of the right to compensation for wrongful conviction in case the injured party (acting as a subsidiary and a private prosecutor) withdraws the prosecution claim on the basis of an agreement with the defendant. Relying on the critical analysis of this provision, we may observe some disputable facts. First of all, we cannot see the reason for stipulating the injured party acting in the capacity of a subsidiary prosecutor as a potential actor in endangering the public interest (by making an agreement with the defendant) because, in such a case, the public prosecutor would be obliged to take over the prosecution. On the other hand, the question arises as to the actual possibility of the court to find out the motives of the private prosecutor's withdrawal from the prosecution. The private prosecutor (or any other prosecutor) is not obliged to explain his/her decision to abandon the prosecution claim. This intention can also be manifested by a conclusive action or conduct, such as failure to appear in the main trial hearing even though he/she has been duly summoned. Next, the legislator has to sanction the “agreement” between the defendant and the private prosecutor which is based on coercion, threats and duress. Yet, considering the fact that a conviction may be wrongful for reasons other than the private prosecutor's agreement with the defendant, the criminal procedure theory has proposed another solution. It includes a standpoint that the right to compensation for wrongful conviction could be exercised on the basis of the Constitution alone, given that Article 35 of the Constitution of the Republic of Serbia explicitly guarantees that any person unlawfully imprisoned, detained or wrongfully convicted shall have the right to social rehabilitation and compensation of pecuniary and non-pecuniary damages by the state, as well as other rights stipulated by the law. The basic premise of this position is that a wrongfully convicted defendant (who is *de facto* innocent) may also resort to entering into an informal agreement with the private prosecutor, motivated by the uncertainty of the ultimate outcome of criminal proceedings. Given that the agreement between the injured party (acting a private or subsidiary prosecutor) and the defendant may frustrate the exercise of the right to compensation for wrongful conviction, it may be precluded by ensuring that the injured party is entitled to exercise the right to compensation under the Constitution! (Cigoj, 1978, p. 530).

## Conclusion

On the whole, the normative framework concerning the right to compensation for wrongful conviction in the Serbian positive law fully observes the universally accepted guarantees contained in the most important international documents on human rights' protection. In Serbian criminal procedure law, the legislator has expanded the scope of protection available to wrongfully convicted persons, who have been harmed by "a miscarriage of justice" in criminal proceedings, by envisaging the right to compensation for wrongful conviction even in cases where the final (first-instance) judgment has been invalidated by (second-instance) judgment on termination of criminal proceedings and the judgment on dismissal of criminal charges in the proceedings initiated by filing a request for an extraordinary legal remedy. The envisaged limitations on exercising the right to compensation for wrongful conviction are in line with the international human rights' standards proclaimed in the most important international documents in the field of protection of fundamental human rights and freedoms. The rationale of the limitations is that the guaranteed rights arising from a miscarriage of justice in criminal proceedings cannot be invoked in case judicial errors have occurred as a result of the defendant's (intentional or negligent) omission, which has contributed to the wrongful conviction.

## References

1. Васиљевић, Тихомир (1968). Накнада штете проистекле од неоправдане осуде и неоснованог задржавања у притвору (Compensation of damage arising from wrongful conviction and wrongful detention), Хроника судске праксе, *Југословенска ревија за кривично право и криминологију*, бр. 2/68, стр.291.
2. Васиљевић, Т. (1977). Нове установе и нова решења закона о кривичном поступку од 24. 12. 1976. (New institutes and solution in the Criminal Procedure Act 1976), *Гласник адвокатске коморе Војводине*, бр. 6/77, стр.64.
3. Васиљевић, Т. (1987). Систем Кривичног процесног права СФРЈ (The Criminal Procedure Law of the SFRY), Савремена администрација, Београд, 1987, стр.724.
4. Грубач, Момчило (1979), *Накнада штете за неоправдану осуду и неосновано лишење слободе* (Compensation for wrongful conviction and unjustified imprisonment), Савремена администрација, Београд, 1979, стр.31, 38.
5. Haris, D. J., O' Boyle M., Warbick C. (1995). *Law of the European Convention on Human Rights*, London: Buttenvorths, 1995, p. 586.
6. Roeder, Herman (1963). *Lehrbruch des Osterreichischen Strafverfahrensrechte*, Wien, 1963, p.129, 355.
7. Roxin, Claus (1998). *Strafverfahrensrecht*, München: C.H. Beck Verlag

8. Срзентић, Никола (1966). Накнада штете због неоправдане осуде и због неоснованог лишења слободе (Compensation of damage for wrongful conviction and wrongful deprivation of liberty), *Зборник радова у страном и упоредном праву*, Институт за упоредно право, Београд, св. 4, 1966; стр. 441.
9. Цигој, Стојан (1978). Интервенција државног органа у личну слободу (Interference of state authorities with personal freedom), *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Савремена администрација, Београд, 1978, стр. 530.

### **Legal documents**

1. *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950); Article 3 to Protocol no. 7 to the ECHR (Strasbourg, 22 November 1984).
2. Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Strasbourg, 22.XI.1984; <https://rm.coe.int/16800c96fd>
3. The International Covenant on Civil and Political Rights (1966), adopted by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966, entered into force 23 March 1976, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>
4. The American Convention on Human Rights (1969), adopted on 22 November 1969; <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201144/volume-1144-i-17955-english.pdf>
5. Rome Statute of the International Criminal Court (1998), adopted on 17 July 1998, entered into force on 1 July 2002; <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>
6. Talijanski kazneni postupak (Italian Criminal Procedure Code, 1989), ed. Berislav Pavišić, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2002
7. Ustav Republike Srbije / The Constitution of the Republic of Serbia (2006), *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006; <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>
8. Zakonik o krivičnom postupku /The Criminal Procedure Code, *Official Gazette of the RS*, Nos. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14 and 35/19 ; <https://www.mpravde.gov.rs/files/CRIMINAL%20PROCEDURE%20CODE%20%202019.pdf>

### **Case law**

1. Одлука Врховног суда Југославије, ВСЈ-Кж.3/61 (Judgment of the Supreme Court of Yugoslavia);
2. Одлука Врховног суда Војводине (Judgment of the Supreme Court of Vojvodina) 10/70, 27.Jan. 1970.

**JUVENILE DELINQUENCY IN THE REPUBLIC OF  
NORTH MACEDONIA THROUGH THE PRISM OF  
GENDER REPRESENTATION**

**Lazar Nanev, PhD**

Professor Dr, Faculty of Law, University “Goce Delchev” - Stip

e-mail: [lazar.nanev@ugd.edu.mk](mailto:lazar.nanev@ugd.edu.mk)

**Olga Koshevaliska, PhD**

Associate professor, Faculty of Law, University “Goce Delchev” - Stip

e-mail: [olga.gurkova@ugd.edu.mk](mailto:olga.gurkova@ugd.edu.mk)

**Elena Maksimova, PhD**

Assistant professor, Faculty of Law, University “Goce Delchev” - Stip

e-mail: [elena.ivanova@ugd.edu.mk](mailto:elena.ivanova@ugd.edu.mk)

**Alexandra Rogleva, PhD**

Assistant, Faculty of Law, University “Goce Delchev” - Stip

e-mail: [aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk](mailto:aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk)

**Abstract**

Organized and individual forms of children’s behavior that violates the generally accepted legal and moral values in the social community, manifest a growing trend in recent years. Nowadays, juvenile delinquency has a higher share in the overall crime than before, and at the same time is characterized by extremely fast growth dynamics and qualitatively new, more severe forms of violation on protected social goods. Such occurrences are basically conditioned by the complex factors that determine modern life, which, among other things, have a direct impact on the behavior of young people as a separate socio-biological group. When it comes to the gender representation of delinquent behaviors manifested by children, it is a well-known fact that the participation of boys in the total case number of juvenile delinquency is significantly higher compared to that of girls. This is generally due to the differences that exist in the biopsychological characteristics of boys and girls, but also the different shaping and treatment of social roles that belong to members of both sexes.

Gender as a socio-demographic characteristic has a special significance in explaining the phenomenology of juvenile delinquency. The paper focuses on the basic phenomenological characteristics of juvenile delinquency in the Republic of North Macedonia, through the prism of gender differentiation that stimulates such behaviors, in order to determine the basis of an appropriate social response and prevention.

**Keywords:** juvenile delinquency, delinquent behavior, female, male, prevention, protection



## ДЕТСКОТО ПРЕСТАПНИШТВО ВО РЕПУБЛИКА СЕВЕРНА МАКЕДОНИЈА НИЗ ПРИЗМАТА НА ПОЛОВАТА ЗАСТАПЕНОСТ

### **Проф. д-р Лазар Нанев**

Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип

е-маил: [lazar.nanev@ugd.edu.mk](mailto:lazar.nanev@ugd.edu.mk)

### **Проф. д-р Олга Кошевалиска**

Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип

е-маил: [olga.gurkova@ugd.edu.mk](mailto:olga.gurkova@ugd.edu.mk)

### **Доц. д-р Елена Максимова**

Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип

е-маил: [elena.ivanova@ugd.edu.mk](mailto:elena.ivanova@ugd.edu.mk)

### **Асс. д-р Александра Роглева**

Правен факултет, Универзитет „Гоце Делчев“ - Штип

е-маил: [aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk](mailto:aleksandra.rogleva@ugd.edu.mk)

### **Апстракт**

Организираните и индивидуалните облици на однесување кај децата со кои се кршат општоприфатените правни и морални вредности во општествената заедница, манифестираат растечки тренд во изминатите години. Во современи услови, детското престапништво бележи поголемо учество во севкупниот криминалитет од порано, а истовремено се карактеризира со исклучително брза динамика на пораст и квалитативно нови, потешки облици на напад врз заштитените општествени добра. Ваквите состојби, во основа, се условени од комплексните факторите што го детерминираат современото живеење, кои меѓу другото имаат непосредно влијание и врз начинот на однесување на младите како посебна социо - биолошка категорија. Кога станува збор за половата застапеност на деликвентните поведенија кои ги манифестираат децата, општо познат факт е дека учеството на момчињата во вкупниот обем на детско престапништво е значително поголемо во споредба со она на женските лица. Ова генерално се должи на разликите што постојат во биопсихолошките особини кај момчињата и девојчињата, но и различното обликување и третман на општествените улогите што ги имаат припадниците на двата пола.

Полот како социо - демографска карактеристика има особено значење во објаснувањето на феноменологијата на детското престапништво. Во трудот е даден фокус на основните феноменолошки карактеристики на детското престапништво во Република Северна Македонија, преку призмата на половата диференцијација која предусловува вакви поведенија, како би се утврдиле основите на соодветна општествена реакција и превенција.

**Клучни зборови:** детско престапништво, деликвентни поведенија, женски пол, машки пол, превенција, заштита

## Вовед

Детското престапничко однесување во современи услови е едно од најактуелните прашања кога станува збор за следење на состојбите во кои се инволвирани младите и преземање на мерки и активности за унапредување, заштита и поттикнување на специфичниот младински развој. Вообичаено се манифестира преку практикување на неприфатливи поведенија кои се резултат на актуелните општествени прилики и специфичните внатрешни превирања на личноста на детето како одговор на сè она што го опкружува, а се состои во кршење на востановените кривично – правни / прекршочни норми и моралните вредности на системот. Меѓу другото, криминалитетот на децата го привлекува вниманието на пошироката стручна јавноста и поради неговата натпросечна зачестеност и извонредна криминално - политичка релевантност.<sup>1</sup> Најчесто „постулатите“ на криминалната кариера се поставуваат токму на оваа возраст, па најголем дел од рецидивистите во периодот по адолесценција и во возрасното доба, своите први девијантни поведенија ги пројавуваат пред да станат полнолетни.

Карактеристиките кои ги носи возраста во однос на биопсихолошкиот развој условуваат потреба од засебен третман на децата во случаи кога тие се јавуваат како сторители на поведенија што со закон се определени како кривични дела. Карактерните особини комбинирани на оригинален начин во посебна личност и честопати, неконтролираните манифестации на внатрешните доживувања, се само дел од специфичниот детски развој, што изнудуваат посебен начин на разгледување на поводите кои условуваат вршење на девијантни поведенија кај младите, потребата и начините на превенција и репресија и нивно објаснување воопшто. Дополнително, пропустите во процесот на воспитување и социјализација на децата во нивното потесно опкружување, може исто така да иницираат одредени девијации во однесувањето кои стануваат сериозен општествен проблем во моментот кога ќе се манифестираат како директна повреда и загрозување на општествените добра и односи заштитени со позитивното казнино законодавство.

Со оглед на тоа што престапничкото однесување на младите е динамична материја која е постојано актуелна и во центарот на вниманието на пошироката стручна јавност, интересот за негово континуирано следење никогаш не згаснува, туку напротив, се интензивира како резултат на потребата за приспособување на реакција на проблемот кон околностите и предизвиците што ги носи новото време. Во оваа насока, особено важна детерминанта во следењето на севкупноста на појавата, е нејзиното анализирање низ призмата на половата застапеност, односно процентуалното учество на момчињата и девојките во вкупниот обем на криминалитет што го вршат. Досегашното искуство покажува дека

<sup>1</sup> Кајзер, Г., Криминологија, Александрија, Скопје, 1996, стр.227;

учеството на припадничките од женски пол во вкупниот обем на криминалитет што го вршат младите е значително помало во однос на момчињата, па поради тоа неоправдано се маргинализира и не се сфаќа премногу сериозно кога станува збор за обликување на правилната перцепција на проблемот. Сепак, во поново време феноменолошката слика на детското престапништво значително се менува, како во однос на формата и содржината на поведенијата што го сочинуваат, така и во однос на стереотипните погледи за апсолутна доминација на момчињата во практикување на криминално поведение. Последново е особено важно затоа што девојчињата сè уште партиципираат значително помалку во севкупното детско престапништво, но нивниот број низ годините постојано расте, манифестирајќи се во специфични форми на асоцијално и противправно однесување. Ваквите трендови заслужуваат посебно внимание во правно - политичкиот дискурс посветен на предметната област, бидејќи на соодветен начин ја обликуваат општествената реакција на проблемот, изразена преку соодветни модели на превентивно и интервентно дејствување.

### **Глобални трендови во вршење на детското престапништво во современи услови**

Кога станува збор за причините кои го условуваат криминалното поведение кај децата, последните истражувања покажуваат дека тие почесто се инволвирани во вршење на специфични криминални активности во споредба со возрасните, поради тоа што многу не-кривични задоволства како што се коцкањето, конзумирањето алкохол или наркотични дроги, се достапни за возрасните, но не и за децата. Ова посебно важи за повозрасната група од 16-18 години, која како што се приближува до границата на полнолетството, зачестено пројавува тенденција за вклучување во активности кои се „резервирани“ за постарите, како своевиден одраз на потребата да се порасне побргу и да се истражи светот на возрасните, односно да се искуси она што го нуди. Оттука потребата од самоконтрола кај некои возрасни е со помал интензитет отколку кај малолетниците кога станува збор за практикување на активности од ваков вид. Потреба од поголема доза на воздржување, која за жал лесно се прекршува<sup>2</sup>, е неретко повод за зголемено учество на децата во вкупниот криминалитет на одреден простор и време. Децата од двата пола од оваа старосна група најчесто вршат имотни деликти, односно кражби<sup>3</sup>. Слична е состојбата и на нашето поднебје, каде имотните деликти доминираат во вкупниот обем на детско

<sup>2</sup> Tittle, C. R., Grasmick, H.G., *Criminal Behavior and Age: A Test of Three Provocative Hypotheses*, *Journal of Criminal Law and Criminology*, Volume 88 Issue 1 *Fall* Article 7, Northwestern University, School of Law, USA 1997, pg. 318;

<sup>3</sup> Студија од почетокот на деведесетите години направена во Германија, Швајцарија, Шведска и Јапонија покажала најголема инволвираност на малолетниците во кражби на велосипеди и кражби по продавници.

престапништво (тешки кражби, разбојништва, разбојнички кражби, одземање на моторни возила и оштетување на туѓи предмети). Што се однесува до останатите облици на криминалитет, во рамки на детското престапништво почесто застапени во однос на останатите се и кривичните дела против животот и телото, кривичните дела против половата слобода и половиот морал, кривичните дела против безбедноста на јавниот сообраќај и кривичните дела против јавниот ред и мир. Тенденција, која во поново време е во континуиран пораст кај девојките (за што говори и статистиката во табелите подолу) е вршење на кривични дела против здравјето на луѓето, односно тргување со дроги и овозможување нивна употреба<sup>4</sup>. Ваков тренд е евидентиран и во САД од страна на *US Department of Justice*. Имено за периодот од 2000 до 2010 година е забележано значително покачување на бројот на уапсени девојки осомничени за вршење на кривични дела поврзани со дистрибуирање и користење на наркотици и за возење под влијание на алкохол и дрога, за разлика од не толку евидентното покачување за истите кривични дела сторени од страна на момчињата. Во истиот период кај девојките уапсени поради *проблематично однесување* е констатиран пораст од 8%, а од друга страна има исто толкаво намалување кај момчињата<sup>5</sup>.

Во однос на начинот на кој се вршат кривичните дела и останатите форми на неприфатливи, асоцијални поведенија, најчесто се евидентирани групирања на младите проследени со елементи на насилство. Детското престапништво, во современи услови се карактеризира со организираност на лицата во банди/групи со цел вршење на кривични дела, кои согласно поднебјето на кое се појавуваат и оперираат, различно се нарекуваат. Имаат цврста организациска структура, со водич кој се издвојува како најсилен и најсмел при вршењето на кривични дела, специфичен, унифициран dress code, а најчесто се вооружени со ладно и огнено оружје кое го користат како средство за вршење на кривични дела. Ваквите начини на организирано сторување на кривични дела се смета дека се позастапени во поголемите метрополи низ светот, како конститутивен елемент на криминалното дејствување, бидејќи кај самостојното вршење на делото веројатноста за одржување во „криминалниот свет“ е многу помала. Најчеста причина за вклучување во групно, организирано вршење на кривични дела е потребата од чувство на припадност, сигурност и посакуваност во одредена средина, така што ова е повеќе облик на живеење, одошто судир со постоечките закони кои забрануваат одредено поведение. Затоа и најчесто инволвирани во вакви банди се деца кај кои е евидентна воспитна запуштеност од страна на родителите или старателите. Така, до 1982 година во Лондон биле евидентирани дури 40.000 малолетнички банди. Само во 2008 година се евидентирани 170

---

<sup>4</sup> Лажетик-Бужароска, Г., Нанев, Л., Кошевалиска, О., Кривично постапување спрема деца во ризик и во судир со законот, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2015, стр. 93;

<sup>5</sup> Carrington, K., Girls and violence: The case for a feminist Theory of Female Violence, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 2013, pg. 63;

вакви банди<sup>6</sup>, од кои три биле потполно женски, односно броеле само девојки во нивните редови. Поголемиот дел од групите се со мешовит состав, односно имаат и момчиња и девојки. Лицата кои се дел од вакви организирани групи се насилни, агресивни и постојано незадоволни од општествениот статус и случувањата кои го детерминираат нивното живеење<sup>7</sup>. Овде е значајно да се нагласи дека и покрај тоа што, генерално, доминираат момчињата, учеството на девојките во организираното вршење на кривични дела е исто така застапено и најчесто влијае стимулативно кај нив за првично впуштање во криминални активности.

Учеството на половите и овде го следи веќе потенцираниот тренд, односно децата од машки пол учествуваат значително повеќе во вкупно евидентирано детско престапништво, со 90 – 93%<sup>89</sup>. Девојките поретко го избираат ваквиот модел на однесување, но за нив се покажало дека кога веќе еднаш манифестирале престапничко поведение, многу потешко го прифаќаат процесот на ресоцијализација, заради што кај малолетните сторители од женски пол постои несомнено поголем степен на рецидивизам, односно повторништво.

Она кое е евидентно од досегашната статистика е и фактот дека и покрај тоа што момчињата се сè уште доминантни во вкупниот обем на детското престапништво, кај нив постои многу помало покачување на вкупното учество низ годините за разлика од она кај девојките. Имено во периодот од 2000 до 2009 година е нотирано дека во Сад, Канада и Австралија (како земји кои најмногу се констатирани случаи на девијантно поведение кај девојките и жените воопшто) има пораст на вкупното учество на девојките во периодот на адолесценцијата од 18%, а кај момчињата од 0.2% низ годините. Слични резултати дало и истражување направено во Англија и Велс, во периодот од 2000-2005 година, каде е констатирано зголемување на учеството во криминалот на малолетни девојки од 18%<sup>10</sup>. Генерален заклучок е дека насилството кај девојките фрапантно расте низ годините и со поголем интензитет во споредба со момчињата. Според податоците на *NSW Bureau of Crime Statistics and Research* во САД, за периодот од 1999 до 2010 година постои зголемување од 36% на различни облици на инволвираност на девојките во криминогени дејанија низ годините, меѓу кои најзастапени се кражбите по продавници. Објаснувањата за ваквото

---

<sup>6</sup> <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/the-big-question-why-are-girls-committing-more-crime-and-should-we-be-alarmed-829235.html> (последно пристапено на: 13.07.2017);

<sup>7</sup> Види повеќе кај - Арнаудовски, Љ., Криминологија, 2-ри Август С, Штип, Скопје 2007, стр. 467;

<sup>8</sup> Ibid, стр 468;

<sup>9</sup> Конкретно за Република Македонија во студија направена за периодот од 2004 – 2013 година, додека женските лица учествуваат со 3% во вкупно сторените кривични дела - Лажетик-Бужароска, Г., Нанев, Ј., Кошевалиска.

<sup>10</sup> Carrington, K., Girls and violence: The case for a feminist Theory of Female Violence, International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, 2013, pg. 63,64;

нагло растење на учеството во криминалитетот, еминентни истражувачи<sup>11</sup> во областа го сведуваат на глобалната промена во политиката која се разликува од претходната во две клучни поенти. Прво на претходното непостоење на полициска евиденција, и второ на латентниот пристап во минатото на органите на прогон кон девојките или т.н „прогледување низ прсти“ за стореното. Сепак и покрај ваквиот пристап останува отворена дилемата дека забележливиот и алармантен пораст на учеството на девојките можеби и не е продукт на нова социјална политика на органите на прогонот и на органите за грижа, туку продукт на губење на основните социјални вредности и присуство на сериозни аномалии во однесувањето на девојките денес. Имено, поделени се мислењата за постоење на опаднати општествени вредности кај девојките кои ескалираат во позасилено насилно поведение, како и постоење на став за менувањето на начините на општествена контрола и проширување на обемот на прекршоците дефинирани како насилни<sup>12</sup>. Дотолку повеќе, последните сметаат дека ваквата статистика е резултат на поголемата денешна застапеност на девојките во јавноста воопшто, како и проширената слика за неприфатливи општествени однесувања и искривените анализи на статистичките податоци. Имено, кај девојките како „*пореметеност во однесувањето*“ општеството го засметува и бунтовничкото однесување, односно непокорливиот карактер на кој инаку е свикнато, маскулинистичкото однесување, изразувањето на сексуалноста во оваа возраст, засилено особено доколку се работи за истополова сексуална ориентација. Оттука, насилството кај девојките создава голема општествена реакција, или подобро речено, прекумерна општествена реакција<sup>13</sup>. Насилството пројавено кај девојките денес често се оправдува и со тезата за „*the feminization of the superhero*“, односно со ставови дека девојките уште од најмала возраст го попримаат насилното однесување од анимираните филмови и од медиумите каде прикажувањето на женските суперхерои е проследено со елементи со прекумерно насилство и сексапил. Ваквото поистоветување со нив во рана возраст се смета дека придонесува за градење на насилна личност, кај одредени девојки.<sup>14</sup> Така, во прилог на ова, говорат и одреден развиени теории за медиумскиот импакт<sup>15</sup>. Согласно *теоријата за социјално учење*, гледањето на насилни содржини во медиумите може да предизвика имитација и да ги

---

<sup>11</sup> Alder and Worrall 2004; Carrington 2006; Carrington and Pereira 2009; Chesney-Lind 1999; Reitsma-Street 2000;

<sup>12</sup> Alder, C., Worrall, A., *Girls' Violence: Myths And Realities*. Albany, New York: State University of New York Press, 2004;

<sup>13</sup> Carrington, K., *Girls and violence: The case for a feminist Theory of Female Violence*, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, 2013, pg.66;

<sup>14</sup> Prothrow-Stith, D., Spivak, H., *Sugar and spice and no longer nice, How can we stop girls' violence*, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, 2005, pg. 6;

<sup>15</sup> Kanizaj, I., Ciboci, L., *Kako Je Nasilje Preko Medija Ušlo U Naše Domove, Utjecaj, Učinci I Posljedice Nasilja U Medijima Na Djecu I Mlade*, 2011, [http://www.matica.hr/media/pdf\\_knjige/840/djecaMedija%2011.pdf](http://www.matica.hr/media/pdf_knjige/840/djecaMedija%2011.pdf) (последно пристапено на: 17.07.2017);

ослабне моралните сопирачки, додека според *теоријата за пренос на возбуди*, насилството предизвикува возбуда кај гледачите на насилна содржина, што поттикнува насилно однесување во реалниот живот. *Теоријата за грундирање* објаснува дека стимулациите кои предизвикуваат одредени однесувања се значајни и дека влијанието на медиумите ќе биде поголемо ако сличностите помеѓу насилната содржина што се следат и животната состојба и перцепцијата на гледачот се поголеми. *Теоријата на скрипта* ја разгледува идејата дека луѓето учат од моделот на однесување од медиумите во кои насилството е претставено како средство за решавање на конфликти<sup>16</sup>.

Кај девојките во адолесцентниот период се јавува и еден нов тренд на девијантна инволвираност, а согласно приликите кои ги носи дваесет и првиот век. Имено, за разлика од претходно кога информатичката технологија и информатичкото општество немаа земено голем замав, денес постои рапидно покачување на инволвираноста на девојките во девијантни поведенија поврзани со социјалните мрежи. Голем е процентот на девојки кои се виктимизирани на овој начин и врз кои се вршат сексуални деликти, но и на девојки кои се јавуваат како престапници во рамките на cyber bullying<sup>17</sup>, односно сајбер малтретирање, особено на други девојки<sup>18</sup>. Застапен е и тренд на on-line емитување на физички пресметки меѓу девојки, при што дистрибуцијата и споделувањето на овие содржини на социјалните мрежи се врши токму од страна на насилничките или оние кои ги подржуваат и кои сакаат на ваков начин, да „се промовираат“ во јавноста. Ваквите девојки се третираат како активни поттикнувачи на насилство во секојдневниот живот, особено во животот на младите девојки. Сепак она кое е очигледно е дека девојките кои пројавуваат насилно однесување не смеат да се третираат на ист начин како момчињата, ниту во рамки на семејството, а уште помалку во рамки на институционалниот одговор на проблемот. Сепак, досегашното искуство покажува дека, за жал денешницата им нуди подеднаков третман<sup>19</sup> кој е креиран и адаптиран врз мнозинството, односно момчињата.

---

<sup>16</sup> Насилството ретко доаѓа од само еден извор, најчесто се работи за комбинација од голем број фактори. Теориите единствено индицираат учења согласно кои може да се смета дека постои влијание од медиумите врз растот и развојот на девојките (и децата воопшто). Сепак сите сме различни и гледањето на насилни содржини не можеме да го изолираме од сопствени емоции, мисли, ставови, карактерни црти, тековни животни настани, претходни искуства, усвоени системи на вредности, кои значително влијаат на искуството и реакцијата на насилната содржина. Семејството и социјалната средина, возраста, како и предиспозицијата за агресивно однесување исто така имаат влијание.

<sup>17</sup> Испраќање заканувачки SMS пораки или e-mail пораки, онлајн малтретирање преку „chat rooms“, манипулирања и исклучување на други лица.

<sup>18</sup> Li, Q., New bottle but old wine: A research of cyberbullying in schools. Computers in Human Behaviour, 2005;

<sup>19</sup> Prothrow-Stith, D., Spivak, H., Sugar and spice and no longer nice, How can we stop girls' violence, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, 2005, pg. 5;

## **Анализа на состојбите со половата застапеност на детското престапништво во Р. Северна Македонија**

При анализирање на детското престапништво низ призмата на половата застапеност, возрастната варијабла игра особено значајна улога во вкупната феноменолошка слика на појавата, а особено при определувањето на видовите кривични дела што ги вршат момчињата и девојките. Исто така, во рамките на вкупната динамика на криминалитетот што го вршат младите на определен простор и време, старосните граници се значаен индикатор за определување на способноста, односно потенцијалот за вршење на кривични дела кај оваа популација на сторители на кривични дела. Потврда за тоа се и досегашните искуства во вршење на кривични дела од страна на малолетници, каде различното возрастно доба во периодот на детството имплицира вршење на специфични противправни и социо-патолошки појави вообичаено својствени за конкретниот развоен период низ кој минува детето. Така, за помалите деца до 14 годишна возраст, почесто е својствено предделиктното однесување, односно практикување на поведенија кои според содржината не кривични дела, но се социопатолошки и општествено - неприфатливи, со голема веројатност понатаму да прераснат во класични криминални дејствија. Овде првенствено се мисли на изграден образец на однесување кај детето како резултат на воспитна запуштеност или погрешен пристап на родителите во комуникацијата со децата, автодеструктивно и деструктивно однесување, скитање, питање, учество во тепачки и сл. Генерално, негрижата и отсуство на емоционален трансфер кога станува збор за односот родители – деца доведува до формирање личности кои се асоцијални во своето однесување поради тоа што не ги интернализираат до крај правните и моралните норми што важат за општествената средина во која припаѓаат. Во подоцнежното детско доба (од 14 до 16 години) веројатноста за промени во однесувањето расте во периодот на завршување на основното и преминување во средно образование, па новата средина и променетите животни околности во комбинација со нестабилноста на карактерот и пубертетскиот период, ја зголемуваат веројатноста за инволвирање во поведенија кои според својата природа се асоцијални, но и криминални активности. Така, во овие години најчесто се евидентира вклученост на младите во тепачки или други облици на асоцијално однесување, различни облици на вагабундажа, конзумирање на алкохол и психотропни супстанции, а од класичните криминални поведенија, најчесто се застапени дела против општата сигурност на луѓето и имотот. Криминалното досие, пак, кај постарите малолетници т.е. кај децата во судир со законот од 16 до 18 годишна возраст најчесто го сочинуваат кривични дела против имотот, кривични дела против јавниот ред и мир, кривични дела против безбедноста на јавниот сообраќај, против животот и телото и кривични дела против половата слобода и половиот морал.



<b>Осудени деца во судир со законот во Р. Северна Македонија за период 2010 – 2020 година</b>			
<b>Година</b>	<b>Вкупно</b>	<b>Машки</b>	<b>Женски</b>
<b>2010</b>	547	527	20
<b>2011</b>	722	700	22
<b>2012</b>	556	547	9
<b>2013</b>	473	449	24
<b>2014</b>	461	445	16
<b>2015</b>	348	326	22
<b>2016</b>	468	439	29
<b>2017<sup>20</sup></b>	368	354	14
<b>2018</b>	330	313	17
<b>2019</b>	304	287	17
<b>2020<sup>21</sup></b>	350	333	17

<sup>20</sup> Податоците од 2010 заклучно до 2017 година се преземени од Државен завод за статистика во рубриката - Публикација: Сторители на кривични дела, достапна на страната <https://www.stat.gov.mk/PublikaciiPoOblast.aspx?id=43&rbrObl=6> (последно пристапено на: 17.05.2021).

<sup>21</sup> Податоците од 2018 заклучно со 2020 година се преземени од Државен завод за статистика во рубриката – Соопштение: Пријавени, обвинети и осудени полнолетни и малолетни сторители на кривични дела, достапна на страната <https://www.stat.gov.mk/PrethodniSoopstenijaOblast.aspx?id=14&rbrObl=6> (последно пристапено на: 17.05.2021) и МакСтат - база на податоци на ДЗС достапна на [PX-Web - Select variable and values \(stat.gov.mk\)](https://www.stat.gov.mk/PX-Web-Select-variable-and-values) (последно пристапено на: 30.05.2021).

Осудени деца во судир со законот во Р. Северна Македонија за период 2010-2020 по групи на кривични дела <sup>22</sup>																
Година	Вкупно	Женски	кривични дела против живот и тело		кривични дела против слободите и правата на човекот и граѓанинот		кривични дела против половата слобода и половиот морал		кривични дела против имотот		кривични дела против безбедноста на јавниот сообраќај		кривични дела против јавниот ред		кривични дела против здравето на луѓето	
			Вкупно	Женски	Вкупно	Женски	Вкупно	Женски	Вкупно	Женски	Вкупно	Женски	Вкупно	Женски	Вкупно	Женски
2010	547	20	59	2	1	/	7	/	403	10	35	4	16	1	7	1
2011	722	22	79	1	5	/	12	/	513	16	39	/	35	/	15	2
2012	556	9	43	/	1	/	8	/	409	6	26	2	43	/	7	/
2013	473	24	39	4	5	/	5	/	353	17	24	1	25	1	12	/
2014	461	16	47	/	/	/	14	/	267	10	14	1	100	2	4	/
2015	348	22	43	2	2	/	13	/	198	11	28	3	42	1	7	1
2016	468	29	70	1	7	3	7	/	257	17	22	1	79	3	13	1
2017	368	14	29	1	2	/	2	/	251	10	32	2	37	1	7	/
2018	330	17	44	2	2	/	2	/	188	7	25	2	53	2	10	2
2019	304	17	38	1	3	/	2	/	181	14	24	/	29	1	18	/
2020	350	17	39	1	4	2	5	/	153	1	28	2	48	2	66	6

Анализата на достапните податоци за деца во судир со законот за периодот од 2010 – 2020 година, покажува дека генерално, низ годините постои опаѓачки тренд на бројот на осудени деца од двата пола.<sup>23</sup> Исклучок од ова се забележува во 2011 година кога во споредба со 2010 година, бројот на осудени деца е зголемен за 32%. Слична е состојбата и во 2016 година кога во споредба со 2015 година, бројот на осудените деца е зголемен за 34.5%. Тренд на зголемување е забележан и во 2020 година кога во споредба со 2019 година, бројот на осудените деца е зголемен за 15.1 % .

<sup>22</sup> Во табелата е даден приказ на некои од најчестите групи на кривични дела кои ги вршат децата во судир со законот. Останатите групи на кривични дела не се предмет на приказ и анализа, бидејќи на нив отпаѓа незначителен процент од вкупното малолетничко престапништво.

<sup>23</sup> Во 2010 година, во споредба со 2009 година, бројот на осудените малолетни лица - сторители на кривични дела е намален за 26.9%. Во 2012 година, во споредба со 2011 година, бројот на осудените малолетни лица-сторители на кривични дела е намален за 23%. Во 2014 година, во споредба со 2013 година, бројот на осудените деца во судир со закон - сторители на кривични дела е намален за 2.5%. Во 2015 година, во споредба со 2014 година, бројот на осудените деца во судир со закон - сторители на кривични дела е намален за 24.5%. Во 2017 година, во споредба со 2016 година, бројот на осудените деца во судир со закон – сторители на кривични дела е намален за 21.4 %. Во 2018 година во споредба со 2017 година, бројот на осудените деца во судир со законот – сторители на кривични дела е намален за 10.3 %. Во 2019 година, во споредба со 2018 година, бројот на осудените деца во судир со законот – сторители на кривични дела е намален за 7.9 %

Видно од обработените податоци, содржината на поведенијата што ги вршат младите, а кои со закон се определени како кривични дела во најголем процент отпаѓа на делата од областа на имотниот криминалитет. Во целиот период кој е предмет на анализа (2010-2020), кривичните дела против имотот имаат апсолутна доминација споредено со сите останати групи на кривични дела. Генерално гледано, во овој период делата од областа на имотниот криминалитет учествуваат со дури 65 % од вкупниот криминалитет што го вршат младите. Најчесто вршени имотни деликти се тешките кражби, потоа кражбите, разбојништвото и одземањето на моторни возила. Поретко евидентирани кривични дела од областа на имотниот криминалитет се изнудата и прикривањето. Фактот дека тешките кражби, кражбите и разбојништвата се најмногу застапени во вкупниот имотен криминалитет што го вршат децата, најнепосредно упатува на фактот дека деликвентните поведенија од ваков вид често се проследени со елементи на насилство, непромисленост, афективно и импулсивно дејствување, што му дава дополнителна тежина на проблемот. Освен насилство, детското престапништво го карактеризираат и зачестеност, агресивност, упорност и рецидивизам. Од останатите групи на кривични дела, по имотните деликти, следуваат кривичните дела против животот и телото кои учествуваат со околу 11% во вкупниот криминалитет што го вршат децата. Што се однесува до оваа група на кривични дела, значајно е да се нагласи дека најчесто застапени се кривичните дела телесна повреда, тешка телесна повреда и учество во тепачка, а значително помалку е евидентирано кривичното дело убиство. Понатаму следуваат кривичните дела против јавниот ред и мир - 10 %, кривичните дела против безбедноста на јавниот сообраќај - 6 %, кривичните дела против здравјето на луѓето – 3,40 %, кривичните дела против половата слобода и половиот морал - 1,60 % и кривичните дела против слободите и правата на човекот и граѓанинот кои учествуваат со околу 0,70 % од вкупниот криминалитет што го вршат децата.

Овде, важно е да се нагласиме дека и покрај тоа имотните деликти се најмногу застапени во вкупниот криминалитет што го вршат децата, сепак се забележува извесен тренд на опаѓање на нивното процентуално учество во однос на порано, а за сметка на тоа има пораст на насилните облици на криминалитет манифестиран преку зачестено вршење на кривични дела против животот и телото. Така, во истражување за периодот 2000 – 2012 година<sup>24</sup> утврдено е дека на имотните деликти отпаѓале близу 80% од вкупно сторените кривични дела од страна на деца (за истражувачкиот период 2010-2020 е околу 65%), додека кривичните дела против животот и телото учествувале со близу 7% (за истражувачкиот период 2010-2020 е 11 %). Ова е уште една

---

<sup>24</sup> Види: Лажетик-Бужароска, Г., Нанев, Л., Кошевалиска, О., Кривично постапување спрема деца во ризик и во судир со законот, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2015 година, стр. 93 – 94.

потврда дека структуралната застапеност на кривични дела што влегуваат во феноменолошката слика на детското престапништво, со тек на време се менува, а со тоа ја наметнува и потребата од истражување на влијанијата што условуваат такви промени и начинот на кој треба да се реагира на истите.

Кога станува збор за девојките како вршители на поведенија што со закон се определени како кривични дела, се потврдува перцепцијата дека тие значително помалку учествуваат во вкупниот обем на детско престапништво, но нивниот број од година во година постојано расте.<sup>25</sup> Процентуално ниското учество на женскиот пол во севкупниот криминалитет, па и кај малолетничкото престапништво најчесто се објаснува со традиционалните ставови и верувања за позицијата на машкото дете во семејството, одредени влијанија на локалната средина, позицијата во машката врсничка група, но и одредени стереотипи и предрасуди за криминалитетот како типично „машка работа“. Сепак, структуралната застапеност на момчињата во однос на девојките полека се менува, што на долг рок води може да доведе до намалување на половата дискрепанца и менување на перцепцијата дека машките деца имаат апсолутна доминација во контекст на прашањето за криминалитетот што го вршат младите. Токму поради тоа динамиката на движење на детското престапништво низ призмата на половата застапеност треба да биде прашање кое во континуитет ќе се следи. Во однос на видовите на кривични дела кои девојките ги вршат, истражувачките резултати за периодот од 2010-2020 година покажуваат дека нема ниту една осудена девојка за кривични дела против половата слобода и половиот морал, а значително малку се застапени и во групата на кривични дела против слободите и правата на човекот и граѓанинот. Најмногу евидентирани сторители од женски пол има во групата на кривични дела против имотот, што е сосема разбирливо ако се земе предвид дека овој вид криминалитет има најголемо учество во вкупниот обем на детско престапништво. Понатаму, девојките се евидентираат и како вршители на кривични дела против животот и телото, безбедноста на јавниот сообраќај и јавниот ред и мир, но во значително помал процент споредено со машките. За крај, особено впечатливи се податоците кои укажуваат на учеството на девојките во вршењето на кривични дела против здравјето на луѓето, каде не постои толку драстична разлика во однос на нивната застапеност споредено со момчињата осудени за ист вид кривични дела.

### **Заклучни согледувања**

Феноменолошкото проучување на детското престапништво има значење првенствено во насока на изнаоѓање соодветни механизми за успешно превенирање, спречување и сузбивање на оваа негативна општествена појава. Така, сите истражувања од ваква природа, меѓу другото, треба да

<sup>25</sup> Исклучок од ова се 2012, 2014 и 2017 година кога постои намалување на бројот на осудени деца од женски пол споредено со претходната година.

бидат во функција на организирано превентивно дејствување насочено кон непосредните влијанија и околности што доведуваат до вршење на асоцијални и противправни поведенија од страна на децата на одреден простор и време. Детското престапништво заслужува особено внимание, не само како посебна појава, туку и во рамки на процесот на создавање рационални политики за намалување на вкупниот криминалитет, бидејќи резултатите од досегашните криминолошки истражувања недвосмислено упатуваат на заклучокот дека ситните престапи и навидум безначајни противправни поведенија кои се вршат за време на детството, се основа за младите да се регрутираат во криминални повратници во своето возрасно доба.

Прашањето за половата застапеност е еден од основните сегменти при анализирањето на појавните облици на детското престапништво, бидејќи полот како биолошка карактеристика е значајна детерминанта на севкупното криминално дејствување и кај возрасните, но и кај младата популација. Неспорно е дека и денес, како и порано, учеството на девојките во вкупниот обем на детско престапништво, е значително помало споредено со момчињата. Сепак, евидентно е и тоа дека во современи услови бројот на млади девојки кои се внесени во официјалната статистика на сторители на кривични дела, од година во година расте, што води кон постепено зголемување на нивната структурална застапеност во вкупниот обем на детско престапништво, а тоа на долг рок може да доведе до намалување на половата дискрепанца што во моментот постои.

Непропорционалното учество на женскиот пол во вкупната маса на криминалитет што го вршат младите се должи на различните биолошки предиспозиции кај момчињата и девојките, но делумно и на тоа што официјалната статистика за обемот на детско престапништво се води според бројот на пријавени, обвинети и осудени деца во судир со законот, а не и според бројот на деца кои манифестираат други асоцијални поведенија.<sup>26</sup> Имено асоцијалните, девијантни однесувања не се правно инкриминирани, но се неморални/непожелни и се прв индикатор кој со голема веројатност укажува на фактот дека развојот и формирањето на младата личност оди не се движи во правилна насока. Токму овие поведенија во поново време се евидентираат зачестено кај девојките и на своевиден начин го вклучуваат алармот за зголемена свесност за сериозноста на проблемот на женското учество во вкупноста на неприфатливи поведенија што ги манифестираат младите. Потврда за ова се последните случувања на национално и глобално ниво кои укажуваат на

<sup>26</sup> Ова упатува на прифаќање на потесната/рестриктивната дефиниција на поимот детско престапништво која се потпира на важечкиот систем на законски норми, односно на она однесување кое е инкриминирано во важечкото кривично законодавство како кривично дело. Според пошироката/екстензивната дефиниција детското престапништво ги опфаќа сите облици на девијација кои се појавуваат во однесувањето на децата, односно оние кои се спротивни со законските, но и со моралните норми на дадено општество.

драстично зголемување на бројот и содржината на девијантни поведенија кај младите девојки, видливи преку нивното учество во различни облици на деструктивно и насилно однесување, особено кај врничкото насилство<sup>27</sup> и консумирањето / овозможувањето на употреба на алкохол, наркотични средства или други психотропни супстанции. Ова е основен показател кој упатува на тоа дека на женското учество во севкупниот криминалитет што го вршат младите, не треба да се гледа како на проблем од второстепено значење, туку напротив истиот треба во континуитет да се следи во контекст на прашањето за детално проучување на феноменологијата на појавата. Особено важно, во оваа насока е континуирано да се следат општествените движења и промени на одреден простор и време кои имаат свој импакт во градењето на личноста на младите луѓе и создавањето на систем на вредности и начин на однесување и кај момчињата и кај девојките. Притоа, секогаш треба да се има предвид дека само општествената реакција на проблемот што е конципирана и се остварува врз проверени и научно верификувани сознанија, може да понуди решенија кои се применливи во пракса во насока на обезбедување ефективна заштита на нормите и вредностите на кои се заснова организираното општествено живеење.

#### **Користена литература**

1. Арнаудовски, Љ., Криминологија, 2-ри Август С, Штип, Скопје 2007;
2. Кајзер, Г., Криминологија, Александрија, Скопје, 1996;
3. Лажетик-Бужароска, Г., Нанев, Л., Кошевалиска, О., Кривично постапување спрема деца во ризик и во судир со законот, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2015;
4. Alder and Worrall 2004; Carrington 2006; Carrington and Pereira 2009; Chesney-Lind 1999; Reitsma-Street 2000;
5. Alder, C., Worrall, A., Girls' Violence: Myths And Realities. Albany, New York: State University of New York Press, 2004;
6. Carrington, K., Girls and violence: The case for a feminist Theory of Female Violence, International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, 2013.
7. Carrington, K., Girls and violence: The case for a feminist Theory of Female Violence, International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, 2013.
8. Carrington, K., Girls and violence: The case for a feminist Theory of Female Violence, International Journal for Crime, Justice and Social Democracy, 2013.
9. <http://www.independent.co.uk/news/uk/crime/the-big-question-why-are-girls-committing-more-crime-and-should-we-be-alarmed-829235.html> (последно пристапено на: 13.07.2017);

<sup>27</sup> На национално ниво особено актуелен во изминатиот период беше случајот во кој врничка тепаше 12 годишно девојче во Велес, а други девојки го снимаа настанот и видеото беше споделено на социјалните мрежи. (достапно на <https://plusinfo.mk/voznemiruvachko-video-vrsnichka-tepa-12-godishno-devo-che-vo-veles>).

10. Kanizaj, I., Ciboci, L., Kako Je Nasilje Preko Medija Ušlo U Naše Domove, Utjecaj, Učinci I Posljedice Nasilja U Medijima Na Djecu I Mlade, 2011, [http://www.matica.hr/media/pdf\\_knjige/840/djecaMedija%2011.pdf](http://www.matica.hr/media/pdf_knjige/840/djecaMedija%2011.pdf) (последно пристапено на: 17.07.2017);
11. Li, Q., New bottle but old wine: A research of cyberbullying in schools. Computers in Human Behaviour, 2005;
12. Prothrow-Stith, D., Spivak, H., Sugar and spice and no longer nice, How can we stop girls' violence, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, 2005;
13. Prothrow-Stith, D., Spivak, H., Sugar and spice and no longer nice, How can we stop girls' violence, Jossey-Bass A Wiley Imprint, San Francisco, 2005;
14. Tittle, C. R., Grasmick, H.G., Criminal Behavior and Age: A Test of Three Provocative Hypotheses, Journal of Criminal Law and Criminology, Volume 88 Issue 1 *Fall* Article 7, Northwestern University, School of Law, USA 1997;
15. Публикација: Сторители на кривични дела, достапна на страната <https://www.stat.gov.mk/PublikaciiPoOblast.aspx?id=43&rbrObl=6> (последно пристапено на: 17.05.2021);
16. Соопштение: Пријавени, обвинети и осудени полнолетни и малолетни сторители на кривични дела, достапна на страната <https://www.stat.gov.mk/PrethodniSoopstenijaOblast.aspx?id=14&rbrObl=6> (последно пристапено на: 17.05.2021);
17. МакСтат - база на податоци на ДЗС достапна на [PX-Web - Select variable and values \(stat.gov.mk\)](#) (последно пристапено на: 30.05.2021).

## SOME LEGAL ASPECTS OF THE JUDICIAL PROCEDURE FOR PROTECTION AGAINST DISCRIMINATION

**Agim Nuhiu**

Associate professor, Faculty of Law, University of Tetova

e-mail: [agim.nuhiu@unite.edu.mk](mailto:agim.nuhiu@unite.edu.mk)

**Ferat Polisi**

Full professor, Faculty of Law, University of Tetova

e-mail: [ferat.polisi@unite.edu.mk](mailto:ferat.polisi@unite.edu.mk)

### **Abstract**

We can still not talk about a case law in Northern Macedonia regarding judicial protection from discrimination. What can be concluded at this stage is the existence of raising the stance to determine the active legitimacy for initiating proceedings for judicial protection of discrimination to decide both the institution and the subject that will be done in their scope in order to express that has the prevention and protection from discrimination in both the public and private sectors.

It remains and must be clearly defined and the damaged figure that can be caused by the discriminatory action, for those who can be sued for damages.

The creation of the case *prima facie*, the use of a comparison, the justification and the legitimate purpose, the use of statistical indicators are characteristic of a civil litigation for protection against discrimination.

**Keywords:** discrimination, court, law, lawsuit, judgment

### **I. Creating the *prima facie* case**

Creating a case *prima facie* is the obligation of the person who claims to be discriminated against. He must build the case on facts that refer to treatment differently from others as a result of a ground of discrimination. The creation of the *prima facie* case involves both direct and indirect discrimination. The creation of a *prima facie* case must have factual basis. The presentation of the facts will support the claim of the party claiming to be discriminated against. They actually refer to the circumstances or events from which the particular consequence stems. In this way the allegation of discrimination is established. Thus, the creation of the *prima facie* case represents the factual basis of the lawsuit. The lawsuit as a dispositive procedural action in the field of protection against discrimination must contain in itself the case created *prima facie*.



The plaintiff during the filing of the lawsuit, for the facts submitted, proposes means of proof. Since the party who claims to be discriminated against and who has decided to seek judicial protection from discrimination is the one who will have to create the case *prima facie*. In this context, the burden of proving the facts set out in the lawsuit falls on her. The plaintiff proposes the evidence and this is his duty at the stage of filing the lawsuit. The plaintiff must prove the *prima facie* case of discrimination. With the lawsuit filed in court, the plaintiff will have to prove the exclusion, restriction or preferences based on any grounds of discrimination. When it comes to direct discrimination, the *prima facie* case will have to refer to treatment less favorably in relation to another person or group of persons, in the same or similar situations. Whereas, when it comes to indirect discrimination, the *prima facie* case will have to refer to the provision, criterion or practice that puts a person or group of persons in unfavorable conditions in relation to another person or group of persons, on certain discrimination.

If the plaintiff manages to prove the case *prima facie*, then the burden of proof may shift to the potential discriminator - the respondent. It must prove that the *prima facie* case is unfounded.

## II. Using a comparator

Within the principle of equality and non-discrimination, the concept of using a comparator has an important role. When creating the *prima facie* case, the person seeking protection from discrimination will need to use a comparator. He should make a comparison with any other person or group who in the same situation is treated differently, excluding or differentiating<sup>1</sup>. The treatment of discrimination is determined by the use of a comparator. In the process of protection against discrimination, the party that has raised a claim of equality and non-discrimination must find a suitable comparator. Such a thing is not easy. There are situations where no suitable comparator can be found to create the *prima facie* case. In cases where a comparator cannot be found, the claim for protection against discrimination should not be dismissed by the court, if the plaintiff has raised the *prima facie* case by comparing his treatment within the framework of essential standards referring to equality and non-discrimination, respectively personal, political, economic, social and cultural rights provided by the Constitution, international acts, as well as by applicable laws<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In the case of *Gas and Dubois v France*, (Complaint no. 25951/07), the European Court of Human Rights in Strasbourg took the comparative element as a basis. She concluded that the same-sex couple with whom they are partners and who want to adopt the other partner's child without severing the mother's legal ties with the child does not present the same or similar situation as a married couple where one spouse will to adopt the child of the other spouse.

<sup>2</sup> In the case of *Horvath and Kis v Hungary* (appeal no. 1146/1), the European Court of Human Rights in Strasbourg held that cultural differences affect the systematic diagnosis of mental disabilities of children belonging to the Roma nationality and as a result of this has led to the misplacement of Roma

### III. Justification and legitimate purpose

Actions that cause direct discrimination cannot be justified. Unlike direct discrimination, in adjudicating an allegation of indirect discrimination, the concrete action or criterion may be objectively justified by a legitimate aim. Means of achieving a legitimate aim in concrete cases may be necessary and appropriate. The burden of proving justifiable objective intent falls on the person allegedly potentially discriminatory. The nature of the justification to be given by the respondent is intended to refute the presumption of indirect discrimination.

In this context, it is important to mention the existence of a reasonable relationship of proportionality between the means or criteria used and the aim claimed to be achieved<sup>3</sup>.

In cases where this relationship does not exist, it can't be a question of justification and legitimate purpose<sup>4</sup>.

---

children in special schools in Hungary and other European countries. Such a thing constitutes indirect discrimination. Thus, the principle of equality and non-discrimination also refers to diversity between certain social groups.

<sup>3</sup> The European Court of Human Rights in Strasbourg in the case of *Glor v Switzerland* (appeal no. 1344/04), concerning the obligation to pay a sum of money on behalf of a tax to be exempted from military service for medical reasons, despite the fact that the person had a willingness to perform military service, he assessed the existence of different ways of treating persons in similar situations. The court suggested that such persons be offered the option of alternative forms of military service, which would require physical engagement in accordance with the limitations of the individual's disability. Persons incapable of performing military service who do not pay the tax in question cannot be treated in the same way as those persons who are partially unlucky to perform military service who are obliged to pay taxes, despite the fact that when they have willingness to perform military service.

<sup>4</sup> The European Court of Human Rights in Strasbourg in *Case of Rasmussen v Denmark* (Complaint no. 8777/79) has ruled on the existence of discriminatory action based on the concept that a change of treatment is discriminatory if it «does not objective and reasonable justification «, if it does not pursue a) legitimate aim «, or if there is no» reasonable relationship of proportionality between the means used and the aim sought to be achieved «.

The court in this case, accordingly finds that there was a change of treatment as between Mr. Rasmussen and his ex-wife about the possibility of initiating proceedings to challenge the paternity of the child.

The reasoning of the Danish authorities was not taken into account, which was based on: a.) The respective interests of the father and mother in the procedure for challenging paternity are different. In contrast to the interests of the father, the interests of the mother generally coincide with the interests of the child and that the interests of the child should prevail; b.) It is considered necessary to set aside the time limits for initiating the procedure for opposition of paternity by the husband due to the risk that it can be used as a threat to the mother, in order to escape maintenance obligations; ...

Differentiation of treatment for the implementation of deadlines for initiating proceedings against the paternity of the child, when requested by the father or mother of the child there is no reasonable relationship of proportionality between the means used (determination only for the father) and the purpose required to be accomplished. The case represents discrimination.

#### IV. The burden of proof

The party who has raised a claim of equality and non-discrimination in court is obliged to present facts and propose concrete evidence to prove that equal treatment has been violated. When filing a lawsuit, the plaintiff, creating the prima facie case of discrimination, submits facts and proposes means of proof. He has the burden of creating the prima facie case of discrimination. So the burden of the claim falls on the plaintiff. This is a matter of procedural nature. Meanwhile, the respondent as a party that is a potential discriminator is charged with proving that the prima facie case of discrimination is unfounded. He must reject the plaintiff's factual claims otherwise he will be held responsible for causing discrimination. The facts and evidence to be presented by the respondent should refer to the concept that the action taken is not discriminatory, but that there is a legitimate aim. He should in no way orient his defense with the existence of the intent for non-discrimination<sup>5</sup>. The existence or non-existence of the intent to discriminate does not affect the judgment for protection against discrimination.

Thus, the burden of proving that there was no discrimination lies with the respondent<sup>6</sup>.

If the principle of review and the principle of adversarial proceedings in the contentious civil procedure are taken into account, it can be said that there is no division of the burden of proof between the plaintiff and the defendant. Each party in the civil litigation claims the claims related to the dispute based on facts. The plaintiff submits facts and evidence to prove his claim. The respondent did the same. He will challenge the plaintiff's claim by presenting facts and evidence, so each of the parties has the burden of proof for their claims. The court is interested in each of the parties having a say in their claims. The issue of sharing the burden of proof is not of a procedural nature, but of a material nature. The presentation of facts and means of proof by the parties is done by taking procedural actions, e.g. the plaintiff with the filing of the lawsuit, the defendant with the response to the lawsuit, in the

---

<sup>5</sup> The European Court of Human Rights in Strasbourg, in the case of Case of Koua Poirrez v. France (Complaint no. 40892/98) concerning the right to social benefits between French nationals or nationals of a country which has signed a reciprocity agreement and other foreign nationals, which refers to the issue of refusal of the right of citizenship for a person who is a resident of France,

The Court reiterates that the reasonableness of the length of the procedure for refusing French citizenship must be assessed in the light of the circumstances of the case and with reference to the criteria laid down in national jurisprudence, in particular the complexity of the case and the conduct of the applicant and the relevant authorities. The Court assesses the existence of a difference in treatment with regard to the right to social benefits between French nationals or nationals of a country which has signed a reciprocity agreement and other foreign nationals, which was not based on any «objective justification and reasonable».

<sup>6</sup> In this context Article 4 of Directive 97/80 provides that when a claimant corroborates facts from which it can be presumed that there has been direct or indirect discrimination, the burden of proof falls on the respondent to prove that he has not violated the principle of equality and non-discrimination.

preparatory session, in the session for the main examination of the case, in the phase of using the means of strike, etc. The content of the fact submitted by any party to the litigation will have to be proven by itself. The court on the basis of free evaluation of the evidence submitted by the parties or the evidence available to it will form the conviction for the concrete dispute.

## **V. The formed conviction of the judge**

The court will examine and decide on the existence of discriminatory action by applying the concrete legal norm based on the factual basis, respectively the decisive facts. The established factual situation must correspond to reality. The activity of the court is directed towards the discovery of the truth in view of the decisive facts. Truth is an essential condition during the proceedings and the decision. The results of the reviewed evidence are freely evaluated. The factual situation should include all the circumstances that influence the content of the opinion regarding discrimination.

The party which has initiated the procedure for ascertaining discrimination, in the context of the factual situation has an active role since the filing of the lawsuit for discrimination. She presents the circumstances she is aware of the crucial facts. The Commission has the duty to clarify the factual situation accurately by seeking an answer from the opposing party regarding the allegations of discrimination as well as a statement from other persons.

The content of the truth is revealed by the court through evidence. It must be consistent with the court's conviction of the decisive facts and the objective situation<sup>7</sup>.

## **VI. Indicators and statistical data**

In certain cases, indicators and statistical data can be used as a basis to ascertain a certain policy or criterion that makes an exception, differentiation or preference of a particular group compared to members of another group.

Indicators and statistical data represent data collected, systematized and processed. The data in a descriptive report will enable the Commission to make an analysis of discrimination in a particular segment. Indicators that can be presented through tables, graphs and textual descriptions, etc. are an indicator of discrimination in their respective fields. They can also serve as a database for tracking discrimination in the country and for creating policies in the fight against discrimination.

<sup>7</sup> The European Court of Human Rights in Strasbourg in the case of Marschall v Land Nordrhein-Westfalen (Complaint C-409/95 [1997]), has considered that a national rule which has institutionalized the position that in cases where there are fewer women than at the level of leading positions in the sectors designated in public services, the female candidate will have the right of priority if she has the same qualification in terms of suitability for the leadership position, competence and professional performance, does not constitute discrimination, respectively violation of the principle of equal treatment for men and women in the field of work, training and professional promotion, etc. Thus, the national provision which gives priority to the promotion of women over men, in cases where women have equal qualifications and are under-represented represents a non-discriminatory measure for the court.

Statistical evidence to be valid in the discrimination determination procedure must meet scientific standards and can be used in certain situations. Through statistical analysis, qualitative conclusions are drawn about the shown discrimination.

## **VII. Judgment on protection from discrimination**

The Judgment on Protection from Discrimination is a legal act that resolves a dispute with the object of obstruction and protection against discrimination. With this act the court decides on the object of the dispute. Depending on the type of defense afforded by the court, the judgment can be affirmative (declarative) and (binding) condense.

In all cases where the plaintiff will submit to the court a request to prove the discriminatory action, the court will issue a confirmatory judgment. This judgment will prove the existence of a violation of the right to equal treatment.

The verdict for protection against discrimination can also be a binding verdict (capacitor). In all cases where a claim for damages has been filed with the court, the court will issue a binding judgment (capacitor). The court will provide institutional protection to the victim from discrimination by judging the defendant who will have to give something, do something, or do or endure - dare, facere, non facere, pati.

The court is always bound by the judgment it rendered. With the passing of the judgment, the case is decided in a meritorious manner and the court rules on both the main and secondary claims.

When it comes to the judgment, it is also important to get it final. The judgment will be final if:

- a) No appeal may be filed against him;
- b) No appeal has been filed against him within the deadlines set by law;
- c) The appeal is withdrawn;
- d) The complaint filed was not accepted and
- e) The judgment of the court has been upheld, changed or terminated in the court of appeal.

When it becomes final, the judgment becomes binding on the parties, on persons with legal interests and on all the institutions of the system.

## **VIII. Publication of the verdict for proving discrimination in the media**

The plaintiff in the judicial protection of discrimination may request the publication of the discriminatory action certified by the court, respectively the publication in the medium of the judgment by which the discriminatory action was proved. The verdict is announced in the media at the expense of the defendant.

The publication of the judgment in the media does not affect the decision to compensate the damage caused by the discriminatory action. Given the fact that

certain moral violations of man can't be expressed in money in the classical sense of the word, we can say that the publication of the judgment in the media will complement the just compensation for the damage caused by discriminatory action. The possibility of such a right can only refer to the satisfaction of the discriminated person in order to mitigate the consequences of the harm and to "satisfy" in a way his feelings. This is especially justified when the discriminated person experiences non-pecuniary damage. In no way can we say that the compensation for the damage has achieved its purpose, but in any case it is better to give a concrete reward than not to give it at all, although it may not be adequate, but it will still be a satisfaction for the discriminated.

In addition, the publication of the judgment in the media plays the role of promoting and educating equality, human rights and non-discrimination, raising and strengthening the awareness of citizens to recognize the problems of discrimination, informing the public about the protection mechanisms of discrimination.

## **IX. Conclusions and recommendations**

Meritorious judgment on a contentious issue with the object of equality and non-discrimination is closely related to the veracity of the facts resulting from a series of procedural actions of the parties and the court itself. The court will be informed of the decisive fact through the parties. The court will urge the parties to present certain facts and evidence. Decisive facts and their proof may also be part of the procedural actions of the court itself.

The contentious procedure for protection against discrimination will initially focus on presenting the facts about the prima facie case of discrimination. It is sufficient for the plaintiff to present facts and means of proof for the presumption of discrimination. This legal concept is motivated by the idea that victims of discrimination are encouraged to seek judicial protection against discrimination. The burden of proving that there is no discriminatory action, thus the action contested as discriminatory is justifiable with legitimate intentions falls on the respondent party.

However, taking into account the fact that the parties in the contentious civil procedure have the right to undertake a series of procedural actions of a defensive and aggressive character, at different stages of the judicial process, they will have to base their claims on crucial facts. The burden of proving his claim lies with the party who submitted those facts.

In the context of the means of proof in the procedure for adjudication of discrimination, we consider that it is of interest to establish a legal infrastructure which will provide for the use of the results achieved with the means of proof in the procedure for protection against discrimination other institutions that do not have judicial jurisdiction, by the court which conducts court proceedings. This infrastructure should refer to the results of situation testing and statistical indicators.

This increases the efficiency and effectiveness of state bodies and institutions that have the competence to prevent and protect against discrimination.

### **BIBLIOGRAPHY**

1. Alajdin Alishani, *Studies in the law of obligations I*, Prishtina, 2001
2. Andrea Nathanaili, *Civil Law of Albania*, Tirana, 1974.
3. Ardian Nuni, *Lectures on Civil Law*, Tirana, 2004.
4. Ardian Nuni, *Introduction to Civil Law*, Tirana, 2006
5. Arsen Janevski / Tatjana Zoroska - Kamilovska, *Civil Procedural Law, Book One, Contested Law*, Skopje, 2009
6. Adam Lazarevic, *Fundamentals of Civil Procedure, Civil Procedure*, Skopje, 1986
7. Alessandra Amato, Anna Costagliola, *Compendium of civil procedural law*, Maggioli Editor, 2012
8. Blandine Rolland, *Civil Procedure, 30 synthesis sheets for preparing TD and reviewing exams*, Studyrama, 2007
9. Borivoje Pozniq, *The Law of Civil Procedure, Second Edition*, Prishtina, 1980;
10. Cédric Tahri, *Civil Procedure*, Bréal, 2007;
11. *Developing Anti-discrimination Law in Europe, The 27 EU Member States, Croatia, Former Yugoslav Republic of Macedonia and Turkey compared Prepared by Isabelle Chopin and Thien Uyen Do for the European Network of Legal Experts in the Non-discrimination Field November 2011 (Based on information current to 1 January 2011 \*)* Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2012;
12. Enver Hasani, *Ne bis in idem in contentious procedure*, master thesis, Prishtina, 1991;
13. Fuga Juliana, *Civil Law, general part*, Tirana, 2000,
14. Iset Morina / Selim Nikçi, *Commentary - Law on Contested Procedure*, Prishtina, 2012;
15. Jenny Steele, *Tort law, text, cases and materials*, Oxford University Press, 2009;
16. Laura Caracciolo, *Civil Procedure Code*, 2006, Milan,
17. Nerxhivane Dauti, *Law of Obligations*, Prishtina, 2002;
18. Paolo Franceschetti, *The Civil Responsibility*, Maggioli Editor, 2009;
19. Petar Klaric & Martin Vedrish, *Gradjansko pravo*, Zagreb, 2006;
20. Stephen M. Gerlis, *Civil Procedure*, Paula Loughlin, London 2001
21. Spaic Voislav, *Osnaovi gradjanskog prava*, Sarajevo, 1957,
22. Vincenzo Galatro, *Civil Procedure Manual*, 2008, Maggioli S.p.A., San Marino
23. *Law on Prevention and Protection against Discrimination in Macedonia*;
24. *Law on Contested Procedure of Macedonia*;
25. *Law on Courts of Macedonia*.
26. *Criminal Code of Macedonia*;

**Cases resolved in the Strasbourg Court**

- Mata Estvez v. Spain (Complaint no. 56501/00)
- Glor v Switzerland (complaint no. 1344/04),
- Case of Rasmussen v Denmark (Complaint no. 8777/79
- Gas and Dubois v France, (Complaint no. 25951/07),
- Horvath and Kis v Hungary (complaint no. 1146/1),
- Case of Koua Poirrez v. France (Complaint no. 40892/98)
- Marschall v North Rhine-Westphalia, (Complaint C-409/95)





## THE ROLE OF EXPERT WITNESSES IN COMPENSATION OF NON – PECUNIARY DAMAGE PROCEEDINGS IN THE LEGAL SISTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA

**Danijela Petrović,**

Assistant Professor Faculty of Law,  
University of Priština, Kosovska Mitrovica  
email:[danijela.petrovic@pr.ac.rs](mailto:danijela.petrovic@pr.ac.rs)

### **Abstract**

Protection of violated or endangered rights and determination of facts in court proceedings often go beyond the field of law and require the involvement of experts in other fields. In dealing with technical, medical, economic, and other issues, expert witnesses are hired whose findings and opinions can be crucial and influence the final court decision. For this reason, it is important that the expert witness has human and professional qualities that qualify him for the expert witnessing job. The existing legal solutions do not envisage training or the obligation of continuous professional development of expert witnesses, which may adversely affect the quality of expertise and the efficiency of court proceedings. In this respect, it is necessary to improve the existing legal framework and to categorize and license the expert witnesses in order for their engagement to be in accordance with court requirements. In addition to the training of expert witnesses, it is necessary to improve the training of judges. For the purposes of deciding in intangible damage compensation proceedings, judges must be aware of medical law, as lack or insufficient knowledge of medical law can be the reason for accepting expert witness findings without objection.

**Keywords:** court proceedings, expert witness, expert witnessing, expertise, non-pecuniary damage.

### **Criteria and conditions for performing expertise work**

Engagement of judicial expert witnesses in the legal system of the Republic of Serbia, as well as in most modern legal systems, is common practice. The fact that numerous questions in conducting procedures of protection of endangered and damaged rights can't be solved without an expert witness, indicates their importance and role in resolving disputes.

Expert witness work in the Republic of Serbia can be performed by a qualified person who fulfills terms and conditions predicted by the Law on Court Expert Witnesses (hereinafter LFEW).<sup>1</sup> Observed in a broader sense expert witness can be anybody who has professional knowledge in certain areas, while in a narrower sense,

<sup>1</sup> Law on Forensic Expert Witnesses „Official gazette RS“, No. 44/ 2010.

an expert witness is a person who submits his/her expert knowledge in the form of expertise to the court, administrative bodies, private individuals, companies and institutions.<sup>2</sup> The expertise of expert witnesses can be announced in both written and oral form.<sup>3</sup>

Performing the work of an expert witness may be performed as a primary or secondary occupation. Usually there is need for one expert witness for performing expertise work, but if the complexity of the dispute so requires, there can be hired two or more expert witnesses. In article 22. of the LFEW it is predicted that expertise work can perform also legal entities (expertise work is entrusted to faculties, laboratories, institutes, hospitals, etc.).

An expert witness is engaged by the court, state prosecutor's office, or a body that conducts the procedure. The role of the expert witness is to use his/her knowledge and to assist the judge in resolving the disputed issue based on the documents and evidence. The role of an expert witness is often overestimated, so an impression can be made that expert witness makes decisions about the dispute. Although the expert witness helps the judge and can significantly influence the outcome of a dispute through expertise, doesn't mean that the expert witness is the judge. An expert witness is invited to give an expert opinion on the issues because of which they are engaged and they should not judge or adjudicate, nor discuss legal matters for which they are not qualified. Since the judge decides on the basis of expertise, that is, the conclusions of the expert witness (and not themselves), the judge must be convinced that the expertise is reliable and accurate.<sup>4</sup> In order to obtain reliable and accurate answers and conclusions from expert witnesses, it is necessary that the asked questions are specific, clear, and understandable.

The duty of an expert witness, which is also the duty of all other witnesses, is, to tell the truth. Giving a false statement implies criminal responsibility. If a false statement has caused any damage to someone, civil liability will also be determined. In the article 119. Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia it is foreseen that expert witness has to take an oath before expertise work. Criminal liability of medical expert witness is also foreseen in the case of unauthorized disclosure of knowledge or secrets acquired through performing expertise.<sup>5</sup>

An expert witness is called in a court hearing on the main dispute. For unjustified absence at the scheduled hearing, fines are envisaged for both natural and

---

<sup>2</sup> G. H. Shlund, „Der Arzt als Sachverständiger und Gutacher“, y: Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 3, Auflage, Munchen, 2002, page 1032.

<sup>3</sup> Expertise originates from french language which means assessment, expert witness testimony, record of the performed expertise, M. Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, Prosveta, 2006, page 259.

<sup>4</sup> More about this: J. Radišić, *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2008, page 319.

<sup>5</sup> Art 141. Kriminal Code „Official gazette RS“, No. 85/2005 – corr., 107/2005 – corr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 and 94/2016.

legal persons who perform expertise work.<sup>6</sup> The obligation of the expert witness is to deliver written findings and opinions to the court no later than 15 days before the court hearing. The court will submit the delivered report to the parties in the dispute not later than eight days before the court hearing.<sup>7</sup> The Law on Civil Procedure provides a possibility for the parties to object to the opinion and findings of the expert witness, and disagreements in this regard may lead to the hiring of another expert witness and scheduling new expertise.<sup>8</sup> Possibility for the parties to conduct admonition to the findings and opinion of the expert witness encourages the court to control the work of the expert witness by considering the objections of the parties. The law provides the possibility of scheduling new expertise, in the case when a larger number of expert witnesses who are hired are representing statements and opinions that differ from each other and cannot be reconciled.<sup>9</sup> In the article 265. Low on Civil Procedure, the possibility for the expert witness to be relieved of his duties as an expert witness is provided, if there are justified reasons for that (illness, closeness with the parties, etc.), as well as the fact that they can be excluded or exempted which is the court's decision.

In regard to conducting expertise work, an expert witness has the right to a reward, which they may request immediately after the court hearing. If they do not demand the reward immediately after the court hearing, they lose the right to it. The reward can be paid by the parties in advance, and if the advance is not paid, the party is ordered to pay the expert witness within eight days.<sup>10</sup>

The selection of expert witness (of any profession) besides professional knowledge and necessary experience, implies that the expert witness has human qualities that qualify them for professional expertise work. The expert witness has to be objective, impartial, and also aware of their abilities. If they do not have the knowledge, or for any other reason, are not capable to objectively and reliably establish the facts which they are engaged for and thus perform the set task, it is their duty to inform the contracting authority of the expertise.<sup>11</sup> Impartiality and objectivity of the expert witness imply that the findings and opinion they give will be in accordance with the code and rules of the profession they represent. This implies that the expert witness must not favor either party in the dispute, nor can they condemn their actions. With their findings and opinion, the expert witness assists in

---

<sup>6</sup> Art 267. Law on Litigation procedure „Official gazette RS“ No. 72/2011, 49/2013 – des. US 74/2013 – des. US 55/2014 and 87/2018.

<sup>7</sup> Art 269. page 2. Law on Litigation procedure provides a deadline for submission of opinions and findings, which may not be longer than 60 days. By setting deadlines, the procedure is accelerated and the efficiency of the procedures and the work of the courts is increased.

<sup>8</sup> Art 271. Law on Litigation procedure.

<sup>9</sup> Art 273. Law on Litigation procedure.

<sup>10</sup> V. Petrović-Škero: Expertise in civil proceedings in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *Foresnic medical expertise of non-pecuniary damage*, second edited and revised edition, “Službeni glasnik RS”, 2015, page 708.

<sup>11</sup> Art 5. Code of Ethics for Court Experts, on website: [www.sudski-vestaci.org.rs/kodeks.php](http://www.sudski-vestaci.org.rs/kodeks.php)

reaching a verdict, which one of the parties is usually not satisfied with. Therefore, the expert witness may be exposed to the inconvenience, pressure, or aggression of the dissatisfied party. Besides pressure, in procedures of indemnity of non-pecuniary damage expert witness, if doctor, can favorize the injured, which may result in them being more emotional towards the party whose rights have been damaged or violated. Likewise, if one of the parties in court proceedings is in a position or function, the expert witness would for the benefit or earnings they expect, to adapt the opinion and findings to the interests of that party, which would lead both to a deviation from the rules and from the truth.<sup>12</sup> All of the above indicates that being an expert witness is not easy, but also that the expert witness must have the characteristics that allow them to stay objective and impartial in addition to the stated difficulties that they face in the expertise so that the decision made on the basis of their findings would be fair.

Given the importance and role that expert witnesses have in the process of determining injuries and providing findings that are the basis for determining compensation, adequate regulation of this area is necessary. As a proposal for adequate regulation, and in order to apply the principle of efficiency, limited expertise, and licensing of expert witnesses are listed.<sup>13</sup> Limited expertise would imply that the expertise work the expert witness may deal with a certain period of time (four up to five years), after which they would submit a new request or their expert witness status would be automatically extended. Licensing of expert witnesses and their categorization would enable efficient hiring of expert witnesses in order not to hire expert witnesses with a higher level of knowledge and special qualifications in simpler cases. Also, in complex cases (if the categorization of the expert witness is not performed), an expert witness whose knowledge and experience are not sufficient to perform the tasks for which they are engaged may be hired, therefore they cannot adequately and precisely give an opinion and findings on the case for which they have been invited to perform expertise.<sup>14</sup>

In addition to licensing and categorizing expert witnesses, it is necessary to make changes and amendments to the existing regulations (primarily the Law on Court Expert Witnesses) in terms of determining the obligation of continuous professional development of expert witnesses and controlling the work of court expert witnesses in practice (dismissal of court expert witnesses due to improper, conscienceless or unprofessional expertise).<sup>15</sup>

<sup>12</sup> J. Marić, Ethical problems of forensic expertise of non-pecuniary damage in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, pages 202-203.

<sup>13</sup> N. Šarkić, M. Nikolić, Expertise work as evidence in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 18.

<sup>14</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, page 727.

<sup>15</sup> Amendments are provided in the National Judicial Reform Strategy for the Chapter 23 (available on: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>, 24. 5. 2020 and the Action Plan for the Implementation of the National Judicial Reform Strategy for the Chapter 23, available: <tps://www.mpravde.gov.rs/tekst/2963/akcioni-plan-zasprovodjenje-strategije.php>, 24.5. 2020.

The role and importance which expert witnesses have in procedures they have been engaged indicate their impact on the efficiency of the procedure. As it is about professional and educated people, a requirement to act in accordance with the rules of the profession and enable a faster and fairer resolution of the disputed issue is something that is expected and implied.

### **Medical expertise in criminal proceedings and proceedings of indemnity of non-pecuniary damage - similarities and differences**

The presentation of evidence by an expert witness can be performed both in a criminal case and in civil proceedings. Injury and damage to health caused by an injury in criminal law represent the effect of an illegal act. The resulting damage in the civil law sense includes the consequences of the violation. So, while for criminal law, the act of injury due to committing an illegal act is important, for civil law, the consequences are important in terms of the pain and suffering that the injured party suffers.<sup>16</sup>

Organizing expertise work is regulated by the law, while the expertise is conducted according to the rules of science and profession.<sup>17</sup> In order to give adequate testimony and expertise in criminal proceedings, but also in litigation procedure, it is necessary that expert witness – doctor knows laws and principles according to which court proceedings and expertise proceedings in criminal and civil proceedings are conducted, in order to give an expert opinion, without disturbing the establishment of the truth. Often, due to ignorance of the law, even good connoisseurs of medical matters can make a mistake during the expertise work and influence the outcome of the court process. If there is a situation where the damaged party, injured by a sharp object in the abdomen, when there was a puncture of the abdominal tissue, suffered serious bodily injuries and the surgeon, due to the fact that the wound was healed and that the injured person has no consequences after the medical intervention, present it as a minor bodily injury, it is clear that they are helping the defendant and reduces the possibility of adequate compensation to the damaged party.<sup>18</sup> This example indicates that a doctor-expert witness must not, due to advances in medicine and the possibility of repairing a large number of injuries that go in favor of the defendant, facilitate their position. This is especially important in the case when the injured person is in endangered health therefore new injuries can be life-threatening. Namely, if the person who experienced some form of injury is healthy, their recovery can take place in such a way that there are no consequences that would affect their life and the

<sup>16</sup> More about this in: D. Čukić, Specifics and differences in the approach in performing medical forensics in criminal proceedings and in proceedings of indemnity of non-pecuniary damage in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 30.

<sup>17</sup> N. Mrvić-Petrović, J. Ćirić, M. Počuča, Medicinska veštačenja u krivičnom i parničnom postupku, *Vojnosanitetski Pregled*, 2015, Vol. 72, no. 8, pages 729–735.

<sup>18</sup> *Ibid.*, page 28.

performance of normal life activities. However, if the person is in endangered health, new injuries could be life-threatening even have a lethal outcome. Therefore, it is necessary for the doctor-expert witness to determine the type and severity of the injury in the expertise procedure, as well as whether and how much the injury at the time of application endangered the life of the injured. The primary question is what would have happened to the injured person if they had not been given medical help, what would be the consequences and complications of the injury in that case for their health and life.<sup>19</sup> Therefore, the essence of expertise in criminal proceedings is that the expert witness examines the injury at the time of occurrence and assesses the threat to the life of the injured.

Forensic expertise in litigation proceedings should determine the consequences of the injury. Expertise in litigation proceedings may be performed for the purpose of determining material or non-pecuniary damage. The specifics of the expertise of non-pecuniary damage refer to the fact that it is about the expertise of the pain, fear, and suffering which occurred as a result of an injury. Due to the fact that these are categories that each person subjectively experiences differently, but also due to the lack of a clear criterion on the basis of which the intensity of pain and suffering could be measured, non-pecuniary damage expertise is the most complex expertise. The role of the expert witness is to assess the cause-and-effect relationship between the injuries and the pain suffered by the injured party. To determine the consequences of injuries on the health and life of the injured, it is necessary to determine the previous health condition of the injured. Namely, at the moment of the injury, each of the injured parties is in a certain health condition, which could more or less have an influence on the consequences of the injury being more or less severe. Therefore, the expert witness should determine the condition before the injury and point out the connection between the injury and its consequences. In addition to determining the intensity of pain suffered after the injury, it is necessary (if it is certain that the pain will last in the future) to determine future suffering and mental pain, but also future damage. Determining future pain should include the existence of future grounds for damage, but also the intensity with which it will be manifested. In the expertise procedure, the possibility of transferring one basis of non-pecuniary damage to another should be pointed out, in order for the expert witness's findings to be adequately interpreted and accepted both by the parties and the court.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> The consequence of the injury arises from the injury itself, while the cause of the complication may or may not be the injury. More about this on: Z. Stanković, G. Šćepanović, Forensic significance of the relationship between injuries and diseases, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 55.

<sup>20</sup> Severe bodily injuries result in physical pain which is the basis for compensation for non-pecuniary damage. If the pain becomes permanent, it affects the reduction of life activity, and the compensation for non-material damage from the form of compensation for physical pain grows into compensation for the reduction of life activity. More about this in: Z. Ćirić, *Forensic psychiatry*, Faculty of Law, University of Niš, 2013, pages 34-35.

## **Specifics of expert witness testimony in certain forms of non-pecuniary damage**

For an expert witness, testimonies in the field of medical doctors are appointed among permanent court experts, but physicians who don't have that status can be appointed if they have the necessary knowledge and experience and they meet legal criteria.<sup>21</sup>

In litigations for indemnity of non-pecuniary damage, a physician is a medical expert (*expertus medicoforensis*) witness who performs medical forensics. A medical expert can be a general practitioner, a specialist doctor specializing in various areas of medicine among which are forensic medicine physicians.<sup>22</sup> Conclusion of expertise and performing forensics are elements of forensic medical expertise (*expertisis medicoforensis*) which is applied when it is necessary to establish or clarify medical facts that couldn't be established without medical knowledge and experience.<sup>23</sup> Considering that performing forensics is one form of medical activity, an expert is obliged to abide by the code of ethics for physicians.<sup>24</sup>

By the Law of Contract and Torts of the Republic of Serbia, Article 200 regulates cases in which it can be ruled that the damaged party receives financial compensation for non - pecuniary damage and the goal of that compensation. As a special form of material satisfaction, fair financial compensation can be ruled in cases of 1) physical pain suffered; 2) mental anguish suffered; 3) loss of amenity as a consequence of physical injury or health impairment; 4) disfigurement (aesthetic damage); 5) violation of honor, reputation, freedom or personality rights; 6) death of a close person; 7) gear suffered. The basis for ruling fair financial compensation is the intensity of fear and pain and their duration.

Analysis in this paper will point to the specifics of performing forensics in every one of them.

*Physical pain forensic expertise.* Rights violation as well as the damage that occurs, causing the reaction of damaged or injured parties which represents the subjective attitude towards the event by which those rights are violated and is most often manifested in feelings of discomfort, fear, grief, anger as well as concrete physical pain.

---

<sup>21</sup> Expert witness registry is in the jurisdiction of the Ministry of Justice. Based on the notification about the need for expert witnesses, that presidents of first - instance courts send to the Minister of Justice, Public Call for Expert Witnesses is published.

<sup>22</sup> Medical forensics is the only area, i.e. specialty that incorporates forensics in criminal and civil proceedings into their curriculum, which shows that only medical forensic physicians are the only ones with training in medical forensics. For further reading: D. Čukić, Specifics and differences in the approach medical expertise in criminal proceedings and non-pecuniary damage proceedings, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 18.

<sup>23</sup> Z. Stanković, Expertise and expert witnesses in civil proceedings in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 18.

<sup>24</sup> The Medical Chamber of Serbia has adopted the Code of Professional Ethics of the Medical Chamber of Serbia on 28.09.2006. ("Official gazette RS", No. 121/07).



Physical pain represents a subjective reaction to the objective injury to a body.<sup>25</sup> Law of Contract and Torts of the Republic of Serbia predicts indemnity for the damage for suffered physical pain if the pain intensity and its duration justify it.<sup>26</sup> The question is raised of reliable determination of physical pain suffered by the damaged party considering that the characteristic of pain is a feeling of subjective nature that is distinctive of every individual. Data about the pain that the damaged party suffers can be acquired directly from the damaged party (data acquired in such manner could be unreliable), based on the analysis of the damaged party behavior (which could provide more reliable data on the pain suffered), and based on the character of analyzed injuries (which can provide an objective determination of pain). Objective symptoms such as shivering, elevated temperature, perspiration, etc.<sup>27</sup> that can be seen by others, may facilitate pain determination. If the pain intensity is stronger it is often followed by a moan, cry, or other visible manifestations.<sup>28</sup>

Determining damage and compensation quantification for suffered physical pain implies that all pain, from the damaging event occurring up until the treatment ending, is included. All the pain that the damaged party suffered during the treatment must be taken into consideration, and if the damaged party suffered pain after the treatment has ended, it must be included in indemnity for the loss of amenity. The task of a forensic medical expert is to determine all the hardships that the damaged party suffered due to the injury.<sup>29</sup> Inadequately determined hardships can lead to indemnity that is not in accordance with the pain suffered, i.e. denial of the part of the indemnity to which the damaged party is entitled.

The fact that the pain is a category for which measurement unit nor measuring instrument do not exist, aggravates determination and assessment of its intensity. In an attempt to objectify pain intensity, one - dimensional and multidimensional scales are established.<sup>30</sup>

One - dimensional scales, which include Visual - Analog Scale, Numeric Rating Scale, Verbal Scale with four and five points, strive to determine damaged party pain intensity with relative ease (by marking the pain by the damaged party). Visual - Analog Scale (VAS) is a scale with numbers from 0 to 10, where 0 indicates that

---

<sup>25</sup> Z. Petrović, N. Mrvić - Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, 2012, page 98.

<sup>26</sup> Law of Contract and Torts of the Republic of Serbia, Article 200.

<sup>27</sup> Pain determination and pain assessment are simplified by the pain division. Character of pain, its duration and intensity, as well as its consequences, conditioned the division of pain on multiple types, so we differentiate between acute and chronic pain, pulsating pain, diffused pain, somatic pain, psychogenic pain, etc. For further reading: G. Šćepanović, Suffered pain and future physical pain, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 87. et seq.

<sup>28</sup> *Ibid.*, page 92.

<sup>29</sup> *Ibid.*, page 93.

<sup>30</sup> About the numerical scales and pain measurement methods, as well as problems of their implementation: G. Šćepanović, *op. cit.*, pages 98 - 99; Ž. Karan, Review of the practice of applying numerical scales in expertise of non-pecuniary damage; G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 87 et seq.

there is no pain and 10 indicates the maximum amount of pain. The damaged party is expected to point to a number on the scale according to the pain that they feel. With the Numerical Rating Scale (NRS) pain is represented with numbers from 0 to 100 where 0 indicates that there is no pain and 100 indicates the maximum amount of pain. With this scale, the intensity of pain is expressed as a percentage. Verbal Pain Scale with four points offers four pain levels, 1 - no pain, 2 - mild pain, 3 - strong pain, 4 - excruciating pain. Five points scale represents pain in the following levels: 1 - mild pain, 2 - uncomfortable pain, 3 - pain is present, 4 - strong pain, 5 - excruciating pain. In both types of Verbal Pain Scale, the damaged party is expected to describe and mark the pain level they are experiencing.<sup>31</sup>

Multidimensional scales are questionnaires consisting of multiple question groups to which the damaged party provides answers. The questionnaire in use is The McGill - Melzack Pain Questionnaire (MPQ) that assesses the degree of disability, cognitive and affective disorders caused by pain, and their effect on daily functioning, etc.<sup>32</sup>

During pain intensity determination it is necessary to take into account fatigue of the damaged party, their mood at the moment of establishing, i.e. expressing the pain, as well as checking whether they are under the influence of any drugs, etc. For adequate pain determination, it is necessary to take into account the personality traits of the damaged party, individual pain threshold, the level of tolerance of every individual patient, etc.<sup>33</sup>

There are different views among medical forensic experts<sup>34</sup> on the use of numerical scales for determining pain intensity that a damaged party suffers. While a certain number of medical forensics experts accepts expressing pain numerically, following the example of neighboring countries, others consider such a way of determining pain intensity unacceptable and that it is more appropriate to express pain based on intensity manifestation as high, medium or low intensity than to do so by using numerical values. By quantifying pain by numbers, the judge who gives the final ruling and who determines the amount of compensation for the pain suffered is put in an unenviable position. If the pain intensity is expressed with a 7 on a pain scale, the question then has to rise - 7 of which unit of measurement, because such a unit does not exist. From all of the above as well as other reasons that make pain measurement difficult, numerical scales are used less today.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> G. Šćepanović, Suffered pain and future physical pain in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 99.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.*, page 100.

<sup>34</sup> According to the opinion of the majority of expert witnesses, scales deficiency along with difficulties in their use when determining pain intensity, are such that the practice of their application should be stopped. For further reading: *Ibid.*, page 101; Ž. Karan, *op. cit.*, pages 168 – 169.

<sup>35</sup> *Ibid.*

*Forensic fear evaluation.* Fear can occur as an accompanying uncomfortable feeling of injuries, but it can occur when an injury is absent. If it's manifested as short-lived and intensive experience, this is primary fear. If the fear lasts longer or it has become the permanent state of uneasiness, anxiety, or apprehension, it is a secondary fear.<sup>36</sup>

For determining and evaluating fear it is important to know what kind of person is dealt with because fear is experienced differently by different vulnerable groups (children, women who are pregnant, sick people) in comparison to an average healthy person. What also has to be considered is a fact that fear is experienced more intensely in the cases of the inevitability of unfortunate events than when they happen suddenly.<sup>37</sup>

During the process of determination of indemnity for non-pecuniary damage for the fear suffered, a medical forensic expert has to consider duration and intensity of fear, fear of medical procedures that a damaged party undergoes, fear of uncertainty of the medical treatment success, as well as other circumstances that can affect fear intensity.<sup>38</sup>

When exercising the right to indemnity of non-pecuniary damage, fear duration and level of intensity are important questions. It is considered that there is no basis for indemnity if the fear was intensive but its duration was short (one to two hours). If the fear is of medium intensity but it lasted for a day or two, or the fear is of low intensity, but it lasted longer than two days and it has not caused mental anguish suffering, there is no basis for indemnity.<sup>39</sup>

*Loss of amenity forensics.* The damaged party has the right to indemnity of non-pecuniary damage because of loss of amenity if difficulties in performing daily activities occur which are the cause of mental anguish suffering, and the duration and intensity of pain and suffering justify it. Loss of amenity can be temporary or permanent which will have an effect on the level of ruled compensation.<sup>40</sup> When determining indemnity for non-pecuniary damage it is not crucial whether the injury that caused the loss of amenity is light or severe. Often, an injury that is more severe leaves no consequences that lead to the loss of amenity, or those consequences are temporary, while the injury that is classified as a light one could lead to greater amenity loss.

---

<sup>36</sup> Z. Đurić, Neuropsychiatric view of non-pecuniary damage in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, pages 72 – 75.

<sup>37</sup> A. Jovanović, Suffered fear and future fear, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 136.

<sup>38</sup> G. Šćepanović, Suffered pain and future physical pain, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 95.

<sup>39</sup> This point of view is accepted in legislations of former republics of Yugoslavia. For further reading: D. Čukić, *op. cit.*, page 38.

<sup>40</sup> V. Govedarica, G. Šćepanović, A. Jovanović, Mental anguish due to loss of amenity, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 117.

Loss of amenity in the case of damaging event is not a form of non - material damage, but the basis for the indemnity. The legal basis for ruling fair indemnity is the mental anguish that the damaged party suffers because of the injuries that led to the loss of amenity. The task of an expert witness is to quantify the level of decreased activity in terms of limitations, disablement, or difficulties in performing regular activities and provide information to the court based on which the judge decides about indemnity. For the purpose of performing the given task, it is necessary that a medical expert witness examines the damaged party and establish whether the injury has occurred, what was their medical condition before the injury, and whether that concrete injury or general medical condition has led to the loss of amenity.<sup>41</sup>

Evaluation and determination of loss of amenity are based on an evaluation scale where 1 - 24% decrease is defined as light loss of amenity, 25 - 49% is medium-heavy, 50 - 74% is heavy, 75 - 94% is very heavy and 95 - 100% is defined as complete loss of ability to perform any life activity.<sup>42</sup>

For the purpose of simpler and more efficient determination of loss of amenity, the World Health Organization established the International Classification of Functioning, Disability, and Health (ICF).<sup>43</sup> This classification that consists of two parts, encompasses functioning and disability (in the first part) and contextual factors (in the second part).<sup>44</sup> Significant contribution in evaluating loss of amenity is one hundred degrees Social and Occupational Functioning Assessment Scale (SOFAS) which is published by the American Psychiatric Association published within the Fourth Revision of Diagnostic and Statistical Manual and Mental Disorders (DSM - IV).<sup>45</sup> European Confederation of Specialized in the Assessment and Compensation of Physical Injuries (Confederation Europeenne d' Experts en Réparation et Évaluation du Dommage Coprorel – CEREDOC) established European Indicative Scale for the assessment of physical and psychiatric damage (EIT).<sup>46</sup> In addition to the all listed

<sup>41</sup> The examination is necessary to determine whether the injury occurred at all, because in order to benefit, the injured or damaged are able to simulate pain and show them greater than they really are. The role of the expert is to recognize the simulation (pretense), dissimulation (concealment) or aggravation (exaggeration), in order to determine as realistically as possible the degree of injuries and pain suffered. More about this: G. Šćepanović, Expertise of extremities injuries consequences in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 527.

<sup>42</sup> V. Govedarica, G. Šćepanović, A. Jovanović, *op. cit.*, page 124.

<sup>43</sup> *International Classification of Functioning, Disability and Health*, World Health Organization, Geneva, 2011.

<sup>44</sup> Contextual factors are factors that come from the environment, apropos the environment (external) and personal (internal) factors that affect the functioning and disability in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 121.

<sup>45</sup> American Psychiatric Association. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*, ed. 4. American Psychiatric Association, Washington DC, 1994.

<sup>46</sup> The application of European tables does not imply the determination of compensation on the basis of a simple insight into the table, but only provides a basis for experts when determining the amount of compensation. It is not intended for the laity and it is not possible to determine the level of damage to the health of the injured party on the basis of insight into the value given in the table. More about this in:

scales, Sheehan Disability Scale (SDS) for assessment of disability in professional, family, and social life caused by consequences of injuries and illnesses, Global Assessment of Functioning Scale (GAF) that shows an overall grade of individuals' functioning, as well as other scales, are in use as well.<sup>47</sup>

*Expertise work of mental anguish suffered due to the severe disability of a close person.* An insufficiently precise definition of severe disability complicates the work of expert witnesses and courts. Severe disability most often implies multiplied organ damage or body parts which are not necessarily followed by nervous system damage, damage of other senses, etc.<sup>48</sup> Severe disability of a person implies that they are unable to perform basic life functions, that the personal appearance of a person is impaired which causes the feeling of grief, pain, and pity to the family, but that can also cause discomfort in other people, avoiding encounters and contacts with a severely disabled person, etc. Within a family, there are different reactions to the disability of its members. While some families are ready to accept the disability of their members, help them and strive to have a normal life (to the degree that is possible), disability in other families leads to tension and problems that cause an increase in mental anguish of disabled person.<sup>49</sup>

*Expertise work of mental anguish suffered due to disfigurement.* As well as the other forms of non - material damage, there is no established objective criteria for determining disfigurement degree. Disfigurement in itself does not entitle to indemnity for non - material damage. Entitlement to indemnity is based on mental anguish that the damaged party suffers because of disfigurement. If the damaged party is not aware of the significance of the disfigurement, there is no mental anguish suffered due to the disfigurement, i.e. there is no basis for ruling indemnity.<sup>50</sup>

The role of an expert witness in the assessment of disfigurement is to determine the condition before the disfigurement occurred and the condition that occurred after the injuries. Due to the treatment options for the vast majority of the injuries and aesthetic corrections, forensics is performed after the treatment has finished. It is a separate question of whether the damaged party has the right to compensation for aesthetic procedures and interventions. The position of jurists is that the damaged party should be entitled to the compensation for aesthetic interventions if that is justified and for the purpose of injury repairment, as treatment costs (material damage), but they should also be entitled to indemnity for non - material damage because of the

---

Ž. Karan, European tables for assessing impairment of physical and mental integrity, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 177.

<sup>47</sup> V. Govedarica, G. Šćepanović, A. Jovanović, *op. cit.*, page 127.

<sup>48</sup> *Ibid.*, page 145.

<sup>49</sup> G. Šćepanović, Z. Đurić, Mental anguish due to severe disability of a close person in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 144. In addition to disability, relationships in the family are also affected by chronic pain of the injured. More about this in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 102.

<sup>50</sup> D. Medić, Importance of the expertise in civil proceedings for indemnity of non-pecuniary damage, G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 695.

pain suffered.<sup>51</sup> When determining indemnity for non - material damage, an expert witness has to take into account age of the damaged party, occupation or profession, the degree to which the injuries are visible, i.e. whether they are on body parts that are exposed and visible, or they can be hidden from other people.<sup>52</sup> Also, the environment in which the damaged party lives should not be ignored because the intensity of mental anguish suffering can significantly be affected by the readiness of the environment to accept the damaged party, i.e. the fact that they can be rejected because of their disfigurement. If because of the disfigurement, the damaged party is prevented from performing activities which they would otherwise perform, and they refer to daily activities and activities that are in relation to the profession of the damaged party, next to the indemnity for impairment, they could claim indemnity on the basis of loss of amenity.<sup>53</sup>

*The expertise of mental anguish suffered due to a violation of honor, reputation, dignity, and freedom.* In order to unify concepts that relate to violations of personality rights, the concept of personality integrity is used in literature. By the constitution of the Republic of Serbia, Article 18, the right to inviolability of human dignity and the right to private life are guaranteed. Violations of reputation, honor, and dignity are lately occurring through the media which causes an increase in the number of lawsuits for indemnity of non - material damage for such violations.<sup>54</sup> The basis for indemnity of non - material damage, as well as the right to their ruling, are mental anguish suffered, i.e. psychological suffering that the damaged party experiences due to violation of reputation, honor, and dignity.<sup>55</sup> Suffering that the damaged party whose rights are endangered or violated experiences, as well as the personality structure of the damaged party, are subjected to the expertise procedure for the violation of personality rights. Namely, expertise determines whether the damaged party caused the violation of their rights with their own behavior, which personality group they belong to, whether they have a hypersensitive or emotionally stable personality, etc.<sup>56</sup> Expertise in the cases of violation of personality rights is complex and delicate, so it is insisted on reconciliation, apology, or mediation whenever possible, and only in those situations where reconciliation is not possible procedure for indemnity is set in motion.

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, page 696.

<sup>52</sup> Clinical examination of the way other people see people who have experienced some form of impairment uses the distance method, which observes at a distance of 50 cm, which involves observation by people in the immediate vicinity and from a distance of 3 m, which is "social distance". More about this in: V. Š. Rakić: Model of forensic classification of disfigured disorders caused by operations, injuries, diseases and treatment, doctoral dissertation, Faculty of Medicine, University of Belgrade, 2016, page 22.

<sup>53</sup> G. Šćepanović, Z. Đurić, *op. cit.*, page 114.

<sup>54</sup> M. D. Čabarkapa, Mental anguish due to violation of integrity, freedom and personality rights due to death of a close person in: G. Šćepanović, Z. Stanković, Z. Petrović and associates, *op. cit.*, page 157.

<sup>55</sup> *Ibid.*, page 152-160.

<sup>56</sup> *Ibid.*, page 158.

## Conclusion

There are numerous causes of injuries that enable exercising rights for indemnity for non - material damage. Injuries that occur as a consequence of damaging events are also numerous. The complexity of the tasks that are given to the expert witness and the significance of their opinions and conclusions to the final ruling on indemnity requires a high level of knowledge, experience, and dedication. Next to knowledge and experience, an expert witness must be distinguished by traits that enable that despite difficulties that are encountered in expertise, they stay objective and unbiased so that decision that is being made based on their findings would be fair.

Considering that there are no simple and objective criteria that would be used to “measure” non –pecuniary damage, that is, physical and mental anguish that the damaged party suffered because of the violation of personality rights, the amount of indemnity of non-pecuniary damage, as well as the estimation of monetary compensation that is ruled in the name of indemnity, it is often difficult to determine. That is why the role of an expert witness in non-pecuniary damage proceedings is especially important.

In order to provide the most complete and high - quality expertise in civil proceedings, commissions consisting of a medical forensic expert, a psychiatrist and a doctor with specific specialty depending on the nature of the injuries, are often formed. The presence of a psychiatrist is necessary in order to adequately assess the intensity of the experienced fear, pain, and other forms of non-pecuniary damage. Because of the significance of expert witnesses in all judicial proceedings, and especially in non-pecuniary damage proceedings, improvement of the existing legal framework of this area is necessary. Adequate legislation can lead to increased efficiency of expert witness work, individuals whose rights are violated or endangered would be provided with adequate compensation, and conditions for an increase in efficiency in the Serbian judiciary would be created.

## Literature

1. Akcioni plan za sprovođenje Nacionalne strategije reforme pravosuđa za Poglavlje 23, dostupno na <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/2963/akcioni-plan-zasprovodjenje-strategije.php>;
2. American Psychiatric Association. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, ed. 4. American Psychiatric Association, Washington DC, 1994;
3. Ćirić Z., *Sudska psihijatrija*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, 2013;
4. Etički kodeks sudskih veštaka, dostupno na: [www.sudski-vestaci.org.rs/kodeks.php](http://www.sudski-vestaci.org.rs/kodeks.php)
5. International Classification of Functioning, Disability and Health, World Health Organization, Geneva, 2011;
6. Jelčić O., “Novčana naknada nematerijalne štete u slučaju telesne povrede”, *Naša zakonitost*, br. 10/82, Zagreb, 1982;

7. Krivični zakonik “*Službeni glasnik RS*” br. 85/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 i 94/2016;
8. Laufs/Uhlenbruck, *Handbuch des Arztrechts*, 3, Auflage, Munchen, 2002;
9. Law on Forensic Expert Witnesses „Official gazette RS“, No. 44/ 2010;
10. Nacionalna strategija reforme pravosuđa za Poglavlje 23, dostupna na: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.godine.pdf>;
11. Nataša Mrvić-Petrović, Jovan Ćirić, Milan Počuča, „Medicinska veštačenja u krivičnom i parničnom postupku”, *Vojnosanitetski Pregled*, 2015, Vol. 72, no. 8;
12. Radišić J., *Medicinsko pravo*, Nomos, Beograd, 2008;
13. Petrović Z., Mrvić-Petrović N., *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, 2012;
14. Rakić Š. V., Model sudsko - medicinske klasifikacije naruženja nastalih kao posledica operacija, povreda, oboljenja i lečenja, *doktorska disertacija*, Univerzitet u Beogradu, Medicinski fakultet 2016;
15. Šćepanović G., Stanković Z., Petrović Z., i saradnici, *Sudsko-medicinsko veštačenje nematerijalne štete*, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, 2015;
16. Vujaklija M., *Leksikon stranih reči i izraza*, Beograd, Prosveta, 2006.





## PECULIARITIES OF THE OBLIGATION DARE UNDER BULGARIAN LEGISLATION AND IN COMPARATIVE ASPECT

**Ivan Ruschev**

Professor, PhD, DSc, Doctor Habil  
Sofia University “St. Kliment Ohridski”, Bulgaria

### **Abstract**

This scientific paper discusses the features of one of the most common legal obligations – the transfer of property (dare). It is regulated in all legislations throughout the world. The subject of research envelops its peculiarities, according to the two major continental families – the Roman and the German, compared with those of the Anglo-Saxon legal system. Some distinctions of the obligation to transfer property under Bulgarian law, which manifest deviations from its reception via French through Italian law, have been thoroughly reviewed.

**Keywords:** obligation, transfer of property, dare, French Civil Code, Italian Civil Code

### **1. A COMPARATIVE REVIEW**

Roman law makes a strict distinction between the obligation to transfer ownership and the transfer itself in fulfillment of the obligation. The latter was done with a separate legal act - an acquisition method (*modus acquirendi*). In classical law, three such methods are known - transfer by bronze and scales (*mancipatio*), by “judicial assignment with the participation of public authority” (*in iure cessio*), the so-called. an apparent process of ownership and with a simple transfer of possession (*traditio*). All of them are abstract transactions - their validity is not presupposed by the validity of the legal basis in view of which the transfer is made, i.e. of the contract giving rise to the obligation to give. Of these three acts in the postclassical period remains only the most liberal - tradition. Late Roman law also knows a special means of transferring possession - the so-called *constitutum possessorum*, in which the transferor agrees with the person to whom he must tradition the thing, to continue to exercise *de facto* power over this thing, but no longer for himself. *si*, and for the acquirer. Under this agreement, the previous owner becomes the holder. In this way, although the thing is not actually handed over, by virtue of the possessory constitution clause, the tradition is considered completed.

With the reception of Roman law in Western Europe, this clause was regularly included in treaties creating an obligation to transfer property - so often that it began to be considered negotiated, even without it being enshrined in the treaty. Influenced by this practice, the founders of the FGC, contrary to Roman rule, established (albeit

insufficiently perfect as an expression) the permission that the property is transferred by the very agreement of the obligation to transfer - the consent to assume the obligation to transfer and the consent to perform the transfer itself are merged. As a result, the legal fact that gave rise to the obligation to give - the contract, is sufficient for its implementation, without the need for a separate legal act for the transfer of the right in the patrimony of the creditor. In other words, with the conclusion of a contract giving rise to an obligation for dare, the latter not only arises but is automatically fulfilled. Nevertheless, the rule of the need for tradition remains in force, but it has already been modified with the stipulation of a change of owner. The Napoleon Code, finding this “distorted” understanding of tradition, accepted that no separate property law was needed and the treaty was completely sufficient. Thus, for the first time, a text appeared, regulating the obligatory-real effect of the civil contract, albeit in a very complicated form. In the same way, the text of Article 30 of Bulgarian Law of Obligations (repealed) is not very clear, according to which contracts that have as their object the transfer of property or another right, the property or the right are transferred by lawful consent and the property remains the risk of the acquirer, even if its transfer has not taken place. Today this wording is close to that of Art. 24, para 1 of the current Bulgarian Law of Obligations.

This effect is also referred to as the obligatory-real effect of the translational contracts and is also accepted in the law of the other states of the Roman legal circle - e.g. Belgium and Italy. However, everywhere this rule is dispositive and the parties can agree on the transfer of property at a later time, and also suffers exceptions arising from peculiarities in the subject of the debt (eg in case of generic or alternatively defined benefits). Which makes it possible to distinguish the so-called “Non-essential” obligation for dare from the so-called “Genuine”, which requires additional action to fulfill the obligation.

This is not the case under German law, where the contract only promises the transfer of ownership, and then the movable property must be handed over or entered in the land books (if it is real estate), ie. registration has a constitutive effect, unlike our system.

A particularly important and distinctive element in the system of the German Civil Code is the principle of abstraction (in German legal terminology “Abstraktionsprinzip”), which has a significant impact on the whole code and is extremely important for understanding the way the law treats transfers of rights, e.g. . - the contractual rights under the contracts, e.g. the abstractness of cession. Thus, according to the law, the right of ownership is not transferred by the contract of sale, as in most other legislations. Instead, the contract only obliges the seller to transfer ownership of the sold item to the buyer, while the buyer is obliged to pay the agreed price. As the buyer in this case does not automatically acquire ownership under the contract and the seller does not automatically acquire “ownership” of the money, and to transfer ownership of the property, according to the law, requires its actual transfer

from the seller to the buyer. § 433 BGB clearly indicates this obligation of the seller as well as the obligation of the buyer to pay the agreed price. Consequently, the seller and the buyer, by virtue of the conclusion of the contract, made only counter-declarations of intent as intentions for sale, but did not fictitiously enter into a contract. Another contract referred to in § 929 BGB et seq. Is required for the transfer of ownership. For the simple transfer of goods to be paid immediately in cash, German civil law governs their transfer in three contracts:

- the sales contract itself, obliging the seller to transfer ownership of the product and, accordingly, the buyer to pay the price;
- a contract transferring ownership of the product to the buyer (in fulfillment of the seller's obligation);
- a contract that transfers ownership of the money (banknotes and coins) from the buyer to the seller (in fulfillment of the buyer's obligation).

The transfer of ownership in the German legal system requires a new property law contract, which, although it can be concluded and executed simultaneously with the first, is not identical to it. The property law contract includes two elements - consent for the transfer of ownership and transfer of movable property, respectively. entry in the land books (Grunbuch) for real estate.

The consent for the transfer of ownership may not be explicitly expressed upon the transfer of the thing, due to the fact that the existence of the same can be judged precisely by the actions for the transfer of the actual power. However, in all cases it is an element of the new property law contract and differs from the consent, the source of the contract with which the obligation to give is assumed. Therefore, if the transferor becomes incapable after the conclusion of the contract, the ownership will not be able to be transferred, despite the transfer of the property, due to lack of valid consent for the transfer itself.

The moment in which the property is transferred marks the end of the tradition, ie. the moment in which the possession passes over the buyer, in accordance with the current regime - until then the thing can be transferred to another purchaser and this transfer is non-attainable, as is performed by the owner. German law explicitly distinguishes between the moment when the activity of the transferor ends, ensuring the actual receipt of the thing from the moment when the tradition ends by accepting the possession by the buyer, using different terms for both cases.

It should be mentioned that the contract for the transfer of ownership under German law is different from the preliminary contract settled in Bulgarian law. This is because the preliminary contracts for transfer of real estate, not declared final, do not have a real-transfer effect, regardless of whether at their conclusion or later the agreed price is paid by the buyer. The subject of the preliminary contract is the promise to conclude a final one, but it neither replaces nor has the effect of the contract, the conclusion of which aims. In addition, the payment and, accordingly, the transfer of possession are not related to the emergence of the legal relationship under the contract

of sale. They are elements of its content and are due to the execution of a transaction that is consensual - the ownership is transferred by reaching an agreement between the counterparties for the sale. The payment, resp. the transfer of the thing under the preliminary contract are anticipated performance under the future final contract. This is explicitly regulated in Art. 30 of the BG LOof 1892, and, of course, this consent must be in the form prescribed by law (“legally stated”).

The treaties under Austrian law also have a purely binding effect. But while under the GGZ the property transfer contracts, like their Roman prototype, are abstract and their validity does not depend on the validity of the contract giving rise to the dare obligation, under Austrian law the property law is causally bound by the contract which constitutes its basis and in the event of invalidity. the latter the transfer agreement is also invalid. Swiss and Greek law, also belonging to the German legal family, distinguish the contract of obligation from the order of transfer which transfers the property. And the laws of other countries of the same legal family know the possibility of the will of the parties to pass the property not with the transfer of the thing, but in a subsequent moment, but otherwise the moment of transfer of ownership is not affected by the subject of the obligation.

In English and American law, the transfer of ownership is determined primarily by the express will of the parties. If there is no agreement, the rule is that the ownership of an individually determined item passes with the conclusion of the contract, and on a generically determined one - after its individualization, but even in this case the presumed will of the parties is always taken into account. . Based on the presumed will of the parties, special rules have been established regarding the moment the property is transferred, depending on whether the transferor has to do something before handing over the thing (eg weighing it, measuring it, testing it for quality). , whether a thing is transferred under construction, whether a security is issued, materializing rights over the thing, etc.

## **2. THE REGULATION UNDER BULGARIAN LEGISLATION**

The Bulgarian legislator already in Bulgarian Law of Obligations (BG OL - repealed) adopts the model of the legislations from the Roman legal system. Despite its not very precise wording in Art. 30 of the BG OL (revoked), the dominant opinion in the doctrine understands the text as an expression of the principle of the real effect of the bond contract. In the old literature only Prof. L. Dikov, under the influence of the German doctrine, accepts that Art. 30 of the BG OL (repealed) follows the German, not the French permit. However, this understanding remains isolated.

In the recent literature, an attempt is made to argue this view in the context of the problem of transfer of securities, assuming that the actual composition of the transfer of bearer securities includes, in addition to the transfer of possession of the security, also a contract. between the transferor and the transferee, thus seeking symmetry with

the German model. Other authors argue that the actual composition of the transfer of bearer shares includes a contract and a transfer of shares. I do not think such a view can be shared, because it is valid only for shares - and it is registered, and apart from that it does not take into account the distinction between the rights over and on a security (argued by art. 317, para. 1, art. 471, para. 1 and 2 Commercial Law; art. 560 and Article 561, item 2, Article 566 of the Civil Procedure Code), when it comes to a bearer security.

I think that the disposal of bearer securities and the right materialized in them is done by simply handing over (serving) the document. Moreover, the rights of the subsequent bearer of the security do not depend on the rights of the previous bearer. For the transfer, pledge or transfer of bearer securities for safekeeping at the creditor's delay, similar to ordinary movables, only their simple physical transfer to the acquirer is sufficient (argued by Art. 185, para. 1 and Art. 204, para. 5 Commercial Law Article 119, paragraph 3 of the Naval Commercial Code; Article 97, paragraph 1, second sentence of BG LO, Article 180, in connection with Article 181, paragraph 1 of the Commercial Code). Unlike registered and promissory notes, bearer securities do not require any additional legal action other than their physical transfer (for example, no assignment under Article 99 of the BG LO or a giro under Articles 316-317, 466 is required) et seq., Article 578, etc. Of the Commercial Code, or entry in a certain book in view of the opposition of the disposal of the security with respect to the issuer, argued by Article 185, paragraph 2, Article 578, paragraph 3, para. third and fourth of the Commercial Code, etc.).

Bearer securities are exercised with the right of retention as on any other movable property (argued by art. 315 of the Commercial Code). When seizing them, they are subject - like movables, to seizure by the bailiff, who puts them in a bank (argument of Article 515, paragraph 1 of the Civil Procedure Code). In all these cases, there is a physical expression of the transfer of possession (possession) over them, which exhausts the factual composition of the order. Excluding the provision of Art. 78, para. 1, assoc. first, the the Property Act, which speaks of the acquisition of bearer securities for consideration "on legal grounds", the current regulation of the transfer of bearer securities is completely disinterested in the legal act that serves as a legal basis for this transfer (eg contract). it can also be justified by the fact that in the case of bearer securities, in contrast to registered or promissory notes, the possession of possession of the security is a sufficient sign to determine the person entitled to exercise the rights under it.

This principle is enshrined in the current BG LO, whose Art. 24, para. 1 stipulates that in the contracts for transfer of ownership and for establishment or transfer of another real right over a certain thing, the transfer or establishment occurs by virtue of the contract itself, without the need to transfer the thing. Outside the scope of art. 24, para. 1 of the BG LO are the preliminary contracts for sale, for exchange, for transfer of property against an obligation for maintenance and care, etc., as they

do not transfer or establish real rights, but only create an obligation in the future to conclude a final contract, giving rise to an obligation for this transfer, resp. for the establishment of the right.

Choosing the French model, Bulgarian law perceives both the advantages and disadvantages of the real effect of the contracts themselves in comparison with the system of tradition. The main advantage of this permission is in the certainty that once the debtor has unconditionally agreed to make the transfer, the occurrence of this result will no longer depend on his will, resp. to be influenced by changes in his intention, as it occurs automatically. The main disadvantage of the adopted and applied in our country French model, however, is that the transfer remains hidden from third parties, as for them an indication of the right of ownership is the actual power over the thing.

As a corrective to this inconvenience, cases have been identified in which the real action may be wavered for the protection of the interests of those acquirers who did not know that they were acquiring from a non-owner. Although it manifests itself between the parties, it is irresistible to bona fide persons who have acquired de facto power in the transfer of movable property for remuneration (Article 78 of the Law of Property) or legitimized by the registration of their rights in the transfer of immovable property (Article 113 of the Law of Property). This is so because the real effect of the contract is limited between the parties, as legitimacy for rights opposed to third parties the acquirer acquires by handing over the property (Art. 78 Law of Property), respectively by entering in a special register (Art. 113 Law of Property, Art. 23, para 2 of the Naval Commercial Code, Article 47, paragraph 1 of the BG LO). Therefore, the differences between the two systems are not as drastic as it seems at first glance. As some authors aptly point out, in view of the legitimacy vis-à-vis third parties, the real effect of consensus is the contradiction between the relative effect of the contract and the absolute nature of the rights transferred.

## **INCEST AND PEDOPHILIA WITHIN THE FAMILY: CRIMINAL AND FAMILY LEGAL TREATMENT ACCORDING TO THE POSITIVE LEGISLATION OF THE RNM**

**Arta Selmani-Bakiu**

Assistant professor of Family Law  
Faculty of Law – South East European Univeristy  
e-mail:[arta.selmani@seeu.edu.mk](mailto:arta.selmani@seeu.edu.mk)

**Vedije Ratkoceri**

Assistant professor of Criminal Law  
Faculty of Law – South East European Univeristy  
e-mail:[v.ratkoceri@seeu.edu.mk](mailto:v.ratkoceri@seeu.edu.mk)

### **Abstract**

Medical, psychological and pedagogical disciplines consider childhood as a crucial period for the future development of children as individuals and as citizens. Children acquire family values and morals from their parents, thus in order to have a healthy and non-violent society, well-being must be initially sought in the family. Unfortunately, redundant, children are often the victims of various forms of violence within the family. In particular, sexual abuse within the family - namely incest - is considered to be the most serious form of violence/abuse which negatively affects, with long-term consequences, the well-being, growth and the proper psycho-physical development of the child.

In this paper the authors will approach the treatment of the phenomenon of incest in cases where the victims are children. Incest as a multidimensional phenomenon, in this paper will be treated in both criminal and family legal terms. In the criminal aspect, we will treat the criminal offense of incest as incriminated in the Criminal Code of the RNM. In particular, the authors will elaborate the connection between pedophilia as a mental disorder and the criminal offense of incest when the victims are children. Meanwhile, from the family legal perspective, the importance of respecting close blood relatives will be treated as a relationship that is created between two or more persons, who are descending from each other or are descending from a common ancestor. In this section authors emphasize the importance of understanding genetic origin for children conceived with donated genetic material and adopted children in order to prevent incestuous relationships between close blood relatives.

**Keywords:** incest, pedophilia, family relationships, sexual abuse, criminal offense

### **Introduction**

Children have the right to grow up with their parents and to have a trouble-free and happy childhood. Family and parents are the ones who should provide



children with security and support at every stage of their lives. In situations where the family is an unsuitable place for the psychosocial stability of the child, redundant the competent authorities should intervene through their mechanisms by removing the child from the parents and placing him/her under guardianship or institutions for care of children without parents and without parental care, an obligation which is based on one of the basic principles of family law - the principle of special social and legal protection of the family. Family legislation provides legal sanctions in all situations where parents misuse, rape or abuse their child. In all these situations, the parents are deprived of the parental right, which is considered a repressive measure to protect the interests of the children. Family Law Act (FL) enumerates as actions which are categorized as abuse and neglect of parental rights the situations when the parent: 1) exercises physical or psychological violence against the child; 2) sexually exploits the child; 3) forces the child to work, while it does not correspond to his/her age; 4) allows the use of alcohol, drugs or other psychotropic substances; 5) forces and exploits the child to beg; 6) leads the child to socially unacceptable behavior; 7) abandons the child for more than 3 (three) months and does not take care of him/her; 8) in any other severe way violates the rights of the child (Article 99, FL).

In addition to the loss of parental rights, the removal of the child from the parents and placing him/her under the custody of an institution, for most of the cases provided above, the parents will also be held criminally liable. Respectively, the Criminal legislation of North Macedonia has provided a wide range of criminal offenses which violate the integrity of the child, with special emphasis on his/hers sexual integrity. This paper is mainly based on situations where child abuse and sexual abuse takes place within the family.

Initially, the authors emphasize the importance of family relations (blood, adoption and marriage) by giving continuous recommendations that such relations must be respected among family members, in order to avoid incestuous relationships. Further, child sexual abuse and pedophilia and inclination related to incest are addressed. Additionally, the paper provides a thorough analysis of criminal legislation on the incrimination of criminal offenses involving sexual abuse of and incest with children, describing the manner in which these criminal offenses are committed and the penalties provided for these offenses under the Criminal Code of the RNM. Also, statistical data are presented on perpetrators of incest in RNM, from 2012 onwards, obtained from the online Register of child abusers and pedophiles. Finally, the authors through the analysis of family legislation point out the need for legal interventions in order to incorporate the principle of recognition of genetic origin for adopted children as well as children conceived with donated genetic material. Their recommendations are based on the consequences that arise from incestuous relationships which can be reflected on the couple but also on the children who are born from such relationships. Due to the sensitivity of such reports, the dark figure of these cases is very large. Preserving and stifling the truth that rape or extramarital

affair has taken place between two relatives, negatively affects the psychological stability of persons who are part of these immoral and violent acts. Therefore, the authors through field research give concrete recommendations to prevent incestuous, pedophilic and domestic rape cases. Through their work, they insist on raising civic awareness through the presentation of these cases and the intensification of state bodies in taking concrete measures to punish such actions.

## **1. The importance of blood relations in family relationships**

The family is the main cell of society and enjoys legal protection both nationally (see Article 4, FL) and internationally (Article 16, Universal Declaration of Human Rights). In terms of family establishment and in terms of the circle of members that make up the family, in contemporary family law there are different definitions of what is considered a family (nuclear family, biological family, single parent family, artificial family, etc.), but with importance for this paper is to give the definition of family in terms of proximity of family members in relation to blood relationships, precisely for the fact of creating a blood relationship which creates legal-personal consequences. Blood relation is a legally recognized relationship between two or more persons, descended from each other or descended from a common ancestor. It is founded in an exclusively natural way, with the birth of children (Zendeli, Selmani-Bakiu, Mickovik, Ristov, 2020, p.108). Since the development of technology has not left untouched the family itself, in addition to establishing the family in a biological way, it can also be established through methods of artificial reproduction (artificial insemination, *in vitro* fertilization, surrogate motherhood, childbirth by a single woman with donated genetic material, post-mortem reproduction, etc.) by which the blood relationship is established if the child has a genetic connection with the parents and the civil relationship if the child is conceived with a donated genetic material, through which the child has a genetic connection with the donor/s of genetic material. So, kinship can be established biologically (blood relation); on the basis of adoption (civil relation), or on the basis of marriage (marriage relation). In all the bases of its creation, kinship is a marital obstacle and the eventual marriage concluded between this category of persons is absolutely invalid. In principle, blood relatives should be respected without exceeding the limits of intimate relations. However, in situations where blood relatives will enter into marriages, they will be unacceptable in society, not only for eugenic and biological reasons, but also for ethical, moral and legal reasons (Zendeli, Selmani-Bakiu, Mickovik, Ristov, 2020, p.124). In the Family law of RNM, the legislator envisages blood relation as a marital obstacle in the direct and indirect line. In this sense, relatives of the blood relation cannot enter into marriage in the first ascending or descending line, regardless of the degree of kinship. In the direct line, a sister and brother, a sister and brother from the father, respectively from the mother, an uncle and nephew/niece, or first cousins can not get married (Article

20 paragraph 1 FL). On the other hand, the indirect blood line represents a marital barrier up to the fourth degree. Marriage barrier is also the adoption-based relation (Article 20 paragraph 2 FL) and the marriage-based relation (Article 21 paragraph 1 FL).

Marriage between blood relatives is also a marriage barrier from the international perspective. The European Commission for Human Rights considers blood relation to be an absolute barrier to marriage, in order to prevent incestuous marriages. This, thus, has resulted in the annulment of some marriages between blood relatives by the European Court of Human Rights (see case *Theodorou and Tsotsorou v. Greece, B. and L. v. The United Kingdom*) (European Court of Human Rights, 2020, p.7). Although there are marital barriers between blood relatives, this prohibition cannot completely prevent intimacy between certain persons or the establishment of prohibited extramarital relationships from which family and parental rights and obligations arise (see more at Harris-Short, Miles, 2011, p.99).

Herring gives three grounded arguments as to why extramarital affairs between blood relatives should be forbidden. “The first is the fear of genetic dangers involved in permitting procreation between close blood relations. This would not justify bars based on affinity and with the availability of genetic screening may be harder to support. A second argument in favor of these bars is that permitting marriage between close relations may undermine the security of the family. The argument is that children should be brought up without the possibility of approved sexual relations later in life with members of their family. A third argument can be based on the widespread instinctive moral reaction against such relationships” (Herring, 2009, p.49).

In addition to the breakdown of family relationships, the most difficult consequences surface if from children are born out of these marriages. Professors Mickovik, Ignovska and Ristov point out that “incest offsprings have a high risk of genetic disorders caused by mutations in autonomically recessive genes that are twice as high in close blood relatives carrying two copies of the same gene, and the likelihood of getting genetic disorders is 1 outof 16” (Mickovik, Ignovska, Ristov, 2016, p.56). They also emphasize the existence of possibilities that the offspring will have abnormalities, mental retardation or a shortened lifespan. Only in about half of the children from incestuous relationships such anomalies are avoided (Ibidem. p.57). It should also be noted that historically this category of children (born from an incest relationship), together with extramarital children have been categorized as illegitimate children deprived of family and succession rights (See more at Valsecchi, 2016, p.232).

It is important to note that incrimination of incest as a criminal offense is provided only in cases of sexual abuse between blood relatives of direct line in any degree of relation, including siblings, but not sexual intercourse between members of the blood relation of indirect in a transverse line, or between those in the marriage-based relation, adoption-based relation, etc.

However, the incestuous relationship must be understood in two aspects, when the same is done with the will of both parties and from this arises an extramarital union explained above, and the other which is even more common form is that of a violence, when one party is in the role of the abuser and the other in the role of the victim. In most cases of such rapes, male abusers (father, brother, stepfather, maternal brother, paternal brother) have been reported against women close to either the straight blood line or indirect one (42-year-old M.M. abuses sexually his daughter in Gostivar; in Veles the father abuses her minor daughter; the father abuses his three minor daughters aged 3, 5 and 7, etc.) (see at First Children's Embassy in the World MEGJASHI). That is why Herman states that "Female children are regularly subjected to sexual assaults by adult males who are part of their intimate social world. The aggressors are not outcasts and strangers; they are neighbors, family friends, uncles, cousins, stepfathers, and fathers. To be sexually exploited by a known and trusted adult is a central and formative experience in the lives of countless women" (Lewis Herman, 2000, p.19).

In addition to incestuous relations between blood relatives of the opposite sex, in comparative legal practice such relations are also marked between homosexuals, such as, the relationship of two sisters and their mother (See more at Héritier, 2002) or the case of incestuous behavior of MZ male homosexuals who were together during childhood and maintained their incestuous relationship well into adulthood. The twins were impotent with non-consanguineous males (Bixler, 1983, p.300).

## **2. Child sexual abuse, pedophilia, and incest**

Child sexual abuse is one of the most serious forms of abuse of the physical, mental, and sexual integrity of the child. This form of abuse leaves long-term and irreversible consequences on the physical and mental health of the child.

Although, according to the legislation of the RNM and also of many other countries, children are considered persons under the age of 18, in terms of children as victims of sexual abuse the age limit is 14 years (some countries have this limit lower, some others higher but not more than 15 years of age). The reason why criminal law contains a principled prohibition of any sexual intercourse with a child under the age of 14 is because it is considered that a child of this age cannot form the desire or free will for such a relationship. And this applies regardless of the gender of the child as well as the desire of the child, so the eventual agreement of the child for such a relationship has no value (Kambovski, 2015, p. 817).

Meanwhile, if we examine the psychology literature on the definition of pedophilia, we will see that pedophilia has to do with the desire for sexual intercourse of adults with children exactly before the age of puberty (12, 13, 14 years old). Namely, "as a distinct paraphilic disorder, pedophilia is a desire or preference for sexual intercourse with children before puberty" (Winslade, Stone, Smith-Bell, &

Webb, 1998, p. 355). According to the American Psychiatric Association, pedophilia is defined as an intensified and persistent interest in pre-pubertal children (Stevens, 2001, p. 32). According to the diagnostic criteria of the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, Fifth Edition, a pedophile is an individual who fantasizes, is sexually aroused or experiences sexual arousal towards adolescent children (generally younger than 13 years) for a period of at least 6 months. According to this Guide (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-V)) pedophilia is listed as a *mental disorder*.

Another issue of concern regarding child sexual abusers remains the issue of recidivism. Numerous studies indicate a high level of recidivism in criminal offenses of child sexual abuse. In addition to the horror in the case of child victimization, sexual abusers with paraphiliac disorders such as pedophilia often have many victims, sometimes counting hundreds of abuses throughout their lives (Winslade, Stone, Smith-Bell, & Webb, 1998, p. 365). This is because pedophiles, due to the disorder they have, if not treated and cured, i.e. not stopped, can repeat the act hundreds of times. Another characteristic of pedophiles is that often they can not control their lust and feelings, so it is not uncommon for these individuals to abuse and attack their children, brothers or sisters, so in addition to the abuse they also commit incest. According to Abel and Harlow, in a study of 32 anonymous non-prisoner abusers, heterosexual pedophiles have abused in incest, an average of 1.8 children and committed 81.3 acts, while homosexual pedophiles have abused on incest, an average of 1.7 children and committed 62.3 acts (Abel & Harlow, 2001, p.2).

### **3. Incest in the criminal legislation of the RNM**

Given the need to protect children from sexual abuse as effectively as possible, our legislation criminalized a number of criminal offenses for which, in cases its committed against children under the age of 14, severe penalties are clearly provided. The criminal offenses of sexual abuse of children are provided within the nineteenth chapter of the Criminal Code entitled “Criminal offenses against gender freedom and morality.”

If we consider the social risk of criminal offenses of child sexual abuse, the need to prevent these serious crimes and provide effective protection for victims on the one hand and the need to harmonize criminal legislation in this area with international conventions and recommendations on the other hand, this chapter of the Criminal Code was amended and supplemented several times, but mostly in 2009 and 2014.

In 2014 in the Criminal Code of the RNM (Official Gazette of the RNM No. 27.2014, 2014) significant interventions and changes were made in the part of criminal offenses against freedom and gender morality where the sentences provided in this chapter of the CC for criminal offenses committed against children under the age of 14 were significantly aggravated.

The criminal offenses provided in the nineteenth chapter - “Criminal offenses against gender freedom and morality” are: Rape - Article 186; Abuse of a disabled person - Article 187; Sexual assault on a child under 14 years of age - Article 188; Abuse of position - Article 189; Satisfaction of sexual desires in front of another (Article 190); Mediation in prostitution (Article 191); Child prostitution (Article 191-a); Showing a child pornographic material (Article 193); Production and distribution of child pornography (Article 193-a); Fraud for abuse or other sexual act against a child under 14 years of age (Article 193-b); Incest (Article 194); Publication of the court judgment (Article 194-a).

The criminal offense of *Incest* (Article 194) is incriminated as an offense committed by “*one who will commit sexual abuse with a blood relative in a direct line or with brother or sister respectively*” and for this is foreseen a sentence of 5 to 10 years imprisonment (paragraph 1). In cases when it is committed with a child who has not reached the age of 14, the prescribed sentence is at least 10 years of imprisonment (paragraph 2). Professor Kambovski, in the Commentary on the Criminal Code of the Republic of North Macedonia (quoted work) regarding the second paragraph of this criminal offense emphasizes that the negation “no” is a technical error because the sexual abuse of a child under 14 years of age should be treated as “sexual assault on a child under 14 years of age (Article 188, paragr. 2) for which a heavier sentence is provided (at least 12 years of imprisonment), while this paragraph has the meaning of incest separation as the most severe form of the criminal offense when the act is committed with a child over 14 years (Kambovski, 2015, p. 835).

Incest as a special form of committing a criminal offense is provided in the second paragraph of the criminal offense “*Abuse with misuse of position*”, Article 189. This offense is committed by “*a person who by misusing his position will push into a relationship or another sexual abuse of a person who is in a relationship of reliance or for the same purpose abuses, intimidates or treats him/her in a way that humiliates human dignity and human personality, will be punished with a sentence of at least 5 years*” (paragraph 1). The second paragraph defines the relevant relations that the perpetrator may have with the victim, where it also refers to children as victims, respectively “*if the offense from paragraph 1 of this article is committed by a person of direct blood line or brother, respectively sister, the teacher, educator, adoptive parent, guardian, stepfather, stepmother, doctor or other person who misuses his position or while committing domestic violence will commit abuse or other sexual act with a child who has not reached the age of 14 and who is entrusted with teaching, education, custody and care, shall be punished by imprisonment of at least 10 years*”(paragraph 2). This paragraph as the most serious and special form of committing abuse or other sexual act with children under 14 years of age divides these three forms (Kambovski, 2015, p.820): 1) From a close family member ( criminal offense of incest Article 194); 2) misuse of the special position of the perpetrator and 3) During the exercise of domestic violence.

In addition to incriminating these actions, in order to prevent child sexual abuse, pedophilia and incest, the RNM went one step further, and in 2012 it adopted the Law on the Special Register of Persons Convicted with Permanent Judgments for Criminal Offenses: child sexual abuse and pedophilia ”(Official Gazette of the Republic of North Macedonia No. 11/2012, 2012). Based on this law, an online register was created with the personal data of persons convicted of crimes described in Chapter Nineteen of the Criminal Code “Criminal offenses against freedom and gender morality” committed against children under 14 years of age.

This register has open access and everyone can see people who are convicted of pedophilia in the country. Here you can request information about the convicted persons at the state level, in the respective city or even in the designated neighborhood based on their personal data: name, surname, address and picture as well as the type of criminal offense for which he was convicted and the sentence imposed. Also in this register there is the possibility of searching by name and surname, if we want to verify whether a certain person has been or has not been convicted for these criminal offenses.

In this online registry ([www.registarnapedofili.mk](http://www.registarnapedofili.mk)) at the time when we conducted the research (April 2021) there are data on over 270 people convicted of criminal offenses related to child sexual abuse, child trafficking, incest, etc. From the total, on the basis of the criminal offense of incest (Article 194 of the CCNM) a total of 8 persons were convicted, of which three are from the city of Skopje, two are from the city of Veles, one from Vinica, one from Debar and one from Tearce. Regarding the sentences imposed, two of them have served or are serving a prison sentence of 12 years imprisonment, three of 10 years imprisonment, two of 7 years imprisonment and one sentenced to 6 years imprisonment.

#### **4. Prevention of incest through recognition of genetic origin**

The right to know the genetic origin is an important element in establishing the identity of a person who had the right to receive relevant information to establish the truth about the identity of his parents (Selmani-Bakiu, Zendeli, 2018, p.234).

The issue of proving genetic origin is expressed in cases of adoption, extramarital children and conception of a child with donated genetic material, situations where the biological status of the child does not match its legal status, due to the fact that the child is not genetically related with the foster or legal parents. There are life moments (need for personal identity development, possible inherited diseases, avoidance of marriages between blood relatives, need for information about family history, psychological aspect of the child, acquisition of inheritance rights) where the child should receive information about his genetic origin. In this regard, the question of which right should be given priority, the right of the child to know his/her origin or the right to anonymity of the donor of genetic material for which there are various discussions and solutions offered by contemporary legislation, is very debatable.

This right of the child is guaranteed by important international documents, including the UN Convention on the Rights of the Child (OHCHR) and the European Convention on Human Rights (ECHR). According to Article 7 paragraph 1 of the OHCHR: “The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents”. Related to this article is also Article 8, which stipulates that: “States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference. Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to re-establishing speedily his or her identity.” The right of the child to know who his/her biological parents are, as well as his/her right to be cared for by both parents, is also defined in Article 8 of the ECHR, which is classified as a private and family right. According to this article: “Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”. It is worth noting that this right is also guaranteed by other relevant documents, such as: The Hague Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption (see article 30), Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine; Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parenthood – “The White Paper (see principle no. 28).

In addition to the child’s right to know his or her ancestry, as noted above, the issue of donor anonymity arises in the case of allogeneic fertilization (with genetic material or donated embryos). The clash between these two rights always opens discussions in the field of law harmonization (Zendeli, Selmani-Bakiu, Mickovik, Ristov, 2020, p.79). Therefore, the challenges in achieving the balance of rights can be counted: the child’s interest in recognizing the genetic origin, the anonymity of the donor or the mother who gave birth to the child and abandoned it for subjective reasons (because the child was conceived as a result of incest or rape, the mother is a minor or has no material means to take care of the child, etc.), the interest of legal parents to maintain stability in artificially established parental relationships, “as well as the public interest to prevent the existence of illegal abortions and abandonment of children “ (see more at Mickovik, Ignovska, Ristov, 2016, p.158). In addition to the above-mentioned situations which bring the need to know the genetic background, the chances of creating incestuous relationships are very high, precisely due to the



fact that two adults can fall in love without knowing that they are of the same blood line. Authors Radan Vuletić, Rakošec and Šperanda explain the risks of involuntary incest relationships in surrogate motherhood situations. It is possible that the child/children of the surrogate mother and the “ordered” child, to meet and fall in love later in adulthood. Because they do not know how they are related by blood, they can have intimate relationships and thus commit incest. There is also an unquestionable mental dichotomy, confusion and damage if they find out that they are blood relatives, that is, that they are half-brother and half-sister, which again affects not only them, but also their children thus conceived (Radan Vuletić, Rakošec, Šperanda, 2015, p.65). The importance of knowing about genetic links can prevent incestuous relationships with relatives with whom children are related, which can increase the chances of descendants being affected by recessive genes or harmful mutations. (Mickovik, Ignovska, Ristov, 2016, p.238).

Therefore, in order to avoid such marriages, as well as the consequences on mental and physical health from these relationships, all persons who are adopted or conceived with genetic material, should have information about their genetic identity.

## **Conclusion**

It is a well-known fact that genetic parenting as a conveyance of genes to the child is the basis for blood relation. In the past, child conception was only done in biological way. The genetic link in this regard has been very important between parents and children. With the introduction and application of artificial reproduction methods, the biological concept of childbirth is no longer unique, therefore these methods impose the change of the traditional concept of parenthood. In addition to the artificial birth of children, the rapid development of technology has also enabled the acquisition of the power of life creation, cryopreservation of the body, organs, genetic material, embryo, as well as many new biomedical methods. The very process of establishing a family through artificial reproduction technology imposes the need for family law to deal with the analysis of the legal implications of artificial reproduction, and in this regard to redefine the concept of genetic origin through the absolute principle of its recognition. The authors through this paper emphasize the importance of recognizing of the genetic ancestry precisely because a person who is adopted or conceived with donated genetic material, may come into a life situation to have sexual relations with the person with whom he is blood related and from this relationship children are born with genetic abnormalities. Seeing this issue from the perspective of national legislation, it is important to note that the Family Law Act in terms of respecting the principle of recognition of genetic origin is unreformed, which is done in order to preserve the social tradition of hiding the truth from adopted children (FL with its provisions, Articles 62, 71, 75 prohibits the initiation of proceedings for recognition/opposition of fatherhood/motherhood in cases of adoption and in cases of artificial conceiving of a child).

Therefore, the authors in this paper refer to the non-harmonization of national legislation with the above-mentioned international conventions which determine the respect of the best interests of the child. Also, the authors through this paper appeal to respect the blood relations and not exceeding the intimate relations between blood relatives. In this regard, they point out that incestuous relationships in addition to the disorder of family genetics can also affect the mental, physical integrity respectively freedom and normal personality development of an individual who is a victim of prohibited family relationships.

The authors in this paper emphasize that from a legal-criminal point of view, criminal legislation provides a solid protection of children under the age of 14 from sexual abuse either inside or outside the family. In this paper they emphasize the fact that the sentences in the Criminal Code for these offenses were aggravated several times, the data were published in the open register of persons who have committed offenses of a sexual nature against children, to prevent these individuals from repeating the criminal offenses, and so on. Despite family and criminal law measures, sexual abuse of children both within the family and outside of it continues to be a concern in our country. The highest risk are cases when dealing with individuals who suffer from paraphilia, and who can not control their lusts. In these cases, we have high recidivism rates and multiple abuses. In this regard, the authors underline that in these criminal offenses the number is quite high precisely because often the cases are covered and are not denounced either due to fear, stigma from society, prejudice, culture, etc.

Therefore, the final recommendations from this paper are to preserve family values and morals by respecting blood relation and recognizing genetic origin, and in cases of sexual misuse and abuse, the victim of these violent criminal offenses must report the case to the competent authorities for the purpose of undertaking of concrete legal measures.

### **Bibliography**

1. Abel, G. G., & Harlow, N. T. (2001). *The Abel and Harlow child molestation prevention study*. Gjetur 01 2018, nga Excerpted from The Stop Child Molestation Book, Philadelphia, Pa: Xlibris: [www.childmolestationprevention.org/pdfs/study.pdf](http://www.childmolestationprevention.org/pdfs/study.pdf)
2. Bixler, RH. (1983). Homosexual twin incest avoidance. *Journal of Sex Research.*, Vol. 19 Issue 3, p.296-302
3. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. (1997). Retrieved from <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>
4. Convention on the Rights of the Child. (1989). Retrieved from <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>

5. Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM-5 (5th edn, American Psychiatric Association 2013)
6. European Convention on Human Rights . (1950). Retrieved from [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)
7. European Court of Human Right. Guide on Article 12 of the European Convention on Human Rights— Right to marry. (2020). Retrieved from [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_12\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_12_ENG.pdf)
8. Family Law Act of RM (Consolidate Version, 2015). Retrieved from <http://www.slvesnik.com.mk/>
9. Harris-Short, S and Miles,J. (2011). Family Law: Text, Cases and Materials (Second edition), Oxford University Press.
10. Héritier,F. (2002). Two Sisters and Their Mother: The Anthropology of Incest. New York: Zone Books.
11. Herman, Judith Lewis. (2000). Father-daughter incest. Harvard University Press.
12. Herring, J. (2009). Family Law. (Fourth Edition). Oxford University, Pearson Education Limited
13. Kambovski, V. (2015). *Komentar na Krivicniot Zakonik na Republika Makedonija (Vol. II)*. Skopje: Matica.
14. Law on Amendments and Addendums of the Criminal Code, Official Gazette of Republic of Macedonia No. 27.2014
15. Law on Special register of persons convicted with a final judgment for crimes of sexual abuse of minors and pedophilia, Gazette of Republic of Macedonia No.11/2012
16. Mickovik, D., Ignovska,E., Ristov,A. (2016). Новите репродуктивни технологии и правото. Ss. Cyril and Methodius University.
17. Principles Concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage – “The White Paper” Retrieved from [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA%20%20\(2011\)%20OJ%204%20E.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/family/CJ-FA%20%20(2011)%20OJ%204%20E.asp)
18. Radan, M., Vuletić, S.,Rakošec, Ž., Šperanda, Ž. (2015). Bioetička kompleksnost problematike zamjenskog majčinstva.Diacovensia: teološki prilozi 23 (1); p.35-70
19. Selmani-Bakiu, A., Zendeli, E. (2018). Право на детето да го знае своето потекло. Iuridica Prima. p. 231-250.
20. Stevens, D. J. (2001). *Inside The Mind of Sexual Offenders: Predatory Rapists, Pedophiles, And Criminal Profiles*. Lincoln: Authors Choice Press.
21. The first child embassy in RNM. Катанец на куќата каде што две години се случувал инцест. Retrieved from [http://www.childrenembassy.org.mk/informator-br-41-ns\\_article-katanec-na-kukjata-kade-shto-dve-godini-se-slucival-incest.nspcx](http://www.childrenembassy.org.mk/informator-br-41-ns_article-katanec-na-kukjata-kade-shto-dve-godini-se-slucival-incest.nspcx)

22. The Hague Convention on Protection of Children and Co-Operation in Respect of Intercountry Adoption. (1993). Retrieved from <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=69>
23. Universal Declaration of Human rights. (1948). Retrieved from <https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
24. Valsecchi, Ch. (2016). Fathers by Law, Fathers by Choice. Paternity and Illegitimacy Between Ancien Régime and Codification in Western Countries. In Gigliola di Renzo Villata, M (Ed.) Family Law and Society in Europe from the Middle Ages to the Contemporary Era (Vol.5 p.29-157). Springer International Publishing Switzerland
25. Winslade, W. T., Stone, H., Smith-Bell, M., & Webb, D. M. (1998). Castrating Pedophiles Convicted of Sex Offenses against Children: New Treatment or Old Punishment,. *51 SMU L. Rev.* 349 (1998), 351-410
26. Регистар за лица осудени за кривични дела за сексуална злоупотреба на малолетни лица и педофилија. Retrieved from [www.registarnapedofili.mk](http://www.registarnapedofili.mk)
27. Zendeli, E., Selmani-Bakiu, A., Mickovik, D., Ristov, A. (2020). E drejta familjare. Tetovo.Arberia Design.
28. Инцест во Македонија: Кој го пријави злоставувањето на децата во Битола? Retrieved from <https://faktor.mk/incest-vo-makedonija-koj-go-prijavi-zlostavuvanjeto-na-decata-vo-bitola>



## **NORMATIVE RESTRICTION OF THE RIGHT TO LEGAL PROTECTION IN THE CIVIL PROCEDURE\***

**Gordana Stankovic,**

PhD, Full time professor, Faculty of Law, University of Nis,  
email: [gordanastankovic10@gmail.com](mailto:gordanastankovic10@gmail.com)

### **Summary**

The right to legal protection, as autonomous public subjective right, represents a key instrument for realization of the system of proclaimed civil subjective rights with the intervention of the state because it enables an access to the court, realization of the secondary efficiency of the legal system, ruling of the law, legal stability and legal security. Although this functional human right is explicitly recognized and guaranteed by both national and international legal acts as one of basic human rights, it is sometimes excluded or restricted out of different reasons. Certain regulations exclude the possibility of offering legal protection in legal proceedings, although it is a general, basic and regular way of legal protection of the violated, endangered and disputed civil subjective rights, and it is planned for this method of civil-legal protection not to be used, or offering legal protection is restricted by regulating certain procedure conditions and restriction regarding performing certain process rights. Normative restriction of the right to legal protection however does not affect only the right to legal protection as such, but also some certain elements of its, so eventually the promised legal protection is either of restricted frame or non-efficient.

**Keywords:** the right to legal protection, legal proceedings

## **НОРМАТИВНО ОГРАНИЧУВАЊЕ НА ПРАВОТО НА ПРАВНА ЗАШТИТА ВО ПАРНИЧНАТА ПОСТАПКА**

**Гордана Станковиќ,**

редовен професор Универзитет во Ниш, Република Србија  
Е-маил: [gordanastankovic10@gmail.com](mailto:gordanastankovic10@gmail.com)

### **Апстракт**

Правото на правна заштита, како автономно јавно субјективно право, претставува клучен инструмент за остварување на системот на прокламираните граѓански субјективни права со интервенција на државата, бидејќи овозможува пристап до судот, остварување на секундарна ефикасност на правниот систем, владеење на правото, правна стабилност и правна сигурност. Иако ова функционално човеково право изрично е признато и загарантирано и со национални и со меѓународни правни акти, како едно од основните човекови права, тоа е од различни причини понекогаш исклучено или ограничено. Со поединечни прописи се исклучува можноста за остварување на правна

заштита во парничната постапка, иако таа е општ, основен и редовен пат на остварување на правна заштита на повредени, загрозени или оспорени граѓански субјективни права, и предвидува дека овој метод на граѓанско-правна заштита не може да се употреби или да се ограничи неговото остварување со пропишување на одредени процесни услови или ограничувања во поглед на вршење на одредени процесни права. Нормативното ограничување на правото на правна заштита, не го погодува самото право на правна заштита како такво, туку и одделни негови елементи, така што, во крајна линија, ветената правна заштита или е со ограничен обем или е неефикасна.

**Клучни зборови:** право на правна заштита, парнична постапка

1. Правото на правна заштита е автономно јавно субјективно право кое е изрично признато и загарантирано и со уставните норми<sup>1</sup> и со низа ратификувани меѓународни правни акти<sup>2</sup> на сите правни субјекти како едно од основните човекови права. Ова функционално човеково право претставува предуслов за остварување не само на граѓанските субјективни права кои не се оствариле во процесот на спонтаната реализација, туку и за остварување на ред процесни права и овластувања на странките во парничниот процес. Правото на правна заштита претставува клучен инструмент за остварување на системот на прокламираните граѓански субјективни права, бидејќи овозможува пристап пред суд кога постои потреба за давање на правна заштита, и остварување на секундарна ефикасност на правниот систем.

Лицето кое не може само да го оствари своето граѓанско субјективно право на вообичаен начин, има право да се обрати до судот,<sup>3</sup> кој е специјализиран државен орган за давање на правна заштита и од него да побара да му се даде правна заштита<sup>4</sup> затоа што државата, е таа која ја забранила самопомошта,<sup>5</sup> го резервирала за себе правото по судски пат да даде правна заштита кога постои потреба за тоа и ако заинтересираните лица, под условите кои се предвидени

<sup>1</sup> В. одредбата на член 36. од Уставот на Република Србија, Службен гласник Републике Србије, бр. 98/06; одредбата на член 15. и член 50, од Уставот на Република Македонија, Службен весник на Република Македонија, бр. 52/91

<sup>2</sup> В. одредбата на член 6. од Европската конвенција за заштита на човековите права и слободи (ЕК), која, како и низа други меѓународни правни акти, го гарантираат ова право. Законот за ратификација на Европската конвенција за заштита на човековите права и основните слободи, изменети во согласност со Протоколот бр. 11, *Службен лист на Србија и Црна Гора, Меѓународни договори*, 9/23;

<sup>3</sup> Правна заштита на останатите признати права даваат другите државни органи.

<sup>4</sup> Во парничната постапка судот, во суштина, дава заштита на правото на правна заштита и на тој начин го штити субјективното граѓанско право. В. М. Dika, *Pravo na tužba*, Zagreb, 1987, стр. 205.

<sup>5</sup> За дозволеност на самопомошта како вид на правна заштита детално: Г.Станковиќ, *Граѓанско процесно право*, книга прва, *Парнично процесно право*, Правен факултет, Ниш 2010, стр.13; Г. Станковиќ, *Граѓанско процесно право*, книга прва, *Парнично процесно право*, Београд, 2013, стр. 22; А. Јаневски, Т. Зороска Камилевска, *Граѓанско процесно право*, книга прва, *Парнично право*, Скопје, 2009, стр.4.

со закон, не се определиле за некои од алтернативните методи за решавање на спорови.<sup>6</sup> Правните субјекти имаат право да договараат алтернативни начини на решавање на спорови или да, договараат арбитражно судење, да ја дерогираат надлежноста на државниот суд и на тој начин доброволно да се откажат од правото на правна заштита која може да им ја даде државниот суд.

Правото на правна заштита се остварува со барање на правната заштита со одредена содржина пред парничниот суд, кога постои потреба за давање на правна заштита, по оценка на заинтересирано лице. Тоа овозможува да се обрати до судот со цел за остварување на граѓанско субјективно право со интервенција на државата, а со самото тоа и остварување на матријалноправниот поредок кој тоа субјективно право го предвидува и го гарантира. Правото на правна заштита не се исцрпува, со самото обраќање до судот и поведување на парнична постапка затоа што правото на пристап пред судот односно правото на поведување на постапка претставува само еден од аспектите на правото на правна заштита.

2. Правото на законита, еднаква и правична правна заштита му се признава на секое лице кое смета дека има потреба за правна заштита, без оглед дали тоа покренало постапка за давање на правна заштита или е поведена постапка против него.<sup>7</sup> Правото на правна заштита, во согласност со принципите на рамноправност, еднаквост и пропорционалност, им припаѓа и на едниот и на другиот парничар. Тоа му овозможува на овластениот субјект пред судот да поведе постапка за заштита на своето стварно или хипотетичко граѓанско субјективно право и да побара правна заштита од одредена содржина секогаш кога ќе затаи механизмот на спонтана реализација на прокламираните и признати права, но и право на одбрана од тужба на она лице спрема кого е поведена постапката.

На правото на правна заштита му одговара должноста на надлежниот државен суд да ја даде правната заштита ако е таа допуштена и основано побарана.<sup>8</sup> Должноста на судот да даде правна заштита претставува директна

---

<sup>6</sup> Проблемите со кои се суочува правниот систем во давањето на правна заштита, а посебно со проблемот на долгото траење на постапката заради неажурноста на судовите кои решавале за исклучително голем број на спорови, доведоа до, покрај останатите мерки, и до афирмација и фаворизирање на различни методи за алтернативно решавање на спорови. Со цел за растоварување на судовите од еден број на спорови и забрзување на постапката, предвидени се различни методи за алтернативно решавање на спорови, кои се нормирани во посебни закони или како самостојни постапки или како сегмент кој е инкорпориран во парничната постапка.

<sup>7</sup> В. одредбата од член 2. ст. 1 од Законот за парничната постапка (ЗПП), Службен гласник на Република Србија, бр.72/11, 49/13 – УС, 74/13 – УС, 55/14, 87/18, 18/20.

<sup>8</sup> Должноста на надлежниот суд да даде правна заштита за прв пат била предвидена во Францускиот граѓански законик (СС). Детално за тоа: Г.Станковиќ, Маргиналије уз чл. 4. Code civile, *Зборник радова*, Двестотине година од доношења Француског граѓанског законика – Утицај Француског граѓанског законика на српско право, Правни факултет, Ниш 2006, стр. 49-59; За должноста на судот да даде правна заштита: А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, *op. cit.*, стр.12.



последница на принципот на владеење на правото затоа што државата е должна да обезбеди давање на правна заштита. Судот ја исполнува оваа должност кога правилно ги применува правните правила на матријалното и процесното право.

3. Правната заштита која треба да ја даде судот во паничната постапка мора да исполнува одредени квалитети – да биде законита, еднаква и правична. Од таа причина содржината на правото на правна заштита, покрај останатото, ја сочинуваат правото на законита правна заштита, правото на еднаква правна заштита и правото на правична постапка. Овие основни процесни човекови права се конкретизирани низ различните одредби на ЗПП.

Исполнувањето на должноста на давање на законита правна заштита зависи од правилната примена на правните правила. За да биде правната заштита законита, судот мора да се грижи за правилна примена на правото – на матријалното и на процесното. Судот треба да постапува според правилата на процесното право и да пресуди врз основа на правилата на матријалното право.<sup>9</sup> Принципот на законитост му наложува на судот да ги почитува сите правни норми кои го сочинуваат правниот поредок.

Судот на кој му е доверено давањето на правна заштита мора да ги познава процесните правила со кои е уредена постапката (*iura novit curia*) затоа што тие се когентни. Судот постапува според начелото на легалитет. Тој не може да постапува според начелото на опортунитет. Процесните правила се единствен извор на процесното право кои го уредуваат постапувањето на судот и странките во парничната постапка. Процесниот закон пропишува кои парнични дејствија и во која фаза на постапката можат да се преземат и по кој редослед. Ниту судот, ниту странките, не можат да влијаат на определените процесните дејствија со закон во секоја од фазите во постапката. Процесниот режим е проектиран така да спречува арбитрерност, произволност и злоупотреба на процесните овластувања, а со самото тоа и да спречи непотребно одолговлекување на постапката.

Судот е, исто така, должен спорот кој е повод за парницата да го реши на начин кој е предвиден според закон. Судот ќе го реши спорот и ќе даде правна заштита во согласност со правилата на матријалното право врз основа на кои одлучува.

Правото на еднаква правна заштита, како последница на принципот на еднаквост пред законот и пред судовите,<sup>10</sup> принципот на рамноправност и

<sup>9</sup> Треба да се забележи дека одредбата од членот 1. од ЗПП РС (2004) и ЗПП РС (2011) за разлика од процесните закони на новонастанатите балкански држави, како и процесните закони на втората и третата југословенска држава, е коректно правнотехнички редактирана затоа што се прави јасна разлика помеѓу постапување по правилата на парничната постапка при решавање на спорот, кој бил повод за парницата, и примената на матријалното право при одлучувањето за основаноста на истакнатото тужбено барање.

<sup>10</sup> Еднаквоста пред законот и еднаквоста пред судовите претставува општ принцип на владеење

забрана на дискриминација, е конкретизирано преку правилата за обострано сослушување, за правото на користење на процесните средства, за правото на понуда на доказ, за правото на употреба на јазикот, за правото на правна помош на квалификуван полномошник по сопствен избор, за правото на бесплатна правна помош, за правото на предупредување на неуката странка,<sup>11</sup> низ правилата за доставување.

Правото на правично судење претставува, од една страна право на странката на одреден правичен третман од страна на судот, како државен орган, при решавањето на спорот. Судот е должен да овозможи двајцата парничари во постапката да имаат правичен третман. Од друга страна, правото на правична постапка претставува право на странката во постапката на правна заштита да и се даде заштита според однапред пропишан метод на правна заштита.

И самото право на правична постапка претставува правен принцип кој во законскиот текст е конкретизиран со признавање на низа посебни процесни права. Правото на правична постапка претставува, во суштина, правен стандард кој се реализира низ конкретни процесни права кои, во суштина, ја сочинуваат неговата содржина. Тоа се остварува преку правото, правната заштита да ја даде независен и со закон востановен суд, преку правото на објективно, компетентно, независно и непристрасно судење,<sup>12</sup> лишено од секое влијание од страна, право на јавно судење, право на равноправност и еднаквост на странките, право на изјаснување, право на докажување, право на решавање на правните работи во разумен рок, право на странката да добие образложена мериторна одлука, право на лицето кое како странка не учествувало во постапката да не ја погоди исходот од постапката итн. Спектарот од овие права, кои во суштина претставуваат елементи на правото на правична постапка и низ кои тоа се конкретизира, овозможува да се реализира принципот на владеење на на правото. Еднаквоста пред судовите имплицира во себе право на еднаков пристап пред судовите и право на еднаков третман пред судовите.

<sup>11</sup> Во ЗПП на РС (2011) начелото на судско поучување на неуката странка не претставува повеќе основен процесен принцип затоа што не е во согласност со принципот на еднаквост, равноправност и правичност. Во современото процесно право важи принципот на предупредување на странката според кој судот ги предупредува странките да можат да преземаат некое процесно дејствие или да не можат да преземаат одредени процесни дејствија во одредена фаза или во одредена постапка, да можат да изјават редовен правен лек во законскиот рок, на последиците на пропуштање на некои парнични дејствија. Покрај странките, судот има и должност да ги предупреди на одделни процесни овластувања и замешувачите или сведоците и вештаците, како странки *ad hoc*. За тоа детално: Г. Станковиќ, В. Боранијашевиќ, *op.cit.*, стр. 218.

<sup>12</sup> Правото на судење пред независен и непристрасен суд претставува едно од основните функционални човекови права. Според ставот кој своевремено го има завземено Комитетот за човекови права, ова право претставува апсолутно право кое не трпи било какви ограничувања или исклучоци (В. *Извештај на Комитетот за човекови права*, II том, (A/48/40), 1993, 20), додека во една од одлуките на Европскиот суд се наведува дека ова право наложува не само да се даде правна заштита и правдата да се остварува, туку и нејзиното остварување да се види. Независноста на судот и непристрасноста во судењето се од суштинско значење за давање на правна заштита и правично судење.

правото. Со остварувањето на целиот тој спектар на посебни процесни права се постигнува и самата судска постапка за давање на правна заштита да биде правична.

4. Иако државата признала и загарантирала одредени човекови права, државата исто така има и можност признатите права да ги ограничи поради различни правно-политички причини. Самиот Устав, кој ги гарантира човековите права, предвидува тие да можат да бидат и ограничени во обем кој е неопходен уставната интенција на ограничувањето да се задоволи во демократското општество и без да се навлезе во суштината на загарантираното право (член 20. од Уставот на РС).

И самото право на правна заштита на граѓанските субјективни права, без оглед што претставува основно човеково право без кое не може да се реализира предвидениот материјалноправен поредок, во низа случаи сепак е исклучено или ограничено поради различни причини.

Исклучувањето или ограничувањето на ова право е дозволено затоа што, од една страна, ова право не е апсолутно, а од друга страна, самата држава предвидува и пропишува како ова право ќе биде извршено. Државата ужива одреден степен на слобода во поглед на процената на целите кои сака да ги оствари на планот на правната заштита, правните вредности кои сака да ги заштити, причините поради кои тоа го прави и во поглед на самиот обем на ограничувањата. Самата цел на ограничувањето на правото на правна заштита во конкретниот случај мора да биде легитимна, додека причините можат да бидат од правно-политичка или правно-техничка природа. Помеѓу самата цел која се сака да се оствари, средствата со кои тоа се постигнува и ситуациите во кои до тоа се доаѓа, мора да постои однос на пропорционалност. Исто така, законодавецот мора да процени дали предвидените нормативни ограничувања не му го ограничуваат самиот пристап до судот на начин или во мера за да не дојде до ситуација во која давањето на правна заштита се претвори во симулација на судење или правниот поредок, во крајна линија, да остане незаштитен затоа што така би се осуетило остварувањето на принципот на владеење на правото.

Причините поради кои државата посегнува по ограничување на правото на правна заштита без оглед што тоа овозможува зачувување на правниот поредок, владеење на правото, правна стабилност и правна сигурност, се различни, така да, зависно од причините, кои во конкретните општествени околности се доминантни, доаѓа до нормативно ограничување на правото на правна заштита на различни начини и во различни ситуации.

5. Државата го ограничува правото на правна заштита на неколку начини. Од една страна, државата со свои прописи индиректно или директно<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Европскиот суд во одлуката *Цветковиќ против Србија* заклучил дека е дозволено домашниот правен систем да забрани пристап пред судот за остварување на право на правна заштита со

ја исклучува можноста воопшто правна заштита на одредени граѓански субјективни права да се побара пред судот или ја исклучува можноста да се користи одреден правен пат на правна заштита за заштита на повредено, загрошено или оспорено граѓанско субјективно право. Од друга страна, нормативното ограничување на правото на правна заштита, по правило, не мора да го погоди самото право на правна заштита, кое егзистира како такво, и заинтересираното лице може ова право да го врши секогаш кога ќе процени дека има потреба да му се даде правна заштита. Титуларот на правото на правна заштита ќе може да му се обрати на судот и судот, во согласност со својата должност, ќе ја проследи конкретната правна работа или ќе ја отфрли тужбата, како иницијално парнично дејствие со кое е побарано да се даде правна заштита<sup>14</sup> или ќе го одбие барањето за давање на конкретна правна заштита со образложение дека правната заштита со одредена содржина е неоснована. Покрај тоа, нормативното ограничување на правото на правна заштита може во одредена мера да погоди само некои елементи од ова право во вид на одредени стварни или очигледни отстапувања од признатите процесни права, така да во крајна линија, ветената правна заштита може да биде или со ограничен обем или да биде неефикасна.

6. Ситуациите во кои доаѓа до нормативно ограничување на правото на правна заштита се различни. Обемот на овој труд, не дозволува да се прикажат сите ситуации во кои со одреден пропис е исклучено или ограничено самото право на правна заштита или одделни негови компоненти. Поради таа причина ќе биде укажано само на одделни карактеристични ситуации во кои доаѓа до исклучување или ограничување на правото на правна заштита.
7. Владението, како фактичка власт, ужива двократна заштита во правниот поредок. Тоа може да се заштитува по пат на самозаштита и во посебна парнична постапка за смеќавање на владение. Ако владетелот веќе го искористил правото на самозаштита за заштита на своето владение, исклучена е можноста да остварува правна заштита во парничната постапка.

---

тоа што Европскиот суд сепак ќе провери дали се работи за спор на кој се однесува ЕК. В.: одлука *Цветковиќ против Србија*, бр.17271/04 од 10.јуни 2008, *Одлуке и пресуде Европског суда за људска права II*, Београд, 2009, 31.

<sup>14</sup> Иако допушта да се обрати до судот, државата ја исклучува можноста воопшто да се добие бараната судска правна заштита така што му става на судот за задача да, под одредени услови, го отфрли барањето за давање на правна заштита. Во таков случај обидот да се оствари правна заштита по судски пат осуден е на неуспех, а самиот обид раѓа новонастаната должност за парничарот кој ја повел постапката да му ги надомести на парничниот противник трошоците на судската постапка.

Државата може да го исклучи правото на правна заштита само за одредени граѓански субјективни права. Така, правна заштита не уживаат натуралните облигации. Тие не можат да се реализираат со средства на државна принуда, затоа што престанало да егзистира материјалноправното барање за исполнување на долгуваната престација. Покрај тоа, правна заштита не уживаат ни недоспеаните побарувања, како ни побарувањата од облигациите кои можат да настанат само под услов чие настапување е неизвесно.

Правото на давање на правна заштита во парничната постапка, како редовен правен пат, со поднесување на тужба со која се бара осуда на престација врз основа на стекнување без основ со одредбите на Законот за извршување и обезбедување (2015)<sup>15</sup> исклучено е во одреден временски период се додека течат роковите за поднесување на предлог за противизвршување кој е примарен метод на правна заштита, освен кога предметот на извршување претрпел такви стварни или правни промени да неговото враќање во постапка за противизвршување не е можно.<sup>16</sup>

8. Државата, понекогаш, со своите закони го исклучува редовниот правен пат за давање на правна заштита<sup>17</sup> за да ги заштити одредени странски правни лица и нивниот капитал, поточно, странските банки, како доверители.<sup>18</sup> Со одредбите од Законот за хипотека исклучено е правото на правна заштита пред судот во парнична постапка, иако тој е основен, општ и редовен пат на правна заштита и ускратено е правото на судска правна заштита<sup>19</sup> на

---

<sup>15</sup> Закон о извршењу и обезбегуењу РС, „Службени гласник РС,“ бр.106/15, 28/16 – Автентично толкување, 113/17 – Автентично токување, 54/19.

<sup>16</sup> Г. Станковиќ, В. Боранијашевиќ, *Граѓанско процесно право*, Ниш, 2020., стр.754.

<sup>17</sup> Со ваквото законско решение е исклучено, не само правото на пристап пред судот, туку е исклучено и правото на делотворно правно средство кое го гарантира, покрај Уставот и Конвенцијата за заштита на човековите права и слободи.

<sup>18</sup> Заради странските банки законодавецот на Република Србија скоро ги промени одредбите на ЗПП (2011) кои се однесуваат на условите според кои може да дојде до процесна сукцесија која е последица на граѓанскоправната сукцесија за да се заштити банката, како тужител која во текот на постапката продала проблематичен кредит. Купувачот на тој кредит не би можел без согласност на парничарите да стапи во парницата наместо банката како тужител ни во текот на парницата која тече да поведе постапка против тужениот корисник на кредитот, а банката како тужител со продажбата би ја изгубила стварната легитимација. За да се ослободи банката од парницата за чии исход не е заинтересирана и која се изложува на ризикот да ја изгуби парницата поради недостаток на стварна легитимација, а купувачот на кредитот да може да стапи во парницата, предвидено е да лицето кое од тужителот прибавил предмет или право во текот на парницата може да стапи во парницата наместо првобитниот тужител само врз основа на нивна спогодба која тужителот му ја поднесува на судот. За ова детално: Г. Станковиќ, *Закон о парничном поступку*, четрнаесто издание, Службени гласник, Београд, 2020. стр.180.

<sup>19</sup> Одредбата од член 6. став 1. од ЕК им наметнува на членките на Советот на Европа обврска да ги организираат своите правни системи на таков начин да нивните судови можат да го исполнат секое функционално човеково право кое произлегува од оваа одредба, одн. да му гарантираат секому право да изнесе пред суд било кое барање кое се однесува на нивно граѓанско субјективно

должниците кои како сопственици на недвижности, при засновање на договорна хипотека, со договорот за хипотека или со еднострана заложна изјава, со своја изјава на волја доброволно се откажале од правото на правна заштита и се согласиле на извршување со вонсудска продажба на недвижноста врз која има хипотека.

9. Нормативното ограничување се манифестира, најчесто, како поставување на одредени услови кои треба да бидат исполнети за да се оствари правото на претендираната правна заштита. Државата не го ограничува самото право на пристап пред судот, но го условува давањето на правна заштита со исполнување на претходно одредени процесни услови за да се оствари правната заштита бидејќи самото постоење на повредата, оспорувањето или загрозувањето на субјективното право не е услов да се даде правна заштита. Така, нпр. неопходен услов за давање на судска правна заштита е претходно водење на некоја друга постапка,<sup>20</sup> постоење на правен интерес или исполнување на некои други услови кои во теоријата на процесното право се нарекуваат процесни претпоставки.<sup>21</sup> Исто така, за одредени правни предмети е предвиден преклузивен рок во кој може да се побара правна заштита. Со пропуштање на преклузивниот рок се губи правото на правна заштита.

Иако правото на правна заштита е признато и загарантирано за сите лица, одреден круг на лица не е во фактичка можност да ја оставари претендираната правна заштита или заради своите лични својства или заради своите имотни прилики.<sup>22</sup> Одредениот статус на поедини лица ги спречува сами непосредно да остварат право на правна заштита. Тоа е случај со малолетните лица кои немаат деловна способност и со лицата кои се делумно или целосно лишени од деловна способност, така да државата има право на тие лица ако не се уредно застапувани, да им го ограничи пристапот пред судот.<sup>23</sup>

---

право и обврска. Во една, доста цитирана одлука на Судот за човекови права (*Голдер против Уједињеног Краљевства*, 4451/70 од 21. 2. 1975, достапна нпр. <http://sim.law.un.nl/SIM/CaselLaw>) судот завземал став да „правичните, јавните и експедитивните карактеристики на суксата постапка немаат никаква вредност ако нема судска постапка“ („the fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings“).

<sup>20</sup> Нпр. во случај на мобинг потребно е прво да се побара интерна правна заштита, освен кога мобер лицето кое е овластено да даде заштита од мобинг.

<sup>21</sup> Детално за тоа: Г.Станковиќ, *op.cit.* (2010) стр. 57; Г.Станковиќ, *op.cit.* (2013), стр. 65; Г.Станковиќ, В. Боранијашевиќ, *op.cit.*, стр. 33; А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, *op.cit.* стр. 70.

<sup>22</sup> Европскиот суд за човекови права смета дека е оправдано ограничувањето на пристап пред судот заради карактерот или својствата на парничарите кои се однесуваат на малолетници, ментално заболени лица, абузивни парничари или парничари во стечајна постапка.

<sup>23</sup> Таков став завзел во своите одлуки и Европскиот суд за човекови права кој смета дека правосудниот систем на ниедна држава не може да функционира ако ментално заболените лица го затрупуваат со бесмислени барања. В. одлука: *Салонтаци-Дробњак против Србије*, бр. 36500/05, [www.vk.sud.rs/salontajn.html](http://www.vk.sud.rs/salontajn.html); *Правни билтен*, Aire-centar, 11/09,11

Домашниот суд не е овластен да даде правна заштита ако, според правилата на меѓународното право или според колизионите норми, не е надлежен да даде правна заштита или се работи за тоа да е побарана правна заштита за лица кои уживаат имунитет.

Акторската кауција, исто така, може во поедини ситуации да претставува вид на ограничување на правото на правна заштита.

- 10.** Во одредени случаи предвидени се поедини нормативни ограничувања во поглед на оние права кои припаѓаат на спектарот на правото на правично судење. Некои од тие ограничувања директно или индиректно влијаат на самото право на пристап пред судот – на првостепениот или второстепениот и понекогаш, можат да претставуваат, во крајна линија и повреда на правото на правна заштита затоа што ги повредуваат оние права кои ги сочинуваат елементите и суштината на правото на правично судење.

Во првостепената постапка може да дојде до одредени отстапувања од оние права кои претставуваат одделни компоненти на правото на правично судење. Многу од тие отстапувања се оправдани и допуштени бидејќи не го загрозуваат остварувањето на правото на правна заштита. Така, нпр. во постапката може да дојде до отстапување од правото на јавно судење<sup>24</sup> од правото на изјаснување<sup>25</sup> од правото на (усмено) расправање пред судот<sup>26</sup> или правосилната пресуда да се однесува и на трети лица кои не учествувале во постапката.<sup>27</sup>

- 11.** Некои нормативни ограничувања во остварувањето на правото на правна заштита, овозможуваат давање на правна заштита но таа нема, во одредена мера, очекувани квалитети. Се работи за ограничувања кои се, пред се, инспирирани од различни правно политички причини.

Во повторена првостепена постапка по укинување на првостепената одлука, остварувањето на правото на законита правна заштита може да биде загрозено со едно посебно нормативно ограничување кое е мотивирано со настојување на законодавецот по секоја цена, па дури и на штета на квалитетот и на законитоста на правната заштита, да се забрза постапката на судење. Во повторената постапка, имено, предвидено е отстапување од принципот на непосредност<sup>28</sup> така што во повторената постапка, која почнува од почеток не се изведуваат повторно веќе изведените докази, туку само се читаат записниците

<sup>24</sup> Нпр. исклучување на јавноста по самиот закон или по одлука на судот, одлучување во постапка по правен лек, советување и гласање во нејавна сеница.

<sup>25</sup> Нпр. одлучување за привремени мерки по службена должност, издавање на платен налог.

<sup>26</sup> Под одредени услови судот може да донесе пресуда без одржување на усмена расправа. В: Г. Станковиќ, *op.cit.* (2010), стр. 465; Г.Станковиќ, В.Боранијашевиќ, *op.cit.*, стр. 455.

<sup>27</sup> Се работи за рефлексно дејство на правосилноста. Детално: Г. Станковиќ, В. Боранијашевиќ, *op.cit.* стр. 465; А. Јаневски, Т. Зороска Камиловска, *op.cit.*, стр. 443.

<sup>28</sup> Детално за тоа: Г. Станковиќ, „Начело непосредности и Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку, *Право-теорија и пракса*, 5-6/2010, стр. 5-22.

за порано изведените докази.<sup>29</sup> На тој начин нпр. не можат да се отстранат недостатоците кои при увид ги сторил судот, но може да се случи судот да дојде во позиција да не може да даде законита и квалитетна правна заштита.

12. Индиректното ограничување на давање на право на правна заштита во првостепената постапка може да биде и последица од промена на самата правосудна организација со значајно смалување на бројот на одредени видови на судови или со значајно зголемување на судското подрачје на одреден суд што во практиката може на одредени лица да им го отежне пристапот пред суд.
13. До ограничување на правото на правна заштита може да дојде и во второстепената постапка. Во оваа постапка, ограничувањето на правото на правна заштита се јавува, од една страна, во поглед на видовите и бројот на правните лекови со кои се поведува постапка за контрола на законитоста на првостепената одлука, а од друга страна, во вид на процесни услови за дозволеност на правниот лек, како стеснување на правото на пристап пред судот со одредување и ограничување на причините за изјавување на правен лек<sup>30</sup> низ ограничување на можностите да се истакнат нови факти и предложат нови докази, преку исклучување на правото за изјавување на правен лек поради одредени причини кога е во прашање тнр. спор од мала вредност.
14. Нормативните ограничувања на правото на правна заштита се манифестираат и во вид на ограничување на можноста за изјавување на некои вонредни правни лекови и на ограничување на постулационата способност на странките со воведување на задолжително застапување од страна на адвокат.

Ако се работи за вонредни правни лекови, кои се секогаш ограничени правни лекови во поглед на причините за изјавување, очигледна е тенденцијата бројот на причините за повторување на постапката да се зголемува, додека причините и вредносниот лимит за изјавување на редовна ревизија постојано се смалуваат. На овој начин очигледна е тенденцијата дека се зголемува бројот на предмети пред првостепените судови, кои и онака се преоптоварени, додека се настојува бројот на предметите пред највисокиот суд да се намали.

Едно од ограничувањата на правото на пристап пред судот претставува и институтот на задолжителното адвокатско застапување во постапката по

---

<sup>29</sup> Ова законско решение сериозно го доведува во прашање и правото на изнесување на докази како едно од процесните права кое произлегува од правото на правично судење од член 6. од ЕК (*right to proof*).

<sup>30</sup> Секој правен лек е ограничен во одредена смисла. За тоа: Р. Кеча, *Граѓанско процесно право*, Београд, 2009, стр. 269.



одредени вонредни правни лекови. Иако странката има право на бесплатен законски застапник, ако навремено не побарала да и се назначи, иако поради нејзините имотни прилики имала на тоа право, може да се случи да го изгуби правото на изјавување на оние правни лекови за чие изјавување е предвидено задолжително застапување од адвокат. Странката која не е задоволна со дадената правна заштита нема право да изјави правен лек ако не ја застапува адвокат. Во случај кога самата странка го изјавила правниот лек, судот ќе го отфрли правниот лек кој таа го изјавила.

15. Еден од еклатентните примери на ограничување на правото на правна заштита беше своевременно и ретроактивната примена на новелираниот ЗПП во Република Србија (2009) која беше предвидена за судско решавање на споровите кои беа во тек и која имаше за последица ускратување на делотворната правна заштита и неуспех на странката во пендентната парница. Со еден потег на законодавецот, парниците во кои се постапувало според правилата на општата парнична постапка се претворени во парници за спорови од мала вредност,<sup>31</sup> така да голем број на парничари го изгубија правото на правен лек – некои правото на жалба, а некои и правото на ревизија.<sup>32</sup>
16. Индиректните нормативни ограничувања на правото на правна заштита се манифестираат и низ правилата за судски такси. Правилата за висината на судските такси, како и правилата за висината на адвокатската награда, кои го ограничуваат пристапот пред суд, ги погодуваат само одредени слоеви на населението – оние кои немаат соодветни приходи кои им овозможуваат да ги платат судските такси и оние лица кои неможеле да го остварат правото на ослободување од плаќање на судски такси заради својата имотна состојба. На тие лица, фактички, не им е овозможено да го остварат своето право на правна заштита иако државата им става на располагање алтернативни методи на давање на правна заштита кои по правило се

---

<sup>31</sup> В. Заклучоци од I седница на Граѓанското одделение на Врховниот касационен суд одржана на 9.2.2010. г.; [www.vk.sud.rs](http://www.vk.sud.rs).

<sup>32</sup> Правилото по кое и на постапките кои се во тек се применуваа одредби од новелираниот ЗПП, посебно на оние правни предмети во кои бил во тек рокот за изјавување на жалба во моментот на стапување во сила на Новелата, а со законските одредби се „преквалификувани“ во правни предмети од мала вредност, несомнено се оштетени правните субјекти без оглед дали се физички или правни лица. Со ваквата постапка на законодавецот кој настојувал само да го намали бројот на предметите кои се во работа пред новоформираните судови за да се стекне привиден впечаток за успехот на изведената реформа, а не се водело сметка за стекнатото право на правен лек, како фундаментално човеково и уставно право, за одземање на правото на правен лек, за заштита на правото и правниот поредок. Со еден непромислен потег на законодавецот, правните субјекти се доведени во позиција да не можат да ги остварат своите права кои им припаѓаа според законот.

бесплатни. Со донесување на Законот за бесплатна правна помош (2018)<sup>33</sup> проблемот е донекаде ублажен.

17. Нормативното ограничување на правото на правна заштита и во првостепената и во второстепената постапка во парничната постапка на Република Србија, своевременно се манифестираше и како отстапување од правото на непристрасен и со закон востановен суд.

Со Законот за измени и дополнувања на ЗПП на РС (2009), вршењето на судската функција беше доверена на судиските помошници во стадиумот на претходно испитување на тужба односно за дозволеноста на правен лек.<sup>34</sup> Со воспоставување на самостојна функционална надлежност на судиските помошници во поглед на управување на постапката,<sup>35</sup> дојде до поделба на судската функција помеѓу судската и управната власт така што, од една страна, сериозно е доведено во прашање принципот на поделба на власта. Од друга страна, на овој начин, повредено е и правото на независно и непристрасно судење, бидејќи во парничната постапка функцијата на судење не ја вршат оние кои се избрани да вршат судска функција него судиските помошници, кои се како службеници, дел од извршната власт.<sup>36</sup>

Со овозможување на судиските помошници, како службеници кои работат во судот и во првостепената и во второстепената постапка самостојно да превземаат судски парнични дејствија иако не се избрани да вршат судска функција, законодавецот, од една страна ја препуштил судската власт на лица

---

<sup>33</sup> Закон о бесплатној правној помоќи, „Службени гласник РС“, бр. 87/18.

<sup>34</sup> Со законски одредби се изменети правилата за функционална надлежност во стадиумот на претходно испитување на тужбата во првостепената постапка која беше поделена само помеѓу претседателот на советот и судијата поединец и предвидена е специфична (хоризонтална) функционална надлежност на судиските помошници во управувањето со постапката. Во современата српска парнична постапка таа е поделена помеѓу судијата поединец, советот и судискиот помошник, додека во второстепената постапка таа е поделена помеѓу судијата известител и судискиот помошник во второстепената постапка.

<sup>35</sup> Кога законодавецот им довери вршење на судска функција на судиските помошници, тој не го согледал целосно проблемот на учеството на судиските помошници во судењето, па не предвиде изрично дека законските одредби кои се однесуваат на исклучување и изземање на судија да се однесуваат и на судиските помошници, иако ја новелираше и таа законска материја, ниту предвиде постапка според која тие се исклучуваат од самостојното постапување кога постои причина за нивно исклучување или изземање и кој за тоа и кога донесува одлука. Поради оваа причина се поставува и прашањето како при толкувањето да се пополни ова законска празнина. Бидејќи се работи за аналогија, се поставува прашањето дали да се применат правилата кои се однесуваат на исклучувањето и изземањето на судија, бидејќи кога управуваат со постапката судиските помошници превземаат судски парнични дејствија и вршат судска функција, или правилата кои се однесуваат на изземање односно исклучување на записничарот, како службеник, кои се, како и судиските помошници, вработени во судот. Во првиот случај, одлуката би ја донел претседателот на судот, а во вториот случај судијата кој раководи со работата на припремното одделение односно одделението на судот.

<sup>36</sup> Детално: Г. Станковиќ, Начело непосредности у парници, *Право-теорија и пракса*, 5-6/2010, стр. 5-22.

кои според Уставот не може да ја вршат бидејќи одредбата од член 142. став 4. од Уставот на Република Србија изрично предвидува дека во судењето учествуваат само судии и судии-поротници. Покрај тоа, судиските помошници се, како државни службеници кои се вработени во судот, лица кои се дел од извршната власт, а основни уставни принципи се поделба на власта и принципот на самостојност и независност во судењето,<sup>37</sup> кои исклучиво се однесуваат на судиите како носители на судската власт. Исто така, можноста судската функција да биде препуштена на судиските помошници, не произлегува од одредбата од член 6. на Европската конвенција, која изрично предвидува право на странките да им суди независен и непристрасен суд кој е основан според закон.

### Заклучок

Нормативното ограничување на правото на правна заштита, кое законодавецот го предвидува од различни правнополитички причини, не го загрозува во суштина самото право на правна заштита, затоа што тоа ги погодува само одредени елементи на неговата содржина. Поради оваа причина, правната заштита која државата ја гарантира и ја дава, е од една страна, преку заштита на граѓанските субјективни права да го сочува проектираниот матријалноправен поредок во доменот на граѓанскоправните односи, а од друга, да го спречи самоволното остварување на правата во интерес на зачувување на редот во општеството и неправилното функционирање. Одделни нормативни ограничувања на ова право кои се резултат на волјата на законодавецот имаат за последица или давање на правна заштита во ограничен обем или влијаат на нејзината ефикасност или квалитет.

### БИБЛИОГРАФИЈА

1. Dika, Mihajlo, *Pravo na tužba*, Zagreb, 1987.
2. Јаневски, Арсен, Зороска Камиловска, Татјана *Граѓанско процесно право*, книга прва, *Парнично право*, Скопје, 2009.
3. Кеча, Ранко, *Граѓанско процесно право*, Службени гласник, Београд, 2009.
4. Станковиќ, Гордана *Граѓанско процесно право*, книга прва, *Парнично процесно право*, Правни факултет, Ниш 2010.
5. Станковиќ, Гордана *Граѓанско процесно право*, книга прва, *Парнично процесно право*, Београд, 2013.
6. Станковиќ, Гордана Маргиналије уз чл. 4. Code civile, *Зборник радова*, *Двестотине година од доношења Француског граѓанског законика* –

---

<sup>37</sup> Независноста на судството во демократско општество се заснова на принципот на поделба на власта. Независноста на судството претпоставува судството да има исклучива јурисдикција која се однесува на сите прашања од судската власт и лицата кои ја вршат судската власт не само што не припаѓаат на извршниот сектор на власта, него и да бидат потполно независни од неа.

*Утицај Француског грађанског законика на српско право*, Правни факултет, Ниш 2006.

7. Станковић, Гордана, Боранијашевић, Владимир, *Грађанско процесно право*, Ниш, 2020.
8. Станковић, Гордана, „Начело непосредности и Закон о изменама и допунама Закона о парничном поступку, *Право – теорија и пракса*, 5-6/2010
9. Станковић Гордана, *Закон о парничном поступку*, четрнаесто издање, Службени гласник, Београд, 2020.
10. *Одлуке и пресуде Европског суда за људска права II*, Београд, 2009



## THE COVID-19 PANDEMIC AND VIOLATIONS OF WORKERS RIGHTS

**Biljana Todorova, PhD**

Associate Professor Faculty of Law, University “GoceDelcev”-Shtip

e-mail:[biljana.todorova@ugd.edu.mk](mailto:biljana.todorova@ugd.edu.mk)

### **Abstract**

The COVID-19 pandemic creates new jeopardy to fundamental principles and rights at work. In the Republic of North Macedonia workers were the first to be hit after the state of emergency was declared because they had to deal with the consequences of the coronavirus. It seems that in the country workers often paid the price of lockdown measures with violations of their labour rights, whose number was increasing daily. The COVID-19 pandemic is restricting freedom of association, denying workers the right to unionize strike and engage in collective bargaining. Some laid-off workers have reported difficulties in accessing social protection schemes. Another issue is a lack of suitable protection to safeguard the rights of workers – cut down expenses, use of days off, occupational health and safety, access to benefits, and unfounded termination of the employment contract.

Since the pandemic began, North Macedonian labour law does not only rely on existing regulations.

The aim of this paper is to increase awareness and understanding of what lawmakers can do now to address, mitigate, and remediate labour rights concerns, with a clear focus on managing labour rights.

First, the paper will try to answer the question does North Macedonian labour law have good mechanisms, if any, that protect the rights of workers in the pandemic.

And second, we will analyze if the North Macedonian legislators reacted upright to the pandemic by amending several new labour laws over a short period.

Both, primary and secondary sources will be used for the explanation of fundamental principles and rights at work. Furthermore, analysis will be done on the introduction of new rules and working conditions.

**Keywords:** coronavirus, labour law legislation, pandemic, Republic of North Macedonia, workers' rights

### **1. Introduction**

Since the beginning of the COVID-19 pandemic, we complied in North Macedonia, like in many other countries, with a sharp restriction of constitutional freedoms. This was an unprecedented limitation of civil rights, which nevertheless has been generally accepted by experts on law since it was aimed at preserving the most important right, deemed to prevail over any other: the right to life.

The North Macedonian response to the COVID-19 crisis involved a general lockdown of all nonessential activities, accompanied by significant labour law and social security measures. Due to the COVID-19 outbreak, a wide range of exceptional measures at the national level have been taken which touch upon workers' rights.

Given the Government's limited powers and the absence of a Parliament, the President overcame the deadlock by proclaiming a state of emergency on 18 March, when 41 people turned out to be infected with the disease. The declared state of emergency by the President of the Republic of North Macedonia was in force from 18 March until 22 June 2020 and gave the government the right to issue decrees with the force of the law. During the next week, the Government of North Macedonia adopted several measures listed below that affect the employment sector directly or indirectly.

The Government has formulated an occupational health and safety standards that companies in the pandemic should comply with, entailing the following aspects:

- Due to the suspension of the educational process, one of the parents of children aged less than 10 years (including single parents) is exempt from work and work duties.
- It is recommended for pregnant women and those who are chronically ill to be exempt from their work duties and stay at home.
- It is recommended that all employers in North Macedonia, i.e. any manager or executive person in the institutions, to organize the work and the modus of work of the employees through working from home, depending on the type of work and possibilities and without disturbing the regular and the normal functioning of the institution.
- Because it's dangerous for people to be in close proximity to each other, companies were forced to think about how to produce value and input without people getting together. It was recommended that work in factories and larger plants should be reorganized in shifts (even in four shifts if necessary).

Since the pandemic outbreak, 16,778 labour layoffs were registered at the Employment Service Agency of the Republic of North Macedonia (affected by COVID-19), resulting in a 16.1% increase of the total number of unemployed in only three months, and affecting more women. Export-oriented industries, including the textile sector, are already affected by the COVID-19 pandemic and it is expected to be the hardest hit after the tourism industry in the country. The textile sector faced a contraction of its production capacities during this period and according to the employer's textile association, it is estimated that around 30% of the workers in this sector were staying at home due to the previous government preventive measures. Employers' associations in the country already alerted that many factories will face bankruptcy and closures during the inactive period, affecting approximately 35,000 textile workers. Several factories have already dismissed workers without providing any notice or severance pay.

What are the government policies and regulations to protect employees – the workers? The 4th package of measures includes support for payment of the salaries of workers in the private sector at the level of 14,500 to 21,776 MKD per employee during the entire fourth quarter of 2020, which would protect a large number of jobs (€70 million allocated to support 250,000 jobs). Companies and employees in the textile, leather and shoe industries will be able to use funds from the key measures of the package, but also from some other measures. In addition, state aid for purchasing domestic products was provided for about 280,000 citizens through the payment card system. The previous governmental support packages have not been implemented consistently by the beneficiaries. To make matters worse, this started during the period of early parliamentary elections and affected the newly-formed technical government, and has raised the interest of the stakeholders and the public on the effect of those measures. The overall idea behind the Government's action has been that of safeguarding, as far as practicable, the employment level and workers/families income, notwithstanding the sharp slowdown of business and professional activities. For that purpose, a temporary block of dismissals for economic reasons has been issued, combined with an almost mandatory use of remote work, whenever feasible, and a massive recourse to short-time work compensation schemes. A natural question is how these various measures are affecting workers' rights.

In practice, in the labour market and especially the private sector, there have been some violations of workers' rights especially in the area of wage payment and release of workers, and the vulnerable categories of workers. Various reasons were used by the employers to terminate contracts, such as cases where employees on a part-time contract were terminated prematurely, i.e. before the expiration of the fixed-term employment contract.

## **2. The rights of employees in the pandemic**

The first question here is whether the declared pandemic of COVID 19 is considered an event of "force majeure" under the North Macedonian law? Force majeure (or vis major) is a concept in law that still exists from ancient times. Regarding the legal definition of the term, the Law on Labour Relations does not give a specific definition of "force majeure", nor does it specifically refer to another law where such a term is precisely defined. However, although this connection is not explicit, we consider that in this case, the provisions of the Law on Obligations Relations are applicable regarding the issue of defining the term from a legal aspect. Thus, in accordance with Article 126 paragraph 1 of the Law, it is determined that a "force majeure" is an event independent from the will of the parties, which occurrence could not be prevented or foreseen, as a result of which a party to an agreement cannot fulfil its contractual obligations. All three conditions should be cumulatively fulfilled in order for an event to be qualified as a "force majeure". Of course, specific



“force majeure“ contractual clauses (if any) should be considered on a case by case basis. In the absence of such clauses, the rules provided in the laws would be directly enforceable.

Considering the above rules a party to a contract can claim a “force majeure“ event and thus shield itself from eventual nonperformance claims by the counterparty. Namely, under the Law on Obligations Relations a contractual party affected by an event of “force majeure“ is exempt from the fulfillment of its contractual obligations without any responsibility for penalties or damage compensations.

In case of a dispute in front of the North Macedonian courts, the above rules would be applicable. In the event of entering into new agreements, it would be recommendable to stipulate an extended and precise “force majeure“ clause in the contracts containing the pandemic, epidemic, etc as an event of “force majeure“.

Related to the COVID-19 pandemic, according to the Law on Labour Relations there are three permissible deductions an employer may take from an exempt employee’s wages without jeopardizing the employee’s exempt status: if the employee is absent from work for one or more full days for personal reasons other than sickness or disability; for absences of one or more full days due to sickness or disability if the deduction is made in accordance with a bona fide plan, policy or practice or providing compensation for salary lost due to illness, and; if the employee is absent for two full workweeks. Therefore, if an employer sends employees home early or decides to close for an entire day, the employer is obligated to pay exempt employees for the full day in order to maintain the employees’ exempt status. Compensation for absence from work due to COVID-related reasons will be 100% compensated by The Health Insurance Fund and will apply to all employees in both the public and private sectors.

The only additional situations where an employer does not jeopardize losing an employee’s exempt status by not paying the exempt employee his/her full salary is if the employer shuts down operations and the employee does not perform any work or the employee chooses to take a day or more off from work for personal reasons other than sickness or disability.

Legal requirements aside, paying an employee his/her regular wages (at least until and unless the employee tests positive for the COVID-19 or during a quarantine) or foregoing disciplinary action based on absenteeism caused by the COVID-19 may incentivize employees who have been exposed or are symptomatic to stay home, thereby reducing the risk that the virus will spread in the workplace, which may improve morale and public relations. Employers should have to pay employees for a minimum number of hours if an employee is sent home early. The quarantine or self-isolation days can be deducted from the annual leave of the employee, but only if the employee requests the use of annual leave during the quarantine self-isolation.

According to the Law on Obligations Relations, both parties to a contract are obliged to respect the rights, legal interests and other interests of the other party . Concerning employment contracts, this obligation means that the employer must

protect the employee against danger to life and limb to the extent that the nature of the employment permits. This private law obligation entails the obligation of the employer to comply with the public law regulations on occupational health and safety. Employees can therefore require their employer to comply with public health and safety law. It follows from this general obligation that the employer must take the necessary occupational safety measures, avoid risks to life and health as far as possible and keep remaining risk as low as possible .

Under the Law in cases of „natural disasters“ or „other emergencies“, when such emergency is expected, or in other exceptional circumstances that endanger the life and health of people or the property of the employer, the type of work or the place where the work is performed, as laid down in the employment contract, may be temporarily modified without the consent of the employee, but solely for the duration of such circumstances. An emergency is a situation that poses an immediate risk to health, life, property, or the environment. It is not clear whether the „natural disaster“ or „other emergencies“ exceptions will apply to the COVID-19 pandemic. Even if it is determined these exceptions do apply, a notice of modifications must be communicated as soon as practicable. Most emergencies require urgent intervention to prevent a worsening of the situation, although in some situations, mitigation may not be possible and agencies may only be able to offer palliative care for the aftermath.

Following the provisions of the Law on Labour Relations relating to compliance with the occupational safety and health regulations, the employee shall comply with and implement the regulations on occupational safety and health to protect his life and health, as well as the life and health of others. Each employee shall be entitled and obliged to provide for his safety and the safety of other persons working with him, following the training and instructions provided to him by the employer, to be informed about the occupation safety and health measures, and to receive training on the application thereof, following the occupational safety and health regulations. The employee shall be entitled to refuse to carry out the work if he is exposed to an imminent threat to his health or life when the occupational safety and health measures have not been taken and to request the removal of such deficiencies.

Because there are no explicit rules on this the employer can issue mandatory instructions to the employee to take the COVID-19 test, but it can be argued that tests would be mandatory if the expense for those is covered by the employer. The employer can't require their employees to wear protective masks, except in case protective masks are stated in the Safety Statement adopted following the applicable Law on Health and Safety at Work. Employees who are afraid to come to work out of concern that they will contract the COVID-19 are not entitled to leave under the Law on Health Insurance or any sort of accommodation (e.g., work from home) under the Law on Social Insurance. Because the exposure and risks associated with the COVID-19 pandemic are changing, in determining that an employee's fear is reasonable an employer should follow very carefully the existing guidance from the Government and Public health agency.

The employee affected by COVID-19 have access, for as long as required, to adequate health care and services of a preventive and curative nature, including general practitioner care, specialist care (at hospitals and outside); the necessary pharmaceutical supplies; hospitalisation where necessary; and medical rehabilitation. Hence, employers covered under the Law on Health Insurance must comply with the Law requirements to provide eligible employees with mandatory health insurance for all the citizens of the Republic of North Macedonia to provide health services and monetary compensations based on the principles of thoroughness, solidarity, equality and efficient usage of funds under conditions determined by this Law. Insured persons, in terms of this Law, shall be the insured and the members of their family. The right to basic healthcare services shall be provided by the mandatory health insurance to the insured persons, under conditions determined by this Law, in case of illness and injury off the job position and injury at work and occupational disease. The insured persons may exercise the right to salary compensation if they fulfill the following conditions: 1) if the health insurance has lasted at least six months without interruptions before the case occurred, except in cases of injury at work and occupational disease; 2) the contribution for mandatory health insurance is paid on regular basis or with delay of 60 days at most; and 3) the assessment for a temporary work disability is given by the selected doctor, i.e. the medical commission.

### **3. Analyses of work-related policy measures for prevention of spreading of COVID-19**

The most iconic measures of the approach chosen by the North Macedonian Government, which keeps the whole labour law construct together, are:

#### **3.1. Parents of children under 10 years of age**

Due to the suspension of the educational process, one of the parents of children aged under 10 years (including single parents) is exempt from work and work duties, and their absence should be recorded as justified by their employer. These employees are obligated to provide proof that they meet this criterion (such as a certificate issued from kindergartens, a copy from a passport or a copy from a birth certificate to prove the child's age, etc.). Additionally, employees must submit a statement under full moral, material and criminal liability that they will use such absence, and that they will be available to work from home if the employer requires them to do so. In an urgent situation, these employees may be required to be physically present at their workplace, for a period of two to three hours.

In such circumstances working parents may have competing responsibilities between working from home for their employer and caring for children whose school or day care is closed. It is unlikely that workers would be able to adequately perform their jobs while simultaneously perform dependent care duties. Employers and

workers should agree on arrangements that would enable the worker to effectively perform the required work meeting the employers' expectations while still being able to undertake care activities at home. Employers should be sensitive to the worker's situation, especially when working from home is implemented on short notice and workers had little time to prepare or make the required child or dependent care arrangement. Even though with this measure one of the parents was released from work obligations, in practice it turned out that they are still required to perform work tasks from home. Accordingly, following the example of some countries, the Republic of North Macedonia should adopt legislation allowing workers to take special paid leave or unpaid leave without risking their jobs if they have to care for children or if they are unable to work due to COVID-19.

From a formal perspective, the recommendations as published on the Government Website on 13th of March 2020 are not mandatory for the private companies. However, the companies are strongly encouraged to try to reorganize the working process in shifts or similar alternatives (work from home, etc) to help not to spread the virus further.

As a general rule, the employer has to pay remuneration to employees who are using the measure for home care of a child. However, the question regarding the amount of the remuneration remains open for interpretations from 50% of the daily remuneration (due to inability to work caused by a "force majeure") as stated in the Law on Labour Relations, or full remuneration as announced by the Government officials (e.g. if treated as a paid leave).

### **3.2. Pregnant women and chronically ill people**

Following the provisions of the Law on Labour Relations, the female employee has special protection during pregnancy. A female employee shall not perform work during pregnancy and one year following childbirth if such work entails a higher risk to her health or the health of her child. If the female employee performs work tasks that during her pregnancy may have harmful effects on her health or the health of her child the employer shall be obliged to provide her suitable equivalent work and salary, provided this is not less favorable for the female employee.

It is recommended for pregnant women and those who are chronically ill to be exempt from their work duties and stay at home. Those who are chronically ill should obtain a certificate from their general practitioner. There is a determined list of categories of people who must be exempt from work (e.g. people with chronic respiratory disease, severe cardiovascular disease, diabetes – TYP1, malignant diseases, and immune-compromising states, etc.), again based on a certificate from their general practitioner.

Employers should not unilaterally require pregnant workers or chronically ill people to use their annual holiday in case of a decision that leave is necessary as a precautionary measure to avoid potential exposure. This, especially because the

Holidays with Pay Convention (Revised), 1970 (No. 132), provides that the timing of holidays is to be determined by employers after consultation with the worker. In fixing the time at which the holiday is to be taken, work requirements and the opportunities for rest and relaxation shall be taken into account.

### **3.3. Working from home**

As in most countries, one of the means to cope with the public health emergency has been the “facilitation” of remote work arrangements. Work from home has the ability both to ensure social distancing, by avoiding the need for workers’ commuting and personal contacts in the workplaces, and to keep at the same time workers active and companies alive.

It is recommended that all employers in North Macedonia, i.e. any manager or executive person in the institutions, to organize the work and the modus of work of the employees through working from home, depending on the type of work and possibilities and without disturbing the regular and the normal functioning of the institution.

Working from home is a working arrangement in which a worker fulfills the essential responsibilities of his/her job while remaining at home, using information and communications technology. In the context of the COVID-19 pandemic, the term „working from home“ is used to refer uniquely to home-based teleworking as a temporary, alternative working arrangement. It requires shared responsibility and commitment by both employers and workers to ensure business continuity and employment.

In the Republic of North Macedonia, work from home is regulated by the Law on Labour Relations. It is obvious that the regulation is too scarce and short and unfortunately not much attention is paid to this issue. In the Law on Labour Relations, one article regulates the employment contract by doing work at home, but this refers to a situation where such an employment contract has been concluded. According to the article, work from home is done on a voluntary basis, often accompanied by an agreement signed between employers and workers setting out the conditions. In the current situation work from home is mandatory in many parts of the world as a temporary public health measure. However, as the old Latin maxim *Ubi societas, ibi jus* says (where there is a society, there is a right), this new situation in terms of work from home must be more legally defined to avoid possible abuse or contentious situations. The lack of sufficiently clear and precise provisions in the Law on Labour Relations related to doing work from home creates legal uncertainty among employers, which leaves room for different interpretations by the entities involved in this process. It should also be taken into consideration that the solutions in the regulations should be flexible and easily applicable, which is why, in a new future legal frameworks, it would be best not to treat the work from home with a special contract but (with adequately mentioned features and details) to be treated as part of a permanently open opportunity from a regular employment contract.

The employee is generally not entitled to work from home. But, if agreed collectively or individually, the employer can instruct employees to work from home. In the case of a lack of a contractual agreement, the question arises as to whether such an instruction is in line with the law. If the employment contract does not conflict with it, an instruction must respect the limit of “reasonable discretion“ and thus adequately balance the interests of the parties. Before the pandemic the courts were rather skeptical as to whether the instruction to work from home could be issued within the confines of “reasonable discretion“. However, under the special conditions of the pandemic, this may change, as work from home is a particularly effective measure to protect the health and safety of employees.

If the employer does not take adequate protective measures to protect their safety and health, employees are entitled to refuse to perform the work. Both employers and workers should be practical, flexible and sensible to each other’s situation when implementing work from home arrangements. Employers generally are responsible for the safety and physical and mental health of workers at the workplace and during work hours. However, during work from home, employers are unable to ensure the safety and physical and mental health of workers because they are not physically present at their working places. Also, the organization of working time is essential but it could be challenging, especially for workers with specified work hours or hourly paid wages.

Before the pandemic, the actual use of work from home was negligible in the public sector. In the private sectors, there were some interesting experiments set up in big companies by company level collective bargaining, even though the total number of workers involved was not very significant. With the COVID-19 outbreak, suddenly this modality of work had an unexpected success.

### **3.4. Recommendations for factories and plants with a large number of employees**

Because it’s dangerous for people to be in close proximity, companies were forced to think about how to produce value and input without people getting together. It was recommended that the entire state and public administration, municipalities and courts, in accordance with the principle and organization of work process of the institutions, to organize their working process in shifts, online from home, or reduced by a system of rotations.

After each shift, the premises should be appropriately disinfected. Additionally, in plants where the production process is directly carried out, the number of employees should be limited to the extent that workers are at a distance of at least 1.5 metres to 2 metres. All work premises should be disinfected once a week by an authorized service. Meetings should not be held in person, but communication should be conducted via phone or email.

North Macedonia has a large textile industry constituting a considerable economic sector for the country. The Ministry of Health recommended to the textile industry to organize the work process by applying preventive measures, such as an appropriate distance between employees. On 23 March 2020, the Government adopted a recommendation for the organization of work in factories in shifts for all companies in the country, issuing several directives:

- The number of employees in a certain facility should be limited so that there is a distance of at least 1.5 meters between each of them
- Employees should be provided with protective and disinfection equipment;
- Working premises should be disinfected at least once a week;
- Employees from different departments should avoid physical contact with each other as much as possible;
- All meetings should be conducted via telephone or video conferencing;
- If any employees have been in contact with a person who has tested positive for COVID-19, they must be put in 14-day isolation at once.

Research suggests that creating work structures on the fly is not unusual. Various unexpected events like new technologies, regulations, labour disputes and more everyday surprises and problems provide occasions for the restructuring of work. But those events don't come packaged with clear directives about how that work should be structured. COVID-19 is providing another requirement to restructure how we work. It remains to be seen when and how tasks will settle, and whether these changes will hurt or help workers.

#### **4. Conclusion**

Since the pandemic outbreak, the labour law in the Republic of North Macedonia from the possibility for timely and efficient action during the pandemic turned into rapid adoption of some of the decrees with legal force without proper and public debate, as well as an analysis of the manner and form and legal solutions to be achieved by adopting these decrees, measures and recommendations. If some of the decrees with legal force are carefully analyzed, i.e. if some of the institutes of labour law are analyzed, one can see their opposition to part of the labour law, but also the ILO conventions and recommendations. The private sector is only given the recommendation to adhere to the adopted measures, conclusions, recommendations, but the recommendations themselves are not mandatory and cannot be legally enforced. Simply, the employees from the public and private sector were not placed in the same position, but the public sector is now in a privileged position, which in itself contradicts the Constitution as the highest body in the Republic of North Macedonia and contrary to all conventions.

The less-than-ideal situation in the textile, leather and shoe industry before the pandemic was reflected after the declaration of the pandemic in the Republic

of North Macedonia and it further deteriorated. Government decrees, measures and recommendations were vague, confusing, and it can be said that some of them were contrary to the positive labour legislation. Only a small part of the decrees, measures and recommendations have substantially reached the labour market in labour-intensive and low-wage industries in a positive way for the workers. However, in practice, in the labour market, especially in the private sector, there have been several violations, especially in the release of these vulnerable categories of workers.

In the case of employment terminations, the Government should take measures to extend unemployment benefits to workers facing a loss of earnings due to partial unemployment, particularly in cases of a temporary reduction in normal or statutory hours of work, and the suspension or reduction of earnings due to a temporary suspension of work, particularly due to economic, technical, structural, or similar reasons.

It also happens that trade union representatives are dismissed when they try to protect their fellow workers' interests in conflict situations or in case of rights violations.

The state of emergency must in no way be an excuse for the employer to violate workers' rights. The taken measures must not deviate from the obligation to protect the most vulnerable categories of workers. The Government is responsible for providing and protecting workers' rights and must not arbitrarily impede the enjoyment of employee rights or arbitrarily restrict worker's freedoms during a state of emergency. Following domestic and international standards, the restriction of worker's rights and freedoms must in no case be discriminatory on grounds of sex, race, colour, language, religion, national or social origin, property or social status. Arbitrary interference would be contrary to the public interest and the common good and government-issued regulations would be contrary to international law. The health crisis is far from over, and the economic and social crisis will intensify with each passing day of uncertainty and imposed restrictions. Hence, future research will address how state-specific occupational distributions will affect the workers' rights in times of pandemic such as COVID-19.

North Macedonia doesn't have a fully developed regulation for work from home. Many countries around the world have begun enacting laws to regulate the work from home, working conditions and the rights and responsibilities of employers and workers. The Republic of North Macedonia should learn from the experience of other more developed countries. Also, more evidence is needed to evaluate the consequences of working conditions on safety and physical and mental health induced by allowing work from home.

Finally, the Government has tried a comprehensive, but quite fragmented and not always reasonable, distribution of monetary support for those affected by the crisis. Notably, those engaged on a temporary or casual basis, including dependent contractors, who have lost their employment have not been able to rely on the same



assistance as “standard” employees. The same has been true for informal workers, who are not considered at all by public welfare. The crisis has therefore reminded us that we are very far from a real and complete universalization of social protections. On the contrary, the current emergency approach has emphasized the differences in social protections between sectors and workers.

## REFERENCES

### BOOKS AND ARTICLES

1. Al-ayyubi, M. I. (2019). An Emergency is a Situation That Poses an Immediate Risk to Health, *Jurnal Emergency*, p. 2
2. Bonacini, L.; Gallo, G.; Scicchitano, S. (2021). Working from home and income inequality: risks of a ‘new normal’ with COVID-19, *Journal of Population Economics* volume 34, p. 315.
3. International Labour Organization. (2020). An employers’ guide on working from home in response to the outbreak of COVID-19, p.5.
4. Menegatti, E. (2021). The impact of COVID-19 crisis on Italian labour law, *Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej*, University of Bologna, p. 1
5. Sagan, A.; Schuller, C. (2020). Covid-19 and labour law in Germany, *European Labour Law Journal*, Vol. 11(3) 292–297, p. 293

### LIST OF NATIONAL REGULATIONS, ACTS AND COURT DECISIONS

1. Law on Health Insurance, Official Gazette No. 25/00
2. Law on Labour Relations, Official Gazette No. No. 62/05, 106/08, 161/08, 114/09, 130/09, 50/10, 52/10, 124/10, 47/11, 11/12, 39/12, 13/13, 25/13, 170/13, 187/13, 113/14, 20/15, 33/15, 72/15, 129/15 and 27/16
3. Law on Obligations Relations, Official Gazette No. 18/2001

### WEBSITE REFERENCES

1. <https://www.covid19healthsystem.org/countries/northmacedonia/livinghit.aspx?Section=1.2%20Physical%20distancing&Type=Section>, 12.03.2021
2. <https://www.fairwear.org/covid-19-dossier/worker-engagement-and-monitoring/country-specific-guidance/covid19-north-macedonia/>, 02.04.2021
3. [https://en.wikipedia.org/wiki/Emergency#cite\\_note-3](https://en.wikipedia.org/wiki/Emergency#cite_note-3), 25.03.2021
4. Времени мерки за осигурени лица за остварување права од здравствено осигурување во услови на пандемија на Коронавирус Covid19, <http://www.fzo.org.mk/WBStorage/Files/Soopsteine%20Osigurenici%2023032021.pdf>, 22.03.2021

## RESTORATIVE MEASURES IN THE REGULATIONS OF INTERNATIONAL SPORTS FEDERATIONS

**Ilia Vasilyev**

Ph.D, Associate Professor

Law School

Saint Petersburg State University

e-mail: [i.vasilev@spbu.ru](mailto:i.vasilev@spbu.ru)

### **Abstract**

In this article, the author investigated the sanctions of some international sports federations. These sports organizations do not consistently classify coercive measures. All measures are called sanctions, but they are not always so. The criterion is the negative consequences for the subjects of sports: their content, orientation, the degree of influence on the rights of a particular subject. Allocation of restorative measures will allow revising the approaches of federations to their disciplinary policy. Legal restorative measures should differ from sanctions in their goal – not to be a punishment for the subject of sports, but to restore the rights and legitimate interests of other subjects of sports at the expense of restrictions for the offender. The classification of coercive measures in sport will allow international sports federations to use a more flexible approach to take into account the values of sport and the interests of all actors involved.

**Keywords:** restorative measures, sports sanctions, sports regulations, international sports federations

At first glance, the content of restorative measures in sport seems to be more obvious than preventive measures. In reality, this is not entirely true. Restoration of the law is not limited only to the recognition of a certain right, as it might seem etymological. In the competition, the interests of many participants are intertwined and the committed misconduct inevitably affects the final result. Negative consequences for violating sports subjects may negatively affect other participants in the pyramid with whom they are affiliated and entail a forced redistribution of quotas for participation in international competitions. Finally, the restoration of the right may also consist of compensation for the damage caused by the misconduct. Certain doubts may arise about the law-restorative function of compensating for the costs of investigating violations, but thereby restoring the budget of the sports federation in the interests of holding competitions and implementing forms of support for athletes. The identification of remedial measures in regulation is possible with the help of a combination of analysis of legal techniques and a forecast of target-setting of measures, most of which are called sanctions by sports federations.

Restorative measures can be classified by us, depending on the objective pursued:

- (1) Recognition of a certain right for its subsequent implementation.
- (2) Changes in competition results due to a violation.
- (3) Compensation by the sports subject for the damage caused by his violation.
- (4) Reimbursement of Anti-Doping Regulatory Violation Investigation Costs.
- (5) Balanced representation of national federations at the Olympic Games and international competitions.

Let us dwell on the types of remedial measures in more details.

*1) Recognition of a certain right for its subsequent implementation.*

As an example from the field of football, we can cite the recognition of the status of a professional or amateur player in the jurisdiction of a national federation as the restoration of the violated rights of sports subjects<sup>1</sup>. The recognition by the jurisdiction of the national football federation of the professional status of a football player is a prerequisite for the restoration of clubs' rights to compensation for the training and education of this player<sup>2</sup>, payment by the solidarity mechanism<sup>3</sup>. At the same time, the considered measure is aimed at maintaining the integrity of the sport and against masking the actual status of a football player to the detriment of the

---

<sup>1</sup> RFU regulations on the status and transfers ( transfers ) of football players. Article 3. Amateur and professional footballers, legionnaires. 1. A footballer participating in competitions held under the auspices of the RFU may have the status of an amateur or a professional. 2. In professional competitions, a player can be entered into the application in the status of a legionnaire or in the status of a football player who does not have the status of a legionnaire, in accordance with the rules of the competition. It is not allowed to establish restrictions for participation (for Submission to the application) of football players in amateur competitions, depending on their status as a legionnaire or lack of legionnaire status. 3. Disputes over the determination of the player's status shall be resolved by the Players Status Committee.

<sup>2</sup> RFU regulations on the status and transfers ( transfers ) of football players . Article 21. General provisions on training compensation. 1. Compensation for the training of a football player is paid to clubs that have trained a football player in the event that a football player, before the end of the sports season, in which he reaches the age of 23 (twenty three) years, for the first time signs an employment contract with a professional football club, which is an RFPL club, an FNL club, a professional AMFR club or a women's professional football club of the top division (hereinafter referred to as the “first compensation club”) , as well as in the transition ( transfer ) of a professional football player from one professional football club to another professional football club in the cases provided for by these Regulations.

<sup>3</sup> RFU regulations on the status and transfers ( transfers ) of football players . Article 24. Right to solidarity payment, amount of solidarity payment . 1. When a professional football player is transferred to a new professional football club (hereinafter - the “new club”) before the expiration of his employment contract with the former professional football club (including on a “lease” basis), any club participating in the competition The RFU, in which this football player was trained and trained, with the exception of the club from which the professional football player moves to such a new club, has the right to receive a solidarity payment in the amount determined in accordance with paragraph 3 of this article.

interests of a certain club or clubs – depriving them of the right to receive payments.

Another example from the field of football can be cited – having the status of “legionnaire” or “not legionnaire”<sup>4</sup>. Recognition of the latter allows the athlete not to be subject to the rules on the limit on foreign athletes in professional competitions, as well as to play for the national teams of different subspecies of football (beach). The issue of sports citizenship is relevant for all international sports federations, which means that they have established certain grounds for acquiring the status of “non-legionnaire”, which are restrictions on the free migration of players.

Note that sports citizenship is recognized by some sports lawyers as the *lex sportiva* principle, reflecting the specifics of sports-legal relations<sup>5</sup>. It seems to us that the same quality can be attributed to the status of a player as a professional or an amateur, used by some international and national sports federations. In this case, there is no universality that the status of “legionnaire” or “not legionnaire” possesses, nevertheless, the recognition of any of the two statuses given by us is an expression of the legal function in sports and the coercive measure of the same name. For example, by recognizing a football player as a professional in a jurisdiction, we confirm the right of the club or clubs to receive compensation payments for his training and education. Accordingly, the player’s current club is forced to make the appropriate payout or payments. Similarly, the compulsory nature of the recognition of status can be established in the situation of proving “legionnaire” or “not legionnaire”: the second of them deprives its previous national federation of the right to be recruited into national teams by sport, while the first excludes the right of clubs to register an athlete outside the established limit on foreign athletes.

## *2) Changes in competition results due to a violation.*

These measures are applied due to violations of anti-doping regulation and manipulation of the results of games and competitions. For example, the International Equestrian Federation in the provisions of Art. The 10 Anti-Doping Control Rules indicate the right to void the results of the competition during which the violation occurred, in the individual classification of the responsible person paired with any or all horses on which he competed<sup>6</sup>. The preservation of the results of the possibility

<sup>4</sup> FIFA Statutes. Regulations Governing the Application of the Statutes. III. Eligibility to Play for Representative Teams . 7 Acquisition of a new nationality. 1. Any player who refers to art. 5 par. 1 to assume a new nationality and who has not played international football in accordance with art. 5 par. 3 shall be eligible to play for the representative teams of the new association only if he fulfils one of the following conditions.

<sup>5</sup> Alfonso Valero. In search of a working notion of *lex sportiva* // International Sports Law Journal (2014). Issue 14: 3. P. 10.

<sup>6</sup> FEI Rules for Anti-Doping Control and Controlled Medicines in Horses. Article 10. Penalties. 10.1. Disqualification of the results of the competition during which an anti-doping control violation occurred. Violation of these rules, which occurred during or in connection with a competition, may lead to the cancellation of all individual results in this competition by the Responsible Person paired with any or all horses on which the Responsible Person competed in this competition, with all the

of proving by such a person the absence of his fault or negligence in violation of the rules<sup>7</sup>. The doping rules in international second federation and gymnastics<sup>8</sup> presents an identical rule on the right to annul (“disqualify”) an athlete’s results. At the same time, the regulator provides an open list of circumstances that justify the implementation of such a right by a federation: for example, the severity of the anti-doping regulation violation and negative test results in other competitions.

Note that the Equestrian Federation calls the remedial measure a “penalty”, listing it in the named article. It seems that such a simplified approach, known to us from preventive measures, means that the federation understands cancellation exclusively in a negative plane, unilaterally – the person who committed an anti-doping regulation violation is punished responsibly. At the same time, the nature of remedial measures means coercion for one subject or subjects, together with the recognition of rights for another subject of sports. What prevails like the measure: the “punitive” beginning or the restoration of the right? From our point of view, coercion as such cannot be understood narrowly, restrictively, otherwise, the meaning of identifying coercive measures is lost – everything becomes sanctions. Recognition of the right for one subject always entails certain consequences for another subject of sports law and order. Such consequences can be negative, as in the case of the cancellation of results. Therefore, the enumeration of the remedial measure among the “penalties” reflects the one-sided understanding of it by the sports federation, which, however, does not negate the restoration of the right of other participants to a fair place in the competition.

Similarly, international sports federations restore fair competition results in case of manipulation: the result of a sports subject, the violation of which has been proven, is canceled (including in the absence of fault, such as, for example, football clubs in UEFA or AFC competitions for what their players or officials did). A more complex situation is when the de jure actions of the subject do not violate the rules of the ensuing consequences, including deprivation of the corresponding medals, points, prizes, except for the cases set out in article 10.1.1 below.

<sup>7</sup> FEI Rules for Anti-Doping Control and Controlled Medicines in Horses. ARTICLE 10. Penalties. 10.1. Disqualification of the results of the competition during which an anti-doping control violation occurred. 10.1.1 If the Responsible Person proves no fault or negligence in violation of these rules, the Responsible Person’s results in the individual classification of other competitions will not be canceled, unless the results of the Responsible Person in any other competition than the one in which occurred violation of these rules, violation of these rules may affect.

<sup>8</sup> FIG Anti-Doping Rules are based on Wada’s Models of Best Practice for International Federations and the World Anti-Doping Code. 10.1 Disqualification of Results in the Event during which an Anti-Doping Rule Violation Occurs. An anti-doping rule violation occurring during or in connection with an Event may, upon the decision of the ruling body of the Event, lead to Disqualification of all of the Gymnast’s individual results obtained in that Event with all Consequences, including forfeiture of all medals, points and prizes, except as provided in Article 10.1.1. Factors to be included in considering whether to Disqualify other results in an Event might include, for example, the seriousness of the Gymnast’s anti-doping rule violation and whether the Gymnast tested negative in the other Competitions.

corresponding federation or professional league on the prohibition of manipulation. An example of a driver in Formula 1, whose team demands to give up a place on the podium to another driver of this team during the race<sup>9</sup>. Today, such a “corporate strategy” (we will choose such a conventional name for it) is not illegal from the point of view of the regulations relevant to the named competition. However, the impact on the result, nevertheless, is present, and therefore, a check from the point of view of compliance with the principle of fairness (fair-play, fairness) with all conclusions regarding the achieved result suggests itself.

*3) Compensation by the sports subject for the damage caused by his violation.*

The World Athletics uses two remedial measures: compensation payment<sup>10</sup> and redress for any victim or victims of the violation<sup>11</sup>. It is noteworthy that the union considers measures in the article “Consequences, sanctions and costs”, separating “consequences” (literally – certain negative consequences) and “sanctions” (“the Panel will impose such consequences and sanction (s) as it deems appropriate” – highlighted in bold by us). Therefore, it can be assumed that the federation will distinguish between legal restorative measures and sports sanctions, but while maintaining an identical procedure, there is a difference in the specific form of a coercive measure, but not in the order of its application. The effectiveness of this approach raises two doubts. First, both measures are seen as a result of sporting responsibility. Nevertheless, the use of sanctions as a collective institution, which also includes remedial measures, is a trend for international sports federations. Secondly, the application of the remedial measure takes place based on the procedure used by the jurisdictional body of the federation to bring to justice. Thus, the above regulation of the union indicates the inseparability of remedial measures and measures of sports responsibility. The situation is repeated in the case of international the Union and biathletes, considering compensatory payment<sup>12</sup> in the list of sanctions. This measure is identical to the earlier example of the union of athletics federations, being a legal

<sup>9</sup> See: Salomeja Zaksaitė, Karolis Radusevičius. Manipulation of competitions in Formula-1: where policy ends and cheating begins // International Sports Law Journal (2017) 16: 240–246.

<sup>10</sup> Disciplinary Tribunal Rules. 11. Consequences, Sanctions and Costs. 11.1 Where it is decided by a Panel that a Non-Doping Violation has been committed, subject to Rule 11.3, below, the Panel will impose such consequences and sanction (s) as it deems appropriate including, without limitation, any one or more of the following (any of which may, where appropriate, be suspended): 11.1.3 a compensation payment.

<sup>11</sup> Disciplinary Tribunal Rules. 11. Consequences, Sanctions and Costs. 11.1 Where it is decided by a Panel that a Non-Doping Violation has been committed, subject to Rule 11.3, below, the Panel will impose such consequences and sanction (s) as it deems appropriate including, without limitation, any one or more of the following (any of which may, where appropriate, be suspended): 11.1.4 reparation to any victim or victims of the violation.

<sup>12</sup> International Biathlon Union. Integrity Code. 9. Sanctions. 9.1.3 a compensation payment.

restorative one.

#### *4) Reimbursement of Anti-Doping Regulatory Violation Investigation Costs.*

Measures to compensate expenses (costs) associated with violation of anti-doping regulation have acquired the status of a trend in the acts of international sports federations. Such measures can be classified depending on the entity that is charged with the action: (a) recovering costs from the offending sports subject and (b) recovering costs from a member national federation that does not comply with anti-doping regulation.

The International Golf Federation has the right to recover from the athlete or other subject of sport the costs associated with the committed anti-doping regulation violation<sup>13</sup>. At the same time, the federation is considering a measure called financial sanctions (the Financial Sanction), reserving the right, but not the obligation of its application, and calling the principle of proportionality as a criterion for determining its size. Also, the International Federation has the right to collect from the national federation all costs (research in the laboratory, the cost of participation in the process to resolve the dispute, transportation costs, etc.) as a result of the violation of anti-doping regulation of the Athlete or other subject of sports, affiliated with this federation<sup>14</sup>. The logical extension of this measure is the right of the international federation to refuse some or all funding or other non-financial support to pleasure the National Federation which does not correspond to the anti-doping policy<sup>15</sup>. The last two measures, in contrast to the collection of costs from the offender-subject of sports, in the regulation of the golf federation are not endowed with a uniquely sanctioned nature. The title of the article “sanctions and costs” implies a distinction between the measures of coercion and sports responsibility of national federations (sanctions) and remedial measures in the form of refusal of financial or non-financial support, as well as recovery of costs from federations (costs), considered in its provisions. Despite the absence of a difference in content between the measures to recover from

---

<sup>13</sup> Article 10. Sanctions on individuals. 10.10 Financial Consequences. Where a Player or other Person commits an anti-doping rule violation, IGF may , in its discretion and subject to the principle of proportionality, elect to recover from the Player or other Person costs associated with the anti-doping rule violation, regardless of the period of Ineligibility imposed. The imposition of a financial sanction or the IGF’s recovery of costs shall not be considered a basis for reducing the Ineligibility or other sanction which would otherwise be applicable under this Anti-Doping Policy or the Code .

<sup>14</sup> Article 12. Sanctions and costs assessed against sporting bodies. 12.2 The IGF may seek reimbursement from a National Federation Member for all costs (including but not limited to laboratory fees, hearing expenses and travel) related to a violation of this Anti-Doping Policy committed by a Player or other Person affiliated with that National Federation Member , and the National Federation Member shall be obligated to do so.

<sup>15</sup> Article 12. Sanctions and costs assessed against sporting bodies. 12.1 The IGF has the authority to withhold some or all funding or other non-financial support to any National Federation Member that is not in compliance with this Anti-Doping Policy.

the athlete (formally listed among the “sanctions”) and from the national federation (costs not reducible to sanctions), the reason for the different names is seen in the subject against which the measure of coercion is applied. If, in the first case, the athlete or other person is a violator and as a result of this, costs may be recovered from them, then in the second situation the costs are recovered from the federation that did not commit an anti-doping misconduct and are subject to a measure for a third party due to its membership in it. It is appropriate to recall the existing sports institute “strict liability” football clubs and federations when sports liability arises in the absence of fault. Likely, the need to undergo certain negative consequences in the example of recovering costs for violations of third parties should be interpreted as one of the grounds for the use of remedial measures.

Identical measures in relation to athletes and national federations for compensation of costs are also presented in the acts of the International Gymnastics Federation<sup>16</sup>, Union of Athletics Federations<sup>17</sup>, International Biathlon Union<sup>18</sup>, International Ski

---

<sup>16</sup> FIG Anti-Doping Rules. 10.10 Financial Consequences. Where a Gymnast or other Person commits an anti-doping rule violation, FIG may, in its discretion and subject to the principle of proportionality, elect to a) recover from the Gymnast or other Person costs associated with the anti-doping rule violation, regardless of the period of Ineligibility imposed and / or b) fine the Gymnast or other Person in an amount up to \$ 5000 US Dollars, only in cases where the maximum period of Ineligibility otherwise applicable has already been imposed. FIG Anti-Doping Rules. Article 12 Sanctions and costs assessed against sporting bodies. 12.1 FIG has the authority to withhold some or all funding or other non-financial support to National Federations or Continental Unions that are not in compliance with these Anti-Doping Rules. 12.2 National Federations shall be obligated to reimburse FIG for all costs (including but not limited to laboratory fees, hearing expenses and travel) related to a violation of these Anti-Doping Rules committed by a Gymnast or other Person affiliated with that National Federation .

<sup>17</sup> World Athletics Anti-doping rules. Specific Definitions. An Athlete’s or other Person’s violation of an anti-doping rule may result in one or more of the following: (d) Financial Consequences which means a financial sanction imposed for an Anti-Doping Rule Violation or to recover costs associated with an Anti-Doping Rule Violation. World Athletics Anti-doping rules. 10.9 Allocation of CAS Cost Awards and Forfeited Prize Money. The priority for repayment of CAS cost awards and forfeited prize money shall be first, payment of costs awarded by CAS; second, reallocation of forfeited prize money to other Athletes; and, third, reimbursement of the Integrity Unit’s expenses in relation to its results management in the case. For the avoidance of doubt, there shall be no reallocation of forfeited prize money to other Athletes if the forfeited prize money has not been repaid by the forfeiting Athlete.

<sup>18</sup> International Biathlon Union . Integrity Code. 10.10 Financial Consequences and other consequences 10.10.1 Where an Athlete or other Person is found to have committed an antidoping rule violation, the hearing panel (or, in cases where Article 7.11 applies, the BIU), taking into account the proportionality principle, will require the Athlete or other Person to reimburse the BIU for the costs that it has incurred in bringing the case, irrespective of any other Consequences that may or may not be imposed. International Biathlon Union. Integrity Code. 12 . Sanctions and Costs Assessed Against NF Members. 12.1 An NF Member must reimburse the IBU / BIU for all costs (including but not limited to laboratory fees, hearing expenses and travel) related to an anti-doping rule violation committed by an Athlete or other Person affiliated with that NF Member that the BIU does not recover from the Athlete or other Person pursuant to Article 10.10.



Federation<sup>19</sup>, International Skating Union<sup>20</sup>. At the same time, the International Judo Federation does not resort to a measure to recover costs from an athlete or other entity violating anti-doping regulation, limiting itself only to the national federation<sup>21</sup>. Having analyzed the norms for the recovery of costs from the subject of sports, an individual, we can state the existing difference in approaches: from self-binding of the federation bodies on the application of a preventive punishment measure to the discretion of the question of the measure. So, the international federations of golf, gymnastics, skiing, the skating union see this as a right, and not as an obligation of a jurisdictional body<sup>22</sup>. The Ski Federation allows the application of the fine as a sanction together with the recovery of costs. In his turn, the union of Athletics Federations using the right to choose between a fine and compensation costs. Finally, the International Biathlon Union obliges to recover costs from individuals who violate anti-doping regulations<sup>23</sup>.

---

<sup>19</sup> FIS Anti-Doping Rules. Article 10 Sanctions on individuals. 10.10 Financial Consequences Where an Athlete or other Person commits an anti-doping rule violation, FIS may, in its discretion and subject to the principle of proportionality, elect to a) recover from the Athlete or other Person costs associated with the anti-doping rule violation including FIS legal fees, regardless of the period of Ineligibility imposed and / or b) fine the Athlete or other Person in an amount up to \$ 100,000 US Dollars, only in cases where the maximum period of Ineligibility otherwise applicable has already been imposed. FIS Anti-Doping Rules. Article 12 Sanctions and costs assessed against sporting bodies. 12.2. National Ski Associations shall be obligated to reimburse FIS for all costs (including but not limited to laboratory fees, hearing expenses and travel) related to a violation of these Anti-Doping Rules committed by an Athlete or other Person affiliated with that National Ski Association.

<sup>20</sup> ISU Anti-Doping Rules. 10.12 Financial Consequences. 10.12.1 Where a Skater or other Person commits an anti-doping rule violation, the ISU Disciplinary Commission may, in its discretion and subject to the principle of proportionality, elect to (a) recover from the Skater or other Person costs associated with the anti-doping rule violation, regardless of the period of Ineligibility imposed and / or (b) fine the Skater or other Person in an amount up to 50'000 Swiss Francs, only in cases where the maximum period of Ineligibility otherwise applicable has already been imposed. ISU Anti-Doping Rules. Article 12 Sanctions by the ISU against other sporting bodies. 12.4 Oblige that Member or body to reimburse the ISU for all costs (including but not limited to laboratory fees, hearing expenses and travel) related to a violation of these Anti-Doping Rules committed by a Skater or other Person affiliated with that Member or body...

<sup>21</sup> IJF Anti Doping Rules. Article 12 Sanctions and costs assessed against national federations. 12.1 The IJF Executive Committee has the authority to withhold some or all funding or other non financial support to National Federations that are not in compliance with these Anti-Doping Rules. 12.2 National Federations shall be obligated to reimburse the IJF for all costs (including but not limited to laboratory fees, hearing expenses and travel) related to a violation of these Anti-Doping Rules committed by an Athlete or other Person affiliated with that National Federation.

<sup>22</sup> Confirmed by the use of the word “may”, that is, can choose, but not obliged.

<sup>23</sup> The act uses the phrase “will require”, meaning that the union will require.

*5) Balanced representation of national federations at the Olympic Games and international competitions.*

Violation of anti-doping regulation by athletes and other sports subjects, identified by international anti-doping organizations (international federation or WADA) and acquiring a certain scale, is used in the regulation of individual international federations to reduce the quotas of an affiliated national federation to participate in the Olympic Games and competitions under the auspices of the corresponding federation. Examples include the International Ski Federation<sup>24</sup> and the International Biathlon Union<sup>25</sup>. In the regulation of the first of the federations, the reduction of quotas proportionally depends on the scale of the violation: from 4 to 6 and from 7 to 11 within twelve months. The enumeration of the consequences for the national federation is presented in the article “sanctions and costs” and in this case, of course, we cannot talk about understanding the reduction of quotas as costs. The International Ski Federation considers this measure as a sporting sanction, even though the national federation does not suffer adverse consequences for its actions and regardless of the presence of a fault in the anti-doping regulation violation. In turn, the International Biathlon Union extends the reduction of quotas only to situations of intentional violation during a certain period. Does the difference in the approaches of the two international federations regarding guilt as a prerequisite matter for the legal nature of the measure? It seems that yes. Pay attention to the purpose and meaning of the quota reduction: the leveling capacity of members, the observance of the principle of equal playing conditions (level playing field), when competition is involved fewer athletes representing the federation, does not demonstrate compliance with the anti-doping policy. Likewise, the legal objective of a level playing field for the rest of the National Federations fulfilling their anti-doping responsibilities is fulfilled. Along with this, there is also a “penitentiary” content of the measure – bringing the relevant federation in line with its anti-doping obligations. Although the measure applies to federations for the behavior of third parties, to the integrity of sport willful and negligent violations are not identical challenges. The response of the regulator-international federation, whose interests are trampled by the fact of misconduct, should also be built correspondingly: it is necessary to find a balance between the use of remedial measures and sporting responsibility.

<sup>24</sup> FIS Anti-Doping Rules 12.3.1 Four or more violations of these Anti-Doping Rules (other than violations involving Article 2.4) are committed by Athletes or other Persons affiliated with a National Ski Association within a 12-month period in testing conducted by FIS or Anti-Doping Organizations other than the National Ski Association or its National Anti-Doping Organization . In such event FIS may in its discretion elect to: (f) reduction of quotas places at the Olympic Winter Games, FIS World Championships and FIS World Cup in accordance with 12.3.1.2.

<sup>25</sup> International Biathlon Union Integrity Code. 12.3.1 Subject to Articles 12.3.1.4 and 12.3.1.5, the IBU will reduce the applicable start quota (including wild cards) of that NF Member by the number of such offending Athletes, as follows: 12.3.1.1 One start quota will be removed for each offending Athlete for a period of 12 months, starting from the date of the final decision (ie, following the expiry or exhaustion of any appeal rights) finding that the Athlete committed an intentional anti-doping rule violation, or else starting from such other date as the BIU deems appropriate in order for the reduction to be effective.

The presented reflections seem to us relevant for the measures of the International Ski Federation to change the starting order of athletes<sup>26</sup> as well as measures to invalidate athlete points<sup>27</sup>, presented in the act of the International Biathlon Union. Both measures can be applied not only due to violations of anti-doping regulation, but also other misconduct related to the integrity of sport: manipulation of the results of competitions, ethical misconduct (any form of corruption). The restorative goal is balanced representation in the competition, when the rest of the participants are given, based on legal fiction, a hypothetical, not guaranteed advantage over the federation whose quota is reduced.

### *Conclusion*

The actual use by international sports federations in their regulation of individual remedial measures is not accompanied by a delineation of the procedure for their application with sports responsibility. As a result, without formally calling the measures sanctions, their use is subject to the same requirements. From the point of view of compliance with the guarantees of sports entities, this situation does not raise questions. Earlier, we pointed out the need to extend the principles used in sports law to all measures of coercion, not limited to sports responsibility.

The confusion by international federations of compensation and sporting sanctions is one of the most controversial examples of an unjustified rejection of the normative delineation of coercive measures. This embodiment of restorative measures constitutes a recognition of the broken right and determination process satisfy the interests having materially the value, and enabling the subject to receive the sports compensation level commensurate broken right.

As far as it is debatable the sporting responsibility for the actions of third parties without establishing guilt, it is just as controversial to consolidate legal measures in the absence of guilt of the sports subject. The issue of extending the “strict liability” model to remedial measures is seen as unjustified regulation that violates the fundamental right of the subject to due process. The lower, in comparison with sanctions, the level of negative consequences does not mean deviation from the requirements of the study of the grounds for the use of coercion. The existence in the sports law and order of responsibility without fault can only be recognized as a means of countering serious misconduct in the conventional hierarchy of public danger when the actual violator is not under the jurisdiction of the regulator of the pyramid of governance in sports.

---

<sup>26</sup> FIS Statutes. 55. Types of Sanctions. 55.1 The following sanctions can be imposed: change to the starting order.

<sup>27</sup> International Biathlon Union Integrity Code 9. Sanctions. 9.1 Subject to any specific sanctioning provisions set out in the relevant Rules, where the Disciplinary Tribunal decides that a violation of this Integrity Code has been established, it may impose such sanctions as it deems appropriate, including: 9.1.6 forfeiture of points and / or of quota places and / or of hosting rights.

The reduction of quotas for a federation whose affiliates have committed a willful anti-doping violation is a remedial measure. However, the measure to reduce quotas due to a violation with a negligent form of guilt seems to us to be purely punitive and therefore has the nature of sports responsibility.

## References

1. Alfonso Valero. *In search of a working notion of lex sportiva*, The International Sports Law Journal, No. 14 (3), 2014, p. 3-11.
2. Fédération Equestre Internationale\_\_Equine Anti-Doping and Controlled Medication Regulations. <https://inside.fei.org/system/files/EADCMRs%20-%20effective%201%20January%202020%20-%20Final%20Version%20for%20Website%20-%20Clean.pdf> (date accessed: June 20, 2021).
3. Fédération Internationale de Gymnastique Anti-Doping Rules. [https://www.gymnastics.sport/publicdir/rules/files/en\\_FIG%20Anti-Doping%20Rules-effective%2001%20January%202021.pdf](https://www.gymnastics.sport/publicdir/rules/files/en_FIG%20Anti-Doping%20Rules-effective%2001%20January%202021.pdf) (date accessed: June 20, 2021).
4. Fédération Internationale de Ski Anti-Doping Rules. <https://www.fis-ski.com/en/international-ski-federation/news-multimedia/news/fis-anti-doping-rules-update-2021> (date accessed: June 20, 2021).
5. Fédération Internationale de Ski Statutes. <https://www.fis-ski.com/en/inside-fis/governance/statutes> (date accessed: June 20, 2021).
6. FIFA Statutes. <https://resources.fifa.com/image/upload/the-fifa-statutes-2018.pdf?cloudid=whhncbdzio03cuhmwfxa> (date accessed: June 20, 2021).
7. International Biathlon Union Integrity Code. [https://www.biathlonintegrity.com/wp-content/uploads/2020/05/IBU\\_Integrity\\_Code.pdf](https://www.biathlonintegrity.com/wp-content/uploads/2020/05/IBU_Integrity_Code.pdf) (date accessed: June 20, 2021).
8. International Judo Federation Anti Doping Rules. [https://78884ca60822a34fb0e6-082b8fd5551e97bc65e327988b444396.ssl.cf3.rackcdn.com/up/2021/01/IJF\\_ADR\\_23\\_dec\\_final-160995135-1609951353.pdf](https://78884ca60822a34fb0e6-082b8fd5551e97bc65e327988b444396.ssl.cf3.rackcdn.com/up/2021/01/IJF_ADR_23_dec_final-160995135-1609951353.pdf) (date accessed: June 20, 2021).
9. International Skating Union Anti-Doping Rules. <https://www.isu.org/inside-isu/isu-communications/communications/24874-2344-isu-anti-doping-rules/file> (date accessed: June 20, 2021).
10. Russian Football Union Regulations on the status and transfers of football players. [https://rfs.ru/subject/documents/index?id=1&cat\\_id=2](https://rfs.ru/subject/documents/index?id=1&cat_id=2) (date accessed: June 20, 2021).
11. Salomeja Zaksaitė, Karolis Radusevicius. *Manipulation of competitions in Formula-1: where policy ends and cheating begins*, The International Sports Law Journal, No. 16, 2017, pp. 240–246.
12. World Athletics Anti-doping rules. <https://www.worldathletics.org/about-iaaf/documents/anti-doping> (date accessed: June 20, 2021).

13. World Athletics Disciplinary Tribunal Rules <https://www.worldathletics.org/download/download?filename=cb8d47d6-8b01-4cae-b5ad-8889563ef4a9.pdf&urlslug=D5.1%20-%20Disciplinary%20Tribunal%20Rules> (date accessed: June 20, 2021).