

Правни факултет
Универзитета у Нишу

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА
У ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”**

Књига дванаеста

Ниш, 2023.

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У
ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”**

Књига дванаеста

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Небојша Раичевић

Рецензенти

Проф. др Мирослав Лазић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Проф. др Дејан Вучетић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Проф. др Душица Миладиновић-Стефановић, ванредни професор Правног факултета у Нишу

Проф. др Марко Димитријевић, ванредни професор Правног факултета у Нишу

Технички уредник

Владимир Благојевић

Превод резимеа

Гордана Игњатовић

Штампа

Графика Галеб д.о.о. Ниш

Тираж

100

ISBN: 978-86-7148-312-4

Зборник радова је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120.

САДРЖАЈ

Реч уредника	5
Драган Јовашевић КАЗНЕНА ПОЛИТИКА СУДОВА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА КОРУПЦИЈЕ У СРБИЈИ.....	7
Зоран Ђирић СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКЕ КОНФРОНТАЦИЈЕ КАО НАЧИН ЗА ВЕЋУ ОБЈЕКТИВНОСТИ СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИХ ЕКСПЕРТИЗА	39
Миомира П. Костић CRIME PREVENTION POLICY IN THE CONTEXT OF SMART CITIES.....	55
Саша Кнежевић, Марко Трајковић АКСИОЛОГИЈА И КРИВИЧНО ПРАВО	67
Срђан Голубовић СТАНДАРДНИ И НЕСТАНДАРДНИ ИНСТРУМЕНТИ МОНЕТАРНЕ ПОЛИТИКЕ – ИСКУСТВО ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАНЕ БАНКЕ.....	85
Предраг Н. Цветковић ТЕМЕЉИ АЛГОРИТМИЗАЦИЈЕ ПРАВА: ПРИМЕР ХОХФЕЛДОВЕ ТАКСОНОМИЈЕ.....	101
Видоје Спасић ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЧУВЕНИХ (РЕНОМИРАНИХ) ЖИГОВА	115
Сања Марјановић, Ивана Симоновић ДВОСТРУКА ОТМИЦА ДЕЦЕ - НОВЕ НЕДОУМИЦЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	141
Милош Прица КАРАКТЕРИСТИКЕ ЗАКОНСКОГ УРЕЂИВАЊА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ	163

РЕЧ УРЕДНИКА

Поштовани читаоци,

пред Вама је дванаеста књига тематског зборника радова који Правни факултет Универзитета у Нишу публикује као резултат истраживања финансираног од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије. Првих осам књига финансирано је у оквиру вишегодишњег пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, а наредна три зборника финансирана су на основу годишњих уговора Министарства са Правним факултетом у Нишу. Овогодишњи зборник такође је финансиран на основу годишњег уговора о реализацији и финансирању научноистраживачког рада закљученог између Министарства просвете, науке и технолошког развоја и Факултета бр. 451-03-47/2023-1/200120 од 03. 02. 2023. године.

Зборник радова пред Вама садржи девет ауторских или коауторских радова наставника и сарадника Правног факултета Универзитета у Нишу који су ангажовани као истраживачи у оквиру Факултета као научноистраживачке институције. Радови у Зборнику су посвећени правним и сродним проблемима, и то како традиционалним, тако и модерним. У највећем броју радова аутори се дотичу људских права, разматрајући их са теоријског и практичног аспекта.

Посебну захвалност дугујемо свим рецензентима радова који су својим ангажовањем дали значајан допринос објављивању ове научне публикације.

Ниш, децембар 2023. године

Главни и одговорни уредник

Проф. др Небојша Раичевић

КАЗНЕНА ПОЛИТИКА СУДОВА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА КОРУПЦИЈЕ У СРБИЈИ²

Апстракт: У кривичном законодавству у Републици Србији је, на бази међународних стандарда, предвиђено више кривичних дела корупције, за чије су учиниоце прописане казне и друге кривичне санкције. Ту спадају следећа дела: а) примање мита и б) давање мита, али и злоупотреба службеног положаја, као основно службено, корупцијско кривично дело. У раду се, после уводних карактеристика и обележја ових кривичних дела, анализирају статистички подаци о обиму, динамици и структури кривичних дела корупције, те начину окончања кривичних поступака према њиховим учиниоцима, као и конкретно изреченим казнама затвора, те другим санкцијама у Републици Србији у посматраном периоду. Ова анализа пружа драгоцене информације о начину тумачења и примени законских прописа на конкретне случајеве пресуђења кривичних дела корупције која се испољавају у судској пракси које могу да дају путоказ законодавцу у новелирању законских решења.

Кључне речи: корупција, мито, службени положај, кривично дело, казне, статистика, казнена политика судова.

1. Увод

Кривична дела против службене дужности у Кривичном законнику Републике Србије³ (глава тридесеттрећа) представљају различите облике и видове злоупотребе службеног положаја и јавних овлашћења у вршењу

¹ jovas@prafak.ni.ac.rs

² Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према уговору број 451-03-47/2023-1/200120 од 3. фебруара 2023. године.

³ Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

службене дужности од стране службених или одговорних лица као носилаца тих овлашћења којима се наносе теже повреде или теже угрожавање службе. Овим се инкриминацијама, заправо, настоји да се обезбеди исправност, целисходност, благовременост, ефикасност и законитост у раду државних органа који врше јавна овлашћења и тако очува поверење грађана у правни поредак и правну државу.⁴ То указује на њихов објекат заштите који се јавља у виду службене дужности државних и других органа који врше јавна овлашћења, односно дужност одговорних лица у установи или другом субјекту који не обавља привредну делатност. Али није циљ ових учинилаца да повреде или угрозе службену дужност коју врше, већ да на тај начин за себе или другог прибаве какву корист или да нанесу какву штету другом лицу (имовинског или неимовинског карактера) или да теже повреде право другог физичког или правног лица.⁵ Истовремено се овим делима повређују или угрожавају и друге друштвене вредности као што су: слободе и права човека и грађана, имовина, привреда и сл.⁶

Радња извршења службених (чиновничких, корупцијских) кривичних дела, како се још називају у правној теорији, се предузима у вршењу службене дужности или у вези са вршењем службене дужности.⁷ У оквиру службених кривичних дела посебно се истичу кривична дела корупције: а) примање мита и б) давање мита, при чему ово последње дело може да изврши, свако, било које лице, а не само службено или одговорно лице. Као основно кривично дело корупције сматра се злоупотреба службеног положаја које се правно квалификује у случајевима када не постоје сва законом прописана обележја неког од правих кривичних дела корупције.

Злоупотреба службеног положаја (члан 359. КЗ) се састоји у искоришћавању службеног положаја или овлашћења, прекорачењу граница службеног овлашћења или у невршењу службене дужности од стране службеног лица чиме се себи или другом физичком или правном лицу прибави каква корист или се другоме нанесе каква штета или се теже повреди право другог.⁸ Ово је опште и основно службено кривично дело

⁴ Зоран Стојановић, Наташа Делић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2013. године, стр. 329-330.

⁵ Бора Чејовић, Видоје Миладиновић, *Кривично право, Посебни део*, Ниш, 1996. године, стр. 407-409.

⁶ Драган Јовашевић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2017. године, стр. 219.

⁷ Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić, *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2007. godine, str. 712.

⁸ Наташа Делић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2021. године, стр. 406-407.

које се јавља у три облика испољавања⁹: а) искоришћавање службеног положаја, б) прекорачење службеног овлашћења и в) невршење службене дужности за које је, у основном облику, прописана казна затвора у трајању од шест месеци до пет година.¹⁰

Примање мита (члан 367. КЗ) као основно корупцијско кривично дело¹¹ се састоји у непосредном или посредном захтевању или примању поклона или друге користи или у примању обећања поклона или друге користи од стране службеног, страног службеног или одговорног лица да у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју не би смело да изврши или да не изврши службену радњу коју би морало да изврши, односно да изврши службену радњу коју би морало да изврши или да не изврши службену радњу коју не би смело да изврши, као и у захтевању или примању поклона или друге користи после извршења или неизвршења неке од наведених службених радњи, а у вези са њом.¹² Ово дело има три облика испољавања¹³: а) право пасивно подмићивање, б) неправо пасивно подмићивање и в) накнадно подмићивање за које су предвиђене различите казне: а) казна затвора од две до дванаест година (први облик), б) казна затвора од две до осам година (други облик) и ц) казна затвора од три месеца до три године (трећи облик), при чему се примљени поклон и имовинска корист стечена примањем мита се обавезно одузимају применом мере безбедности одузимање предмета.¹⁴

Друго право корупцијско кривично дело носи назив: „Давање мита” (члан 368. КЗ). Оно се састоји у чињењу, нуђењу или обећању поклона или друге користи службеном, страном службеном, одговорном или другом лицу у установи или другом субјекту који не обавља привредну делатност да службено лице у оквиру свог службеног овлашћења или у вези са својим службеним овлашћењем изврши службену радњу коју не

⁹ Ђорђе Ђорђевић, Драгана Коларић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2020. године, стр. 252-253.

¹⁰ Borislav Petrović, Dragan Jovašević, *Krivično pravo 2, Posebni deo*, Sarajevo, 2005. године, стр. 102-103.

¹¹ Мирослав Ђорђевић, Ђорђе Ђорђевић, *Кривично право*, Београд, 2020. године, стр. 221-222.

¹² Зоран Стојановић, Обрад Перић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 2000. године, стр. 355-357.

¹³ Зоран Стојановић, Обрад Перић, *Коментар Кривичног закона Србије и Кривични закон Црне Горе са објашњењима*, Београд, 1996. године, стр. 387-389.

¹⁴ Ksenija Turković et al., *Komentar Kaznenog zakona*, Zagreb, 2013. године, стр. 369-370.

би смело да изврши или да не изврши службену радњу коју би морало да изврши, односно да изврши службену радњу коју би морало да изврши или не изврши службену радњу коју не би смело да изврши или у посредовању при оваквом подмићивању службеног, страног службеног или одговорног лица¹⁵. Ово дело се такође јавља у три облика испољавања¹⁶: а) право активно подмићивање (казна затвора од шест месеци до пет година), б) неправо активно подмићивање и в) посредовање у подмићивању, при чему је за последња два облика дела прописана казна затвора до три године, уз обавезно изрицање мере безбедности одузимање предмета – поклона и друге имовинске користи.¹⁷

2. Обим, динамика и структура кривичних дела корупције

Законски прописи, којима су дефинисана поједина кривична дела уопште, па тако и дела корупције, нису само апстрактни појмови садржани у правним актима, већ налазе своје оживотворење у свакодневној пракси у различитим облицима и видовима испољавања. Стога је логично да кривична дела корупције анализирамо у конкретним појавним облицима испољавања у судској (статистичкој) пракси. У овој анализи смо користили статистичке податке објављене у званичним билтенима Републичког завода за статистику¹⁸ од када је ступило на снагу важеће кривично законодавство до 2019. године. На првом месту указујемо на обим и динамику кретања криминалитета уопште у Србији, а потом и кретање службеничког криминалитета.

¹⁵ Љубиша Лазаревић, *Кривично право, Посебни део*, Београд, 1993. године, стр. 293.

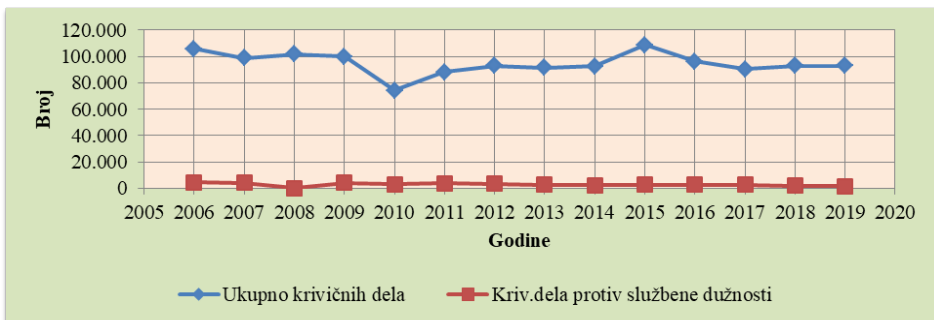
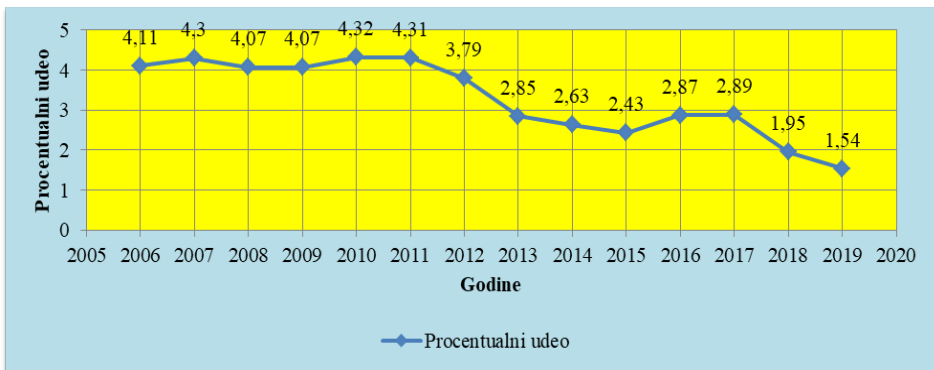
¹⁶ Милош Бабић, Иванка Марковић, *Кривично право, Посебни део*, Бања Лука, 2007. године, стр. 261-263.

¹⁷ Илија Симић, Милић Петровић, *Кривични закон Републике Србије, Практична примена*, Београд, 2002. године, стр. 303-304.

¹⁸ Билтен Републичког завода за статистику број 490, Београд, 2009. године; Билтен Републичког завода за статистику број 502, Београд, 2009. године; Билтен Републичког завода за статистику број 514, Београд, 2010. године; Билтен Републичког завода за статистику број 529, Београд, 2010. године; Билтен Републичког завода за статистику број 546, Београд, 2011. године; Билтен Републичког завода за статистику број 558, Београд, 2012. године; Билтен Републичког завода за статистику број 576, Београд, 2013. године; Билтен Републичког завода за статистику број 588, Београд, 2014. године; Билтен Републичког завода за статистику број 603, Београд, 2015. године; Билтен Републичког завода за статистику број 617, Београд, 2016. године; Билтен Републичког завода за статистику број 630, Београд, 2017. године; Билтен Републичког завода за статистику број 643, Београд, 2018. године; Билтен Републичког завода за статистику број 653, Београд, 2019. године и Билтен Републичког завода за статистику број 665, Београд, 2020. године

Табела 1. Учешће кривичних дела против службене дужности у укупном броју извршених кривичних дела у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Укупно кривичних дела	Кривична дела против службене дужности	%
2006.	105.701	4.343	4,11
2007.	98.702	4.244	4,30
2008.	101.723	4.140	4,07
2009.	100.026	4.073	4,07
2010.	74.279	3.209	4,32
2011.	88.207	3.798	4,31
2012.	92.879	3.516	3,79
2013.	91.411	2.602	2,85
2014.	92.600	2.437	2,63
2015.	108.759	2.642	2,43
2016.	96.237	2.764	2,87
2017.	90.348	2.612	2,89
2018.	92.874	1.815	1,95
2019.	92.797	1.429	1,54



Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд

Из анализе података о укупно извршеним кривичним делима у Републици Србији у посматраном периоду 2006-2019. године можемо истаћи следећа запажања, при чему треба имати у виду да број „званично евидентираних” кривичних дела није истовремено и број „ефективно” извршених кривичних дела због већег или мањег броја кривичних дела у оквиру „тамне” бројке криминалитета. Наиме, највећи број укупно извршених кривичних дела је евидентиран 2018. године – са извршених 108.759 кривичних дела, односно прве анализиране 2006. године – са 105.701 кривичним делом. С друге стране, најмање је пријављено кривичних дела у Републици Србији у току 2010. године и то 74.279 кривична дела, што значи да се пад броја укупног криминалитета кретао за око 30 %. При томе се уочава константан пад кретања криминалитета у последњим анализираним годинама од 2015. до 2019. године и то за скоро 10 %.

Када се анализирају статистички показатељи о извршеним кривичним делима против службене дужности уочава се такође константан пад броја пријављених кривичних дела ове врсте од максималног броја који је забележен првих посматраних година од 4.343 кривична дела у току 2006. године или 4.244 кривична дела у току 2007. године. Најмањи број службених кривичних дела је тако евидентиран у току 2019. године када је извршено „само” 1.429 кривичних дела ове врсте, што је иначе чинило 1,54 % од броја укупно извршених кривичних дела у току ове календарске године. Највећи удео службених кривичних дела у стопи криминалитета је забележен у току 2007. године када је износио 4,30%, што је такође готово симболичан удео.

Табела 2. Учешће кривичних дела злоупотребе службеног положаја у броју укупно извршених кривичних дела у Републици Србији у период 2006-2019. године

Година	Укупно крив. дела	Злоупотреба служ.положаја	%
2006.	105.701	2.750	2,60
2007.	98.702	2.675	2,71
2008.	101.723	2.661	2,62
2009.	100.026	2.553	2,55
2010.	74.279	1.868	2,51
2011.	88.207	2.247	2,55
2012.	92.879	2.110	2,27
2013.	91.411	1.388	1,52
2014.	92.600	1.306	1,41
2015.	108.759	1.238	1,14
2016.	96.237	1.349	1,40
2017.	90.348	1.234	1,37
2018.	92.874	712	0,77
2019.	92.797	492	0,53

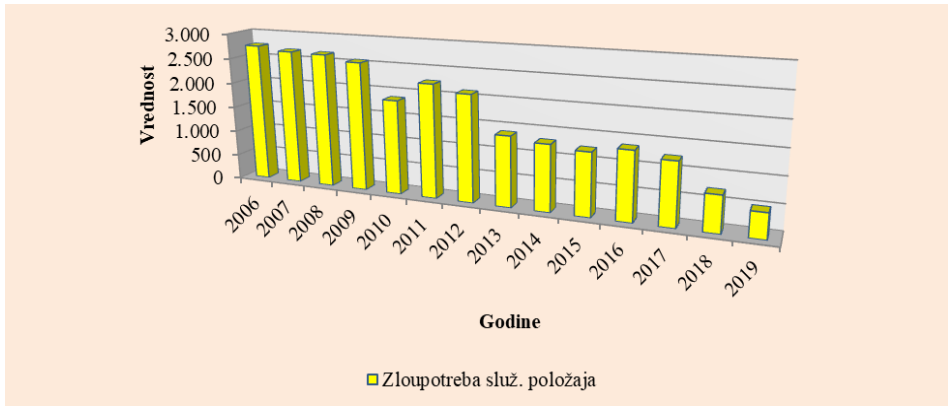
Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд

Слична је ситуација и са кривичним делом злоупотребе службене дужности као основним, општим службеним кривичним делом. Наиме, ово кривично дело учествује у укупном криминалитету у готово симболичном обиму од максималних 2,60 % (2006. године) или 2,71 % (2007. године) до минималног учешћа од 0,77 % (2018. године), односно „само“ 0,53 % (2019. године). Највећи број пријављених кривичних дела злоупотребе службеног положаја је уочен првих посматраних година од када бележи константан пад до краја истраживања када је забележено најмање 492 кривична дела ове врсте у току 2019. године, односно 712 кривичних дела у току 2018. године. С друге стране, највише кривичних дела злоупотребе службеног положаја је евидентирано управо 2006. године – 2.750 кривичних дела, односно 2007. године – 2.675 кривичних дела. Али у оквиру кривичних дела против службене дужности, злоупотреба службеног положаја заузима доминантно место. Ради се, наиме, о најчешће извршаваном службеном кривичном делу са уделом од 64,28 % (2008.), односно 63,32 % (2006.) од свих службених кривичних дела, дакле скоро две трећине свих пријављених кривичних дела против службене дужности се односи управо на кривично дело злоупотребе службеног положаја. Најмањи удео ових кривичних дела - 34,43 % у службеничком криминалитету је забележен последње 2019. године.

Табела 3. Учешће кривичног дела злоупотребе службеног положаја у кривичним делима против службене дужности у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Крив. дела против служ. дужности	Злоупотреба службеног положаја	%
2006.	4.343	2.750	63,32
2007.	4.244	2.675	63,03
2008.	4.140	2.661	64,28
2009.	4.073	2.553	62,68
2010.	3.209	1.868	58,21
2011.	3.798	2.247	59,16
2012.	3.516	2.110	60,01
2013.	2.602	1.388	53,34
2014.	2.437	1.306	53,59
2015.	2.642	1.238	46,86
2016.	2.764	1.349	48,81
2017.	2.612	1.234	47,24
2018.	1.815	712	39,23
2019.	1.429	492	34,43

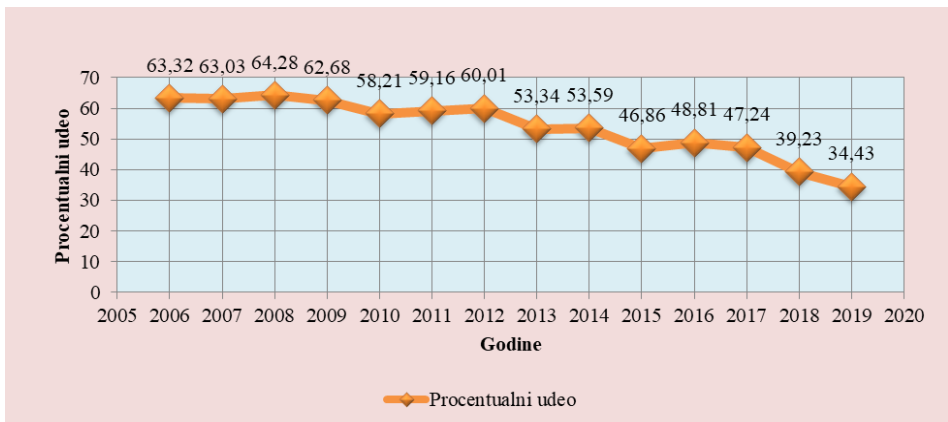
Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Табела 4. Учешће кривичних дела примања мита у броју укупно извршених кривичних дела у Републици Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Укупно крив. дела	Примање мита	%
2006.	105.701	97	0,09
2007.	98.702	129	0,13
2008.	101.723	91	0,09
2009.	100.026	132	0,13
2010.	74.279	125	0,17
2011.	88.207	96	0,11
2012.	92.879	91	0,10
2013.	91.411	61	0,07
2014.	92.600	58	0,06
2015.	108.759	67	0,06
2016.	96.237	69	0,07
2017.	90.348	87	0,10
2018.	92.874	61	0,07
2019.	92.797	46	0,05

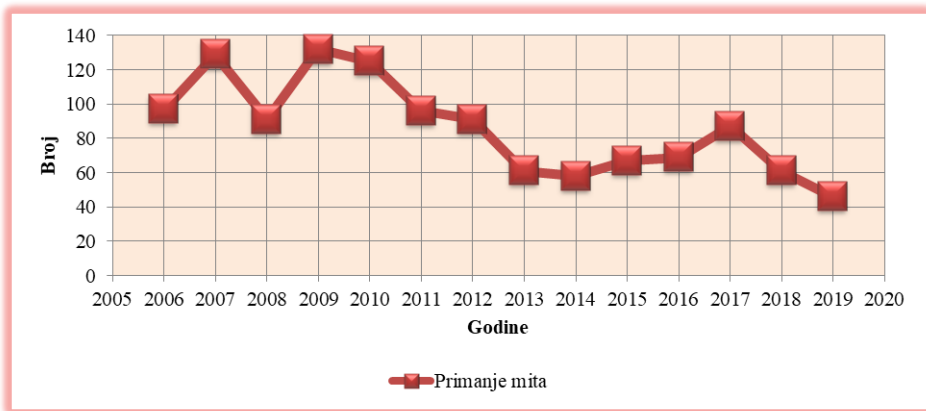
Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Табела 5. Учешће кривичног дела примање мита у кривичним делима против службене дужности у Србији у периоду 2006-2019. године

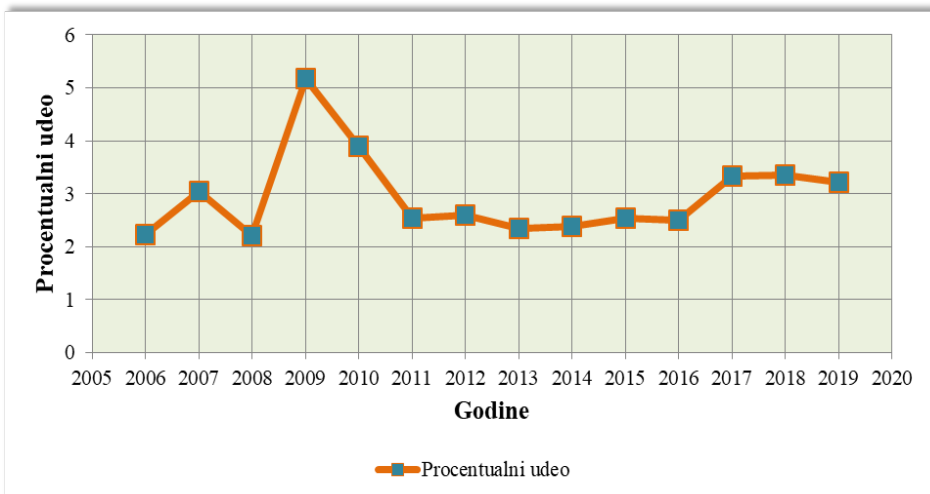
Година	Крив. дела против служб. дужности	Примање мита	%
2006.	4.343	97	2,23
2007.	4.244	129	3,04
2008.	4.140	91	2,20
2009.	2.553	132	5,17
2010.	3.209	125	3,90
2011.	3.798	96	2,53
2012.	3.516	91	2,59
2013.	2.602	61	2,34
2014.	2.437	58	2,38
2015.	2.642	67	2,54
2016.	2.764	69	2,50
2017.	2.612	87	3,33
2018.	1.815	61	3,36
2019.	1.429	46	3,22

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Следи анализа учесталости извршења кривичних дела корупције - примања мита и давања мита у Републици Србији. Наиме, када се ради о кривичном делу примања мита у посматраном периоду, може се рећи да ово дело бележи константан тренд опадања. Тако је примање мита било најчешће пријављивано кривично дело корупције управо у првим посматраним годинама и то 2007. године - 129 дела, односно 2009. године када је забележен максималан број од 132 кривична дела ове врсте. Најмање пријављених кривичних дела ове врсте је забележено управо последњих посматраних година и то у току 2018. године - 61

кривично дело (што чини свега 0,07 % од броја укупно извршених кривичних дела) и у току 2019. године када је извршено 46 кривичних дела примања мита, што чини 0,05 % од укупног криминалитета. Но, када се посматра процентуално учешће кривичног дела примања мита у службеничком криминалитету у Републици Србији највећи је удео забележен управо у току 2010. године са 0,17 %, односно у току 2007. и 2009. године са 0,13 %. Слична је ситуација и када се анализирају подаци о кривичном делу давања мита, које је у корелацији са другим основним кривичним делом корупције – примањем мита. Ради се о ретко извршаваном кривичном делу, чак знатно ређем од претходног дела примања мита.



Тако је максималан број пријављених кривичних дела давања мита забележен у току 2007. године са 109 извршених кривичних дела, односно у току 2008. године са 102 извршена кривична дела ове врсте. Најмање је давања мита пријављено у току 2014. године са извршених „само” 27 кривичних дела. То је 0,11 % од укупно извршених кривичних дела у Републици Србији. Најмањи удео кривичних дела давања мита је регистрован у току 2014. године – 0,03 % од укупног криминалитета. И када се посматра удео кривичних дела давања мита у броју извршених кривичних дела против службене дужности уочава се да ова дела учествују са минималних 0,99 % у току 2006. године до максималних 3,71 % (2019.), односно 3,80 % (2015.).

Табела 6. Учешће кривичних дела давања мита у укупном броју извршених кривичних дела у Србији у периоду 2006-2019. године

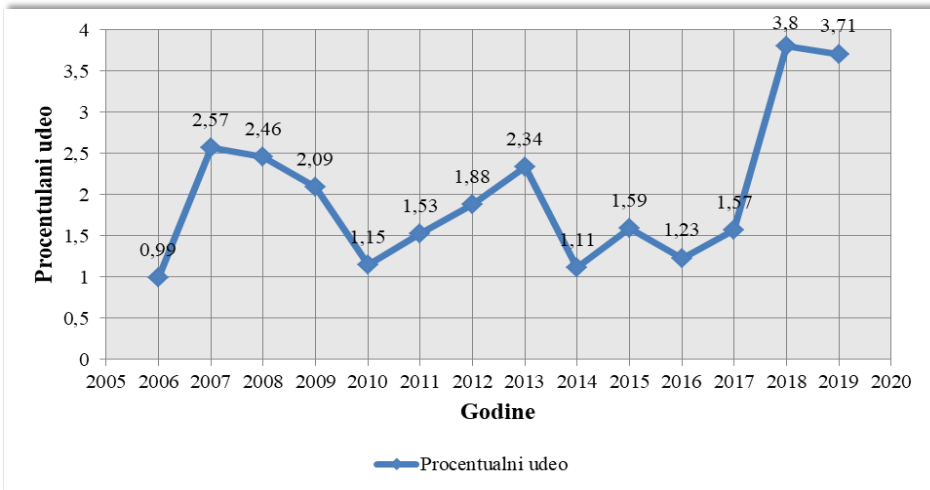
Година	Укупно крив. дела	Давање мита	%
2006.	105.701	43	0,04
2007.	98.702	109	0,11
2008.	101.723	102	0,10
2009.	100.026	85	0,08
2010.	74.279	37	0,05
2011.	88.207	58	0,07
2012.	92.879	66	0,07
2013.	91.411	61	0,07
2014.	92.600	27	0,03
2015.	108.759	42	0,04
2016.	96.237	34	0,04
2017.	90.348	41	0,05
2018.	92.874	69	0,07
2019.	92.797	53	0,06

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд

Табела 7. Учешће кривичног дела давање мита у кривичним делима против службене дужности у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Крив. дела против служб. дужности	Давање мита	%
2006.	4.343	43	0,99
2007.	4.244	109	2,57
2008.	4.140	102	2,46
2009.	4.073	85	2,09
2010.	3.209	37	1,15
2011.	3.798	58	1,53
2012.	3.516	66	1,88
2013.	2.602	61	2,34
2014.	2.437	27	1,11
2015.	2.642	42	1,59
2016.	2.764	34	1,23
2017.	2.612	41	1,57
2018.	1.815	69	3,80
2019.	1.429	53	3,71

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд

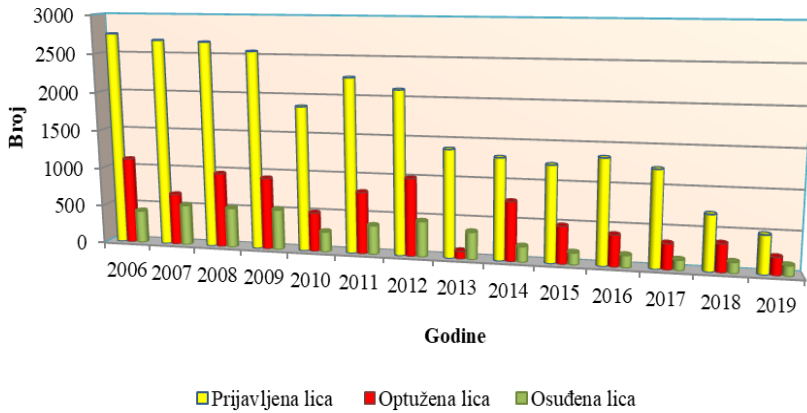


Следеће значајно питање у статистичкој анализи места и учешћа кривичних дела корупције у Републици Србије се односи на процену ефикасности кривичних поступака који се воде према њиховим учиниоцима. Тако ћемо анализирати однос између броја пријављених, оптужених и осуђених лица за ова кривична дела. Тек број осуђених лица за ова кривична дела указује на ефикасност средства кривично-правне репресије у сузбијању кривичних дела корупције.

Табела 8. Однос пријављених, оптужених и осуђених лица за кривично дело злоупотребе службеног положаја у периоду 2006-2019. године

Година	Пријављена лица	Оптужена лица	Осуђена лица
2006.	2.750	1.116	424
2007.	2.675	667	524
2008.	2.661	966	514
2009.	2.553	929	523
2010.	1.868	503	263
2011.	2.247	800	375
2012.	2.110	1.002	460
2013.	1.388	1.010	354
2014.	1.306	763	201
2015.	1.238	483	156
2016.	1.349	404	158
2017.	1.234	330	134
2018.	712	361	142
2019.	492	228	135

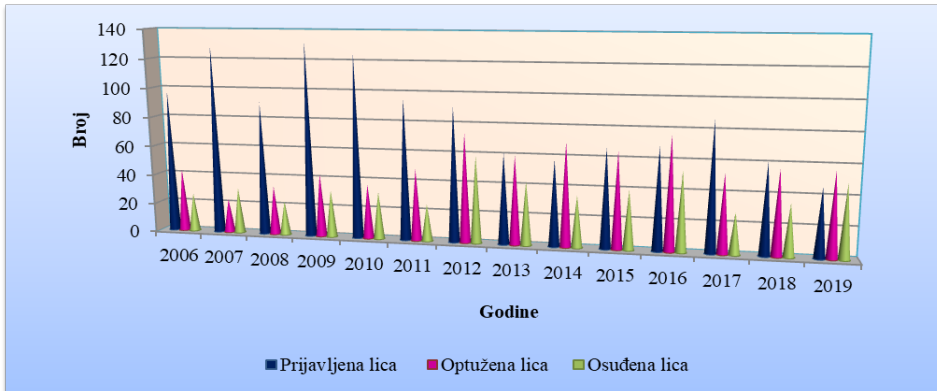
Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Табела 9. Однос пријављених, оптужених и осуђених лица за кривично дело примање мита у периоду 2006-2019. године

Година	Пријављена лица	Оптужена лица	Осуђена лица
2006.	97	43	26
2007.	129	23	31
2008.	91	33	23
2009.	132	43	32
2010.	125	37	32
2011.	96	49	25
2012.	91	74	59
2013.	61	60	43
2014.	58	70	35
2015.	67	65	40
2016.	69	77	54
2017.	87	53	28
2018.	61	57	35
2019.	46	57	49

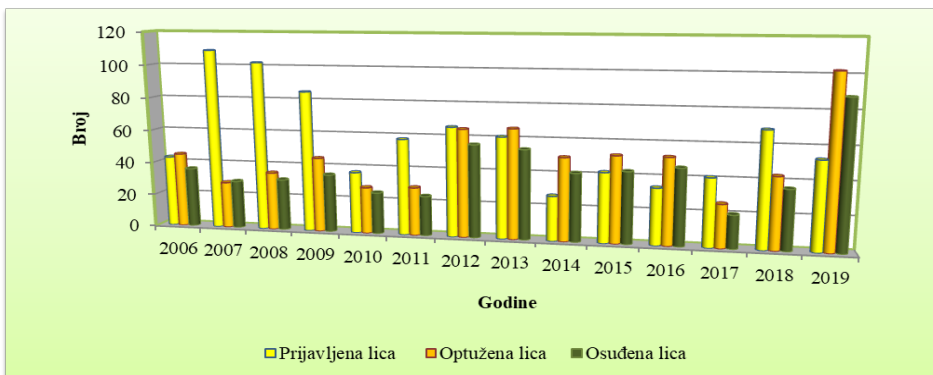
Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Табела 10. Однос пријављених, оптужених и осуђених лица за кривично дело давања мита у периоду 2006-2019. године

Година	Пријављена лица	Оптужена лица	Осуђена лица
2006.	43	45	36
2007.	109	28	29
2008.	102	35	31
2009.	85	45	35
2010.	37	28	25
2011.	58	29	24
2012.	66	65	56
2013.	61	66	54
2014.	27	50	41
2015.	42	52	43
2016.	34	52	46
2017.	41	26	20
2018.	69	43	36
2019.	53	102	88

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Из табела у прилогу (бр. 8, 9 и 10) можемо извести следеће закључке о ефикасности законом прописаних мера, средстава и поступака које кривично право обезбеђује у сузбијању кривичних дела корупције. Код кривичног дела злоупотребе службеног положаја је оптужено око четвртина пријављених лица. Тај се број кретао од 25 % (2007.) до 27 % (2010.), дакле, свако четврто пријављено лице. Број осуђених лица за кривично дело злоупотребе положаја је знатно мањи у односу на број пријављених лица. Он се кретао од 15,42 % (једна шестина) у току 2006. године или од 16,69 % у току 2011. године до максималних 27,44 % од броја пријављених лица у току 2019. године. Код кривичног дела примања мита је проценат оптужених, односно осуђених лица у односу на пријављена лица нешто већи. Тако је за ово кривично дело оптужено 44,33 % пријављених лица у току 2006. године до минималних 24,24% у току 2009. године.

С друге стране, број осуђених лица у односу на број пријављених лица за кривично дело примања мита се кретао од 26,80 % (2006.) до 32,18 % (2017.). Код кривичног дела давања мита се број осуђених лица у односу на пријављена лица кретао од 26,60 % (2007.) када је значи сваки четврти пријављени заиста и осуђен за ово кривично дело. За ово кривично дело је такође осуђено чак 41,38 % пријављених лица (2011.), па се тај број кретао чак и до 51,17 % (2018.).

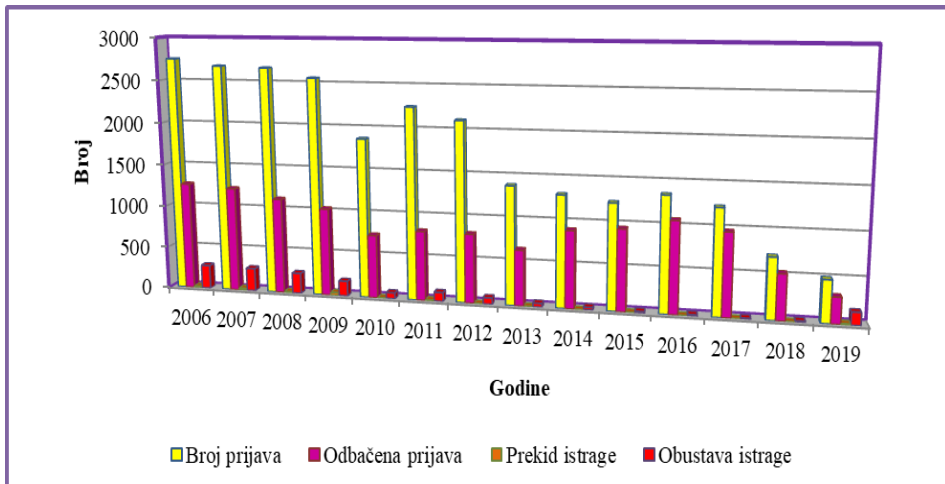
3. Политика гоњења за кривична дела корупције

За ефикасну борбу против криминалитета уопште друштву стоје на располагању различита средства, мере и поступци, а у првом реду систем кривичних санкција и овлашћења јавног тужилаштва у кривичном гоњењу учинилаца кривичних дела. Таква је ситуација и са сузбијањем кривичних дела корупције. У наставку рада указаћемо на карактеристике политике кривичног прогона (гоњења) учинилаца кривичних дела корупције од стране јавног тужилаштва. Ова се политика у великој мери одражава на судбину кривичних пријава против учинилаца кривичних дела корупције. На овом месту ћемо анализирати податке везане за: а) одбацивање кривичне пријаве, б) прекид истраге, в) обуставу истраге и г) поднети оптужни акт.

Табела 11. Начин решавања пријављених кривичних дела злоупотреба службеног положаја у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Број пријава	Одбачена пријава	Прекид истраге	Обустава истраге	Оптужење
2006.	2.750	1.265	16	277	1.116
2007.	2.675	1.229	20	270	667
2008.	2.661	1,124	12	241	966
2009.	2.553	1.031	33	177	929
2010.	1.868	742	3	69	503
2011.	2.247	817	11	105	800
2012.	2.110	810	1	75	1.002
2013.	1.388	653	2	44	1.010
2014.	1.306	906	0	31	763
2015.	1.238	950	1	17	483
2016.	1.349	1.071	0	15	404
2017.	1.234	968	0	10	330
2018.	712	532	0	15	361
2019.	492	305	13	149	238

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



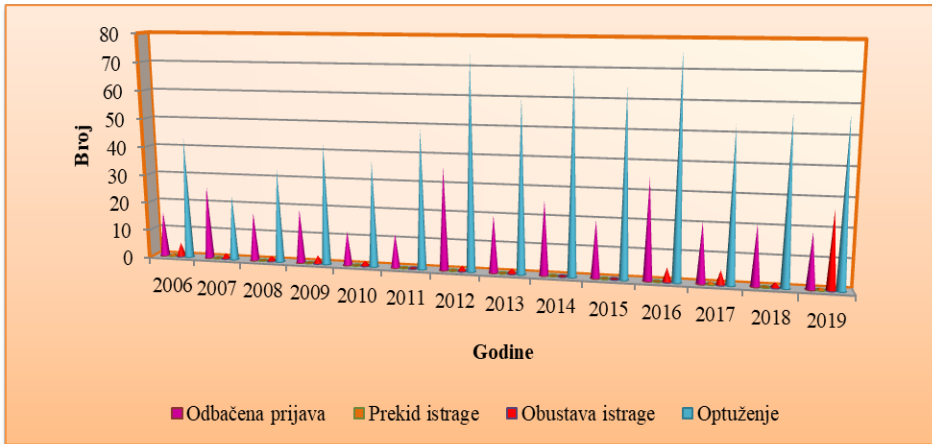
Поступајући у предметима за кривично дело злоупотреба службеног положаја јавно тужилаштво је предистражни поступак окончавао путем одбацивања кривичне пријаве (члан 284. Законика о кривичном поступку¹⁹ - ЗКП) на изузетно високом нивоу. Тај се проценат кретао од 62 % (2019.) када је 2/3 поднетих кривичних одбачено из законом прописаних разлога, преко 75 % (2018.) када је 3/4 поднетих кривичних пријава за ово дело одбачено до 78 % (2017.) или 79 % (2016.). У истом периоду број прекинутих истрага (члан 307. ЗКП) је био готово занемарљив, с тим што у току 2014., 2016., 2017. и 2018. године ниједном предистражни поступак није окончан прекидом истраге, док је 2012. и 2015. године забележен по један прекид истраге. Предистражни поступак је за кривично дело злоупотребе службеног положаја окончаван и обуставом истраге из законом прописаних разлога (члан 308. ЗКП). Процент обустављених истрага за ово кривично дело се кретао од минималних 0,8 % (2017.) до 10 % (2006.) или 30 % (2019.).

Табела 12. Начин решавања пријављених кривичних дела примање мита у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Број пријава	Одбачена пријава	Прекид истраге	Обустава истраге	Оптужење
2006.	97	16	1	5	43
2007.	129	26	0	2	23
2008.	91	17	0	2	33
2009.	132	19	0	3	43
2010.	125	12	0	2	37
2011.	96	12	0	0	49
2012.	91	36	0	2	74
2013.	61	20	0	2	60
2014.	58	26	0	0	70
2015.	67	20	0	0	65
2016.	69	35	0	5	77
2017.	87	21	1	5	53
2018.	61	21	0	2	57
2019.	460	19	1	27	57

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд

¹⁹ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 и 62/2021.



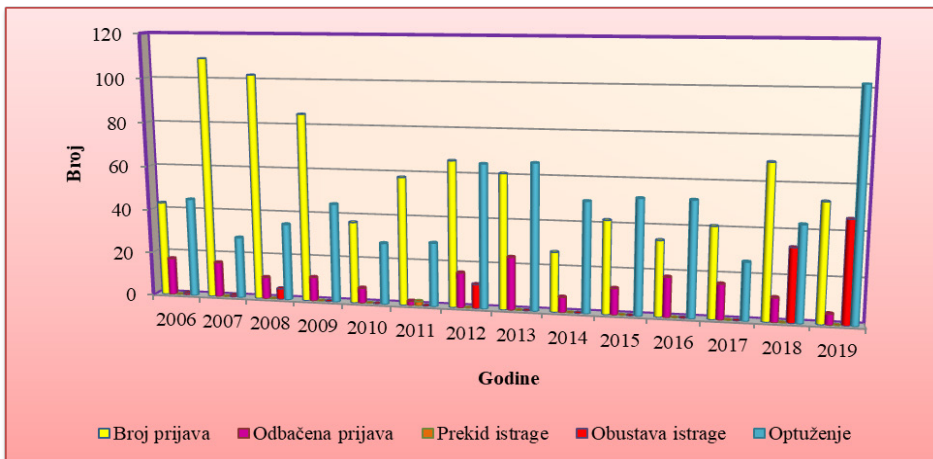
Када се анализирају подаци о начину окончања преткривичног поступка за кривично дело примања мита (табела бр. 12), може се закључити следеће: а) готово је без окончаних поступака путем примене института прекида истраге, осим што је евидентиран по један прекид истраге у току 2006., 2017. и 2019. године, б) путем обуставе истраге предистражни поступак за кривично дело примања мита није окончан ниједном у току 2011., 2014. и 2015. године, док су по две обуставе истраге евидентирани у току 2007., 2008., 2010., 2012., 2013. и 2018. године. Но, 2019. године је забележено чак 27 обустава истраге за ово основно корупцијско кривично дело (или 5,9 % случајева од укупно пријављених кривичних дела ове врсте) и в) број одбачених кривичних пријава за ово кривично дело се кретао од 4,1 % (2019.), преко 9,6 % (2010.), 9,8 % (2009.) до 24 % (2017.) – када је овај начин окончања предистражног поступка чинио $\frac{1}{4}$ пријављених кривичних дела) или 34 % - $\frac{1}{3}$ пријављених кривичних дела (2018.).

Табела 13. Начин решавања пријављених кривичних дела давање мита у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Број пријава	Одбачена пријава	Прекид истраге	Обустава истраге	Оптужење
2006.	43	17	0	1	45
2007.	109	16	0	1	28
2008.	102	10	0	5	35
2009.	85	11	0	0	45

2010.	37	7	0	0	28
2011.	58	2	2	0	29
2012.	66	16	0	11	65
2013.	61	24	0	0	66
2014.	27	7	0	0	50
2015.	42	12	0	0	52
2016.	34	18	0	0	52
2017.	41	16	0	0	26
2018.	69	11	0	33	43
2019.	53	5	0	46	102

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



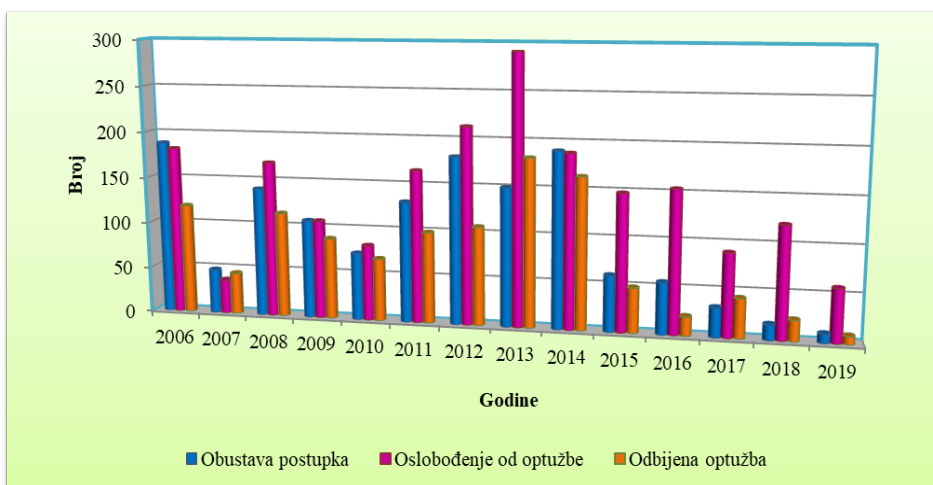
За давање мита као друго основно корупцијско кривично дело предистражни поступак је окончаван на различите начине. Из расположивих статистичких података из претходне табеле закључујемо следеће: а) прекид истраге за ово кривично дело није забележен ни у једном случају осим у току 2011. године када је два пута на овај начин окончан предистражни поступак, б) обустава истраге из законом прописаних разлога није забележена ниједном у току 2009., 2010., 2011., 2013., 2014., 2015. и 2016. године. Но, за давање мита прекидном

истраге је окончан предистражни поступак у 47,8 % случајева у току 2018. године, па чак у 86,8 % случајева у току 2019. године, дакле, у две последње анализирани године и в) одбачај кривичне пријаве за ово кривично дело се кретао у различитом обимју од 3,5 % (2011.), 9,4 % (2019.), преко 25,9 % (2014.), 39,3 % (2013.) до чак 52,9 % (2016.) када је више од половине поднетих кривичних пријава одбачено из законом прописаних разлога.

Табела 14. Начин окончања оптужбе за кривична дела злоупотребе службеног положаја у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Број пријава	Обустава поступка	Ослобођење од оптужбе	Одбијена оптужба
2006.	2.750	188	182	119
2007.	2.675	48	37	45
2008.	2.661	140	169	114
2009.	2.553	107	107	88
2010.	1.868	73	82	68
2011.	2.247	131	165	99
2012.	2.110	181	213	107
2013.	1.388	150	291	182
2014.	1.306	190	188	164
2015.	1.238	61	148	49
2016.	1.349	56	154	21
2017.	1.234	32	90	43
2018.	712	17	121	23
2019.	492	10	58	9

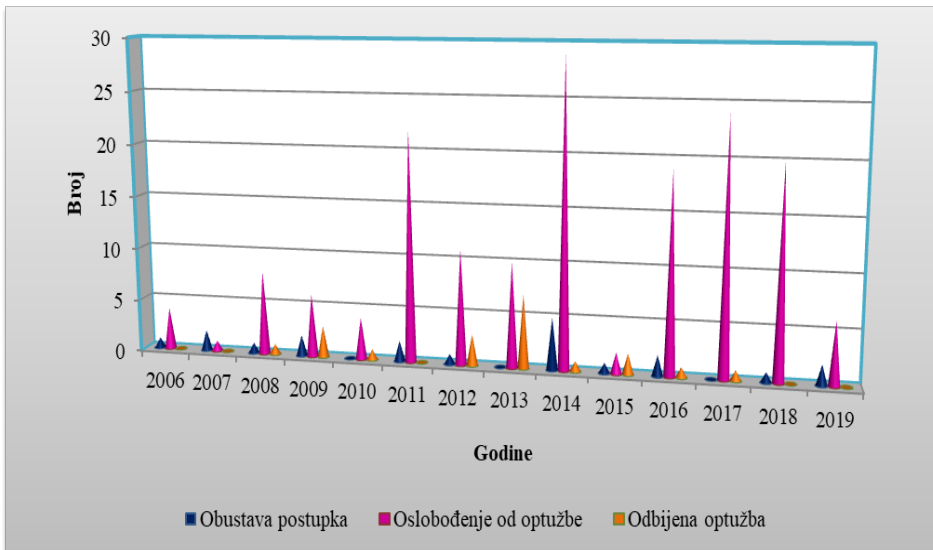
Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Табела 15. Начин окончања оптужбе за кривична дела примања мита у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Број пријава	Обустава поступка	Ослобођење од оптужбе	Одбијена оптужба
2006.	97	1	4	0
2007.	129	2	1	0
2008.	91	1	8	1
2009.	132	2	6	3
2010.	125	0	4	1
2011.	96	2	22	0
2012.	91	1	11	3
2013.	61	0	10	7
2014.	58	5	29	1
2015.	67	1	2	2
2016.	69	2	19	1
2017.	87	0	24	1
2018.	61	1	20	0
2019.	46	2	6	0

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Табела 16. Начин окончања оптужбе за кривична дела давања мита у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Број пријава	Обустава поступка	Ослобођење од оптужбе	Одбијена оптужба
2006.	43	1	2	2
2007.	109	1	0	3
2008.	102	0	3	1
2009.	85	1	8	1
2010.	37	0	1	2
2011.	58	1	4	0
2012.	66	1	4	4
2013.	61	2	9	1
2014.	27	2	5	2
2015.	42	3	2	2
2016.	34	0	5	0
2017.	41	0	1	1
2018.	69	1	3	3
2019.	53	3	7	3

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд

Различити су начини окончања истраге за анализирана кривична дела против службене дужности у периоду 2006-2019. године: а) злоупотреба службеног положаја, б) примање мита и в) давање мита. Осим поднетог оптужног акта надлежном суду после чега је настављен главни кривични поступак, истрага је за посматрана кривична дела, са аспекта ефикасности политике кривичног гоњења, окончавана одлуком судском већа у поступку испитивања оптужнице и на следеће начине: а) обустава поступка (члан 338. ЗКП, б) ослобођење од оптужбе (члан ЗКП) и в) одбијена оптужба (члан 339. ЗКП). Из претходних табела можемо да закључимо да је у поступку за кривично дело злоупотребе службеног положаја: а) ослобођење од оптужбе забележено у различитом степену од 4,19 % (2009.) или 6,62 % (2006.) до 11,79 % (2019.) или чак 14,40 % (2014.), б) оптужба је одбијена у нешто мањем обиму који се кретао од 0,43 % (2006.) или 3,23 % (2018.) до 5,07 % (2012.) или чак 12,56 % (2014.) и в) обустава поступка се кретала од минималних десет случајева (2019.), 17 случајева (2018.) или 32 случаја (2017.) до максималних 188 предмета (2006.) или чак 190 предмета (2014.).

Када се ради о кривичном делу примања мита обустава поступка се ретко јављала у посматраном периоду. Тако ниједном на овај начин

није обустављен поступак у току 2010., 2013. и 2017. године, док је само у једном случају донета оваква одлука у току 2006., 2008., 2012., 2015. и 2018. године, с тим што је код највише пет предмета на овај начин окончан поступак у току 2014. године. Одлука о ослобођењу од оптужбе за ово кривично дело је доношена такође у малом броју случајева од једног предмета (2007.), два предмета (2015.) до максималног броја од 29 предмета (2014.) или 24 предмета (2017.). Коначно, за ово кривично дело корупције је одбијена оптужба у изузетно ретким случајевима. Тако ниједном није одбијена оптужба у току 2006., 2007., 2011., 2018. и 2019. године. По једном је на овај начин окончан кривични поступак у току 2008., 2010., 2014., 2016. и 2017. године, са максималних пет случајева у току 2013. године.

Последње кривично дело корупције (давање мита) у погледу начина окончања истраге према статистичким подацима даје основу за следеће закључке: а) обустава поступка је забележена изузетно ретко за ово кривично дело. Тако ниједном на овај начин није обустављен поступак у току 2008., 2010., 2016. и 2017. године. Само у једном случају ова врста судске одлуке доношена у току 2006., 2007., 2009., 2011., 2012. и 2018. године. У два предмета је обустављен поступак у току 2013. и 2014. године, док је највећи број ових случајева забележен управо 2015. године – када су евидентирана три случаја, б) ослобођење од оптужбе за ово кривично дело није евидентирано ниједном у току 2007. и 2017. године, а у два случаја у току 2006. и 2015. године. Највећи број ослобођења од оптужбе и то у осам случајева је забележен 2009. године или у девет случајева у току 2013. године и в) оптужба за наведено кривично дело корупције је одбијена ниједном (2011. и 2016.), једном (2008., 2009., 2013. и 2017.), два пута (2006., 2010., 2014. и 2015.), три пута (2007., 2018. и 2019.) или чак четири пута (2012.).

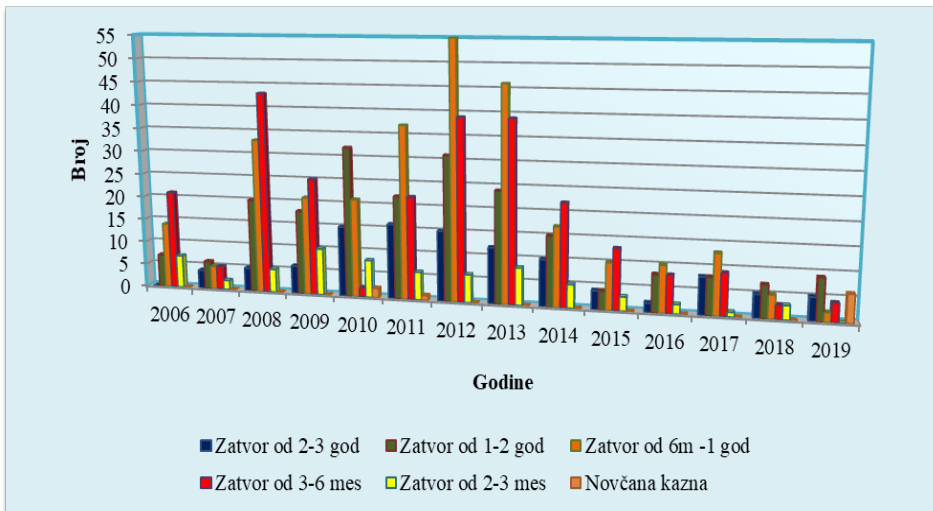
4. Казнена политика судова за кривична дела корупције

Коначно, предмет нашег излагања, као што је логично, представља анализа ефикасности кривичног поступка са аспекта врсте и мере изречених казни и других кривичних санкција учиниоцима кривичних дела корупције. Ту је, заправо, испољена конкретна индивидуализација законом прописаних казни где се огледа и строгост (односно „благост“) казнене политике судова, што указује на степен владавине права и достигнути ниво правне државе.

Табела 17. Изречене кривичне санкције за кривично дело злоупотребе службеног положаја у Србији у периоду 2006-2019. године

Год.	Затвор од 2-3 год	Затвор од 1-2 год	Затвор од 6м -1 год	Затвор од 3-6 мес	Затвор од 2-3 мес	Новчана казна	Условна осуда
2006.	0	7	14	21	7	0	455
2007.	4	6	5	5	2	0	440
2008.	5	20	33	43	5	0	396
2009.	6	18	21	25	10	0	424
2010.	15	32	21	2	8	2	151
2011.	16	22	37	22	6	1	257
2012.	15	31	55	39	6	0	297
2013.	12	24	46	39	8	0	215
2014.	10	15	17	22	5	0	128
2015.	4	4	10	13	3	0	108
2016.	2	8	10	8	2	0	106
2017.	8	8	13	9	1	0	399
2018.	5	7	5	3	3	0	102
2019.	5	9	2	4	0	6	70

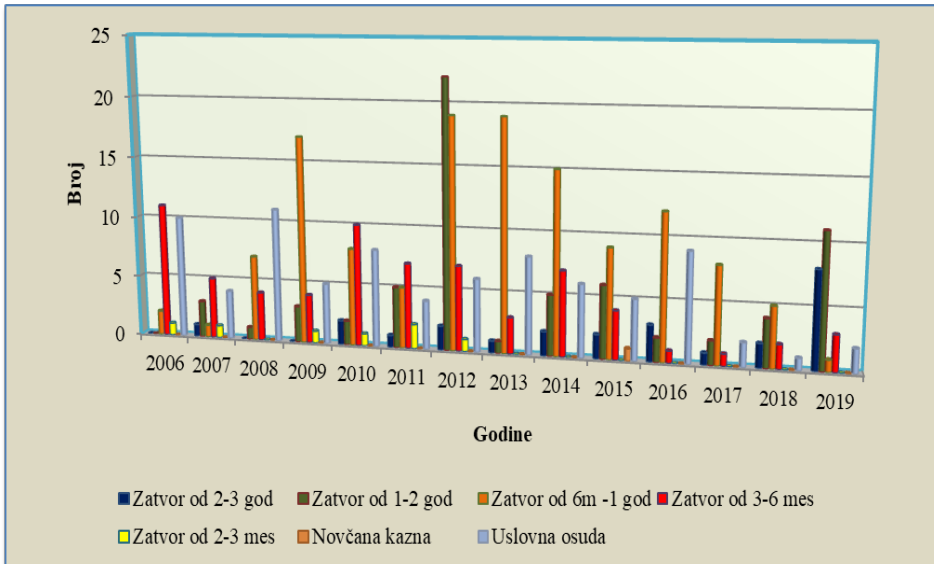
Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Табела 18. Изречене кривичне санкције за кривично дело примања мита у Србији у периоду 2006-2019. године

Год.	Затвор од 2-3 год	Затвор од 1-2 год	Затвор од 6м -1 год	Затвор од 3-6 мес	Затвор од 2-3 мес	Новчана казна	Условна осуда
2006.	0	0	2	11	1	0	10
2007.	1	3	1	5	1	0	4
2008.	0	1	7	4	0	0	11
2009.	0	3	17	4	1	0	5
2010.	2	2	8	10	1	0	8
2011.	1	5	5	7	2	0	4
2012.	2	22	19	7	1	0	6
2013.	1	1	19	3	0	0	8
2014.	2	5	15	7	0	0	6
2015.	2	6	9	4	0	1	5
2016.	3	2	12	1	0	0	9
2017.	1	2	8	1	0	0	2
2018.	2	4	5	2	0	0	1
2019.	8	11	1	3	0	0	2

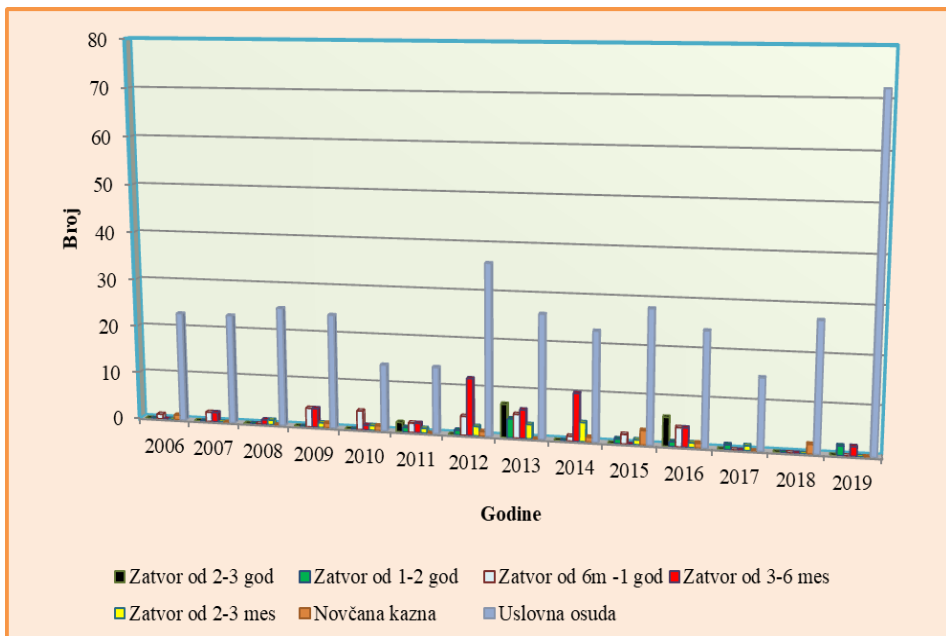
Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



Табела 19. Изречене кривичне санкције за кривично дело давања мита у Србији у периоду 2006-2019. године

Година	Затвор од 2-3 год	Затвор од 1-2 год	Затвор од 6м -1 год	Затвор од 3-6 мес	Затвор од 2-3 мес	Новчана казна	Условна осуда
2006.	0	0	1	0	0	1	23
2007.	0	0	2	2	0	0	23
2008.	0	0	0	1	1	0	25
2009.	0	0	4	4	1	1	24
2010.	0	0	4	1	1	1	14
2011.	2	1	2	2	1	0	14
2012.	0	1	4	12	2	1	36
2013.	7	4	5	6	3	0	26
2014.	0	0	1	10	4	1	23
2015.	0	1	2	0	1	3	28
2016.	6	1	4	4	1	1	24
2017.	0	1	0	0	1	0	15
2018.	0	0	0	0	0	2	27
2019.	0	2	0	2	0	0	72

Извор Билтен Републичког завода за статистику 2009-2020, Београд



За анализирана кривична дела корупције најчешће је изрицана условна осуда као мера упозорења, иако су за њих прописане једино казне

затвора. Тако је за кривично дело злоупотребе службеног положаја условна осуда изрицана у максималном броју од 455 случајева (2006.), 440 случајева (2007.) или 424 случаја (2009.) док је најмање ове врсте кривичних санкција изречено у току 2019. године – према 70 оптужених лица или у 108 случајева у току 2015. године. Условна осуда је за кривично дело примања мита изречена у највећем броју случајева и то једанаест пута (2008.), десет пута (2006.), девет пута (2016.) или осам пута (2013.). Најређе је ова санкција изречена и то само једном (2018.), односно два пута (2019.). Условна осуда је и за кривично дело давања мита изрицана максимално у чак 72 случаја у току 2019. године. Најчешће је ова санкција изрицана од 23 до 28 пута у току 2006., 2007., 2008., 2009., 2013., 2014., 2015., 2016. и 2018. године.

Новчана казна није изричито прописана за кривична дела корупције. Но, она се може изрећи и њиховим учиниоцима ако је дело учињено из користољубља. И поред тога ова је казна ретко изрицана учиниоцима кривичног дела злоупотребе службеног положаја. Статистички подаци показују да је она изрицана само једном (2011.), два пута (2010.) или шест пута (2019.). У осталим годинама ова казна није изрицана за дело злоупотребе службеног положаја. Ова је казна само једном изречена за дело примање мита (2015.). С друге стране, за дело давање мита новчана казна је изречена једном (2006., 2009., 2010., 2012., 2014. и 2016.), односно три пута (2015.).

Коначно, иако је казна затвора прописана за сва службена кривична дела, она је код кривичног дела злоупотребе службеног положаја најчешће изрицана у трајању од шест месеци до једне године, потом казна затвора у трајању од једне до две године, односно казна затвора у трајању од три до шест месеци. Истоветна је ситуација забележена и код кривичног дела примања мита. Но, код кривичног дела давања мита најчешће је од затворских казни изрицане казне затвора у распону од три до шест месеци, потом у трајању од шест месеци до једне године, па тек на крају казна затвора у трајању од једне до две године.

5. Закључак

У систему ефикасне заштите службене дужности и јавних овлашћења (као стубова правне државе) посебан значај имају кривична дела корупције предвиђена у Кривичном законнику. То су: а) примање мита, б) давање мита и в) злоупотреба службеног положаја, као основно службено кривично дело за која су прописане строге казне затвора. У судској и статистичкој пракси у Републици Србији се ова кривична дела јављају

са промењивом динамиком или тенденцијама, облицима/видовима испољавања, али и са различитим начинима за окончање кривичног поступка према њиховим учиниоцима, чак и без изречене казне или друге кривичне санкције.

Последњих деценија се у структури општег класичног криминалитета уочава тенденција опадања броја пријављених кривичних дела. Тако је службени криминалитет (кривична дела против службене дужности) од максималних 4.343 дела (2006.) или 4.244 дела (2007.) смањен на 1.429 дела (2019.), што представља 1,54 % у структури криминалитета. Највећи удео службених кривичних дела је забележен у току 2007. године са 4,30 %.

Слична тенденција се уочава и код појединих кривичних дела корупције у систему службеничког криминалитета. Тако кривично дело злоупотребе службене дужности учествује у укупном криминалитету од 2,60 % (2006.) до свега 0,77 % (2018.) или 0,53 % (2019.). Највећи број ових кривичних дела је забележен првих посматраних година (2.750 дела – 2006.) од када бележи константан пад до 492 дела (2019.). Оно ипак представља најчешће службено кривично дело јер заузима 2/3 или 64,28 % (2008.) од свих службених кривичних дела. Кривично дело примања мита такође бележи константан тренд опадања. Ово дело је најчешће пријављивано кривично дело корупције 2007. године – 129 дела, односно 2009. године - 132 дела да би 2018. године забележено свега 61 кривично дело (0,07 % од броја укупно извршених кривичних дела). Процентуално учешће дела примања мита у службеничком криминалитету се креће од максималних 0,17 % (2010.) до 0,13 % (2007. и 2009.). Слична је ситуација и код кривичног дела давања мита. То је ретко извршавано кривично дело чији се број кретао од 109 дела (2007.) или 102 дела (2008.) до 27 дела (2014.) – што чини 0,11 % од укупно извршених кривичних дела у Србији.

У погледу ефикасности кривичног прогона код кривичног дела злоупотребе службеног положаја је оптужена четвртина пријављених лица, па се тај број кретао од 25 % (2007.) до 27 % (2010.) - свако четврто пријављено лице, при чему је знатно мањи број осуђених лица који се кретао од 15,42 % или једна шестина (2006.) до максималних 27,44 % (2019.). Код кривичног дела примања мита проценат оптужених, односно осуђених лица у односу на пријављена лица је нешто већи, па је оптужено 44,33 % (2006.) до минималних 24,24 % (2009.). Број осуђених лица у односу на број пријављених лица за ово кривично дело се кретао од 26,80 % (2006.) до 32,18 % (2017.). Слично код кривичног дела давања мита се број осуђених лица у односу на пријављена лица кретао

од 26,60 % (2007.), па је за ово дело осуђено 41,38 % пријављених лица (2011.), односно 51,17 % (2018.).

Коначно, из спроведеног истраживања уочава се да је за кривична дела против службене дужности најчешће изрицана условна осуда, иако су за њих прописане искључиво казне затвора. Тако је за кривично дело злоупотребе службеног положаја условна осуда изрицана 455 пута (2006.) или 440 пута (2007.) до минималних 70 пута (2019.). Ова мера упозорења је за дело примања мита изрицана знатно ређе – 11 пута (2008.), десет пута (2006.), односно само једном (2018.), односно два пута (2019.). Условна осуда је и за кривично дело давања мита изрицана максимално 72 пута (2019.), односно годишње од 23 до 28 пута у току 2006., 2007., 2008., 2009., 2013., 2014., 2015., 2016. и 2018. године.

Новчана казна није изричито прописана у посебном делу Кривичног законика ни за једно од службених кривичних дела. Ипак је ова казна (истина ретко) изрицана за дело злоупотребе службеног положаја (једном - 2011., два пута - 2010. или шест пута - 2019.). Ова казна је такође ретко изречена учиниоцима кривичног дела примања мита – и то само једном (2015.), односно за кривично дело давања мита једном (2006., 2009., 2010., 2012., 2014. и 2016.) и у три случаја (2015.).

Иако је казна затвора прописана за сва службена кривична дела, она је код кривичног дела злоупотребе службеног положаја најчешће изрицана у трајању од шест месеци до једне године, потом казна затвора у трајању од једне до две године, односно казна затвора у трајању од три до шест месеци. Истоветна је ситуација забележена и код кривичног дела примања мита. Но, код кривичног дела давања мита најчешће је од затворских казни изрицане оне казне које су у распону од три до шест месеци, потом у трајању од шест месеци до једне године, па тек на крају казна затвора у трајању од једне до две године

Литература

Бабић, М., Марковић, И. (2007) *Кривично право, Посебни део*, Бања Лука: Правни факултет.

Делић, Н. (2021) *Кривично право, Посебни део*, Београд: Правни факултет.

Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ. (2020) *Кривично право*, Београд: Пројурис.

Ђорђевић, Ђ., Коларић, Д. (2020) *Кривично право, Посебни део*. Београд: -Криминалистичко полицијски универзитет.

Јовашевић, Д. (2017) *Кривично право, Посебни део*. Београд: Досије.

Лазаревић, Љ. (1993) *Кривично право, Посебни део*. Београд:Савремена администрација

Рајишић, В., Грозданић, В., Вејић, Р. (2007) *Коментар Казненог закона*. Загреб:Народне новине.

Петровић, В., Јовашевић, Д. (2005) *Кривично право 2, Посебни део*. Сарајево:Правни факултет.

Симић, И., Петровић, М. (2002) *Кривични закон Републике Србије, Практична примена*, Београд:Службени гласник.

Стојановић, З., Перић, О. (1996) *Коментар Кривичног закона Србије и Кривични закон Црне Горе са објашњењима*, Београд:Службени лист.

Стојановић, З., Перић, О. (2000) *Кривично право, Посебни део*, Београд:Службени гласник.

Стојановић, З., Делић, Н. (2013) *Кривично право, Посебни део*. Београд:Правни факултет.

Turković et al., (2013) *Коментар Казненог закона*, Загреб:Народне новине.

Чејовић, Б., Миладиновић, В. (1996) *Кривично право, Посебни део*, Ниш:СКЦ.

Правни акти

Кривични законик, Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 и 62/2021.

Статистички подаци

Билтен Републичког завода за статистику број 490, Београд, 2009.

Билтен Републичког завода за статистику број 502, Београд, 2009.

Билтен Републичког завода за статистику број 514, Београд, 2010.

Билтен Републичког завода за статистику број 529, Београд, 2010.

Билтен Републичког завода за статистику број 546, Београд, 2011.

Билтен Републичког завода за статистику број 558, Београд, 2012.

Билтен Републичког завода за статистику број 576, Београд, 2013.

Билтен Републичког завода за статистику број 588, Београд, 2014.

Билтен Републичког завода за статистику број 603, Београд, 2015.

Билтен Републичког завода за статистику број 617, Београд, 2016.

Билтен Републичког завода за статистику број 630, Београд, 2017.

Билтен Републичког завода за статистику број 643, Београд, 2018.

Билтен Републичког завода за статистику број 653, Београд, 2019.

Билтен Републичког завода за статистику број 665, Београд, 2020.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CRIMINAL POLICY OF COURTS ADJUDICATING CORRUPTION CRIMES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

On the basis of international standards, the criminal legislation in the Republic of Serbia envisages a number of criminal offences of corruption, whose perpetrators are punishable by penalties and other criminal sanctions. The envisaged corruption crimes are as follows: a) accepting bribes; b) giving bribes; and c) the abuse of official position, as a basic corruption crime committed in the capacity of a public official. After the introductory part presenting the general characteristics of these criminal offenses, the paper analyzes statistical data on the scope, dynamics and structure of corruption these offenses, the manner of terminating criminal proceedings against their perpetrators, and the imprisonment sentences and other sanctions imposed in the observed period (2006-2019) in the Republic of Serbia. This analysis provides valuable information on the court practice, including courts' interpretation and application of legal provisions to specific cases in adjudicating corruption offenses. Such information may guide the legislator in updating the current legal solutions.

Keywords: *corruption, bribery, public officials, criminal offence, penalties, statistics, courts' penal policy.*

СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКЕ КОНФРОНТАЦИЈЕ КАО НАЧИН ЗА ВЕЋУ ОБЈЕКТИВНОСТИ СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИХ ЕКСПЕРТИЗА²

Апстракт: Психијатријско вештачење је доказ у разним судским поступцима, те је неопходно је да се ова сложена активност обавља стручно ваљано, објективно и потпуно, како би будуће правне одлуке биле законите и објективне. Новине у процесном законодавству створиле су могућности да учесници у поступку могу ангажовати психијатре као стручна лица који би критички сагледавали налаз и мишљење вештака, постављали питања, износили примедбе и сами се изјашњавали о предмету вештачења. Ово се среће и у области кривичних и у области парничних поступака, па су судско-психијатријске конфронтације већ део правосудне праксе, који побољшава квалитет оцене доказа психијатријског карактера. У раду ће бити презентована теоријска и практична димензија ових питања, са циљем да се укаже на предности и мане постојећих решења, као помоћ правницима за будућу правну одлуку.

Кључне речи: психијатријско вештачење, судско-психијатријске конфронтације.

1. Увод

Психијатријско вештачење је чест доказ који се изводи у судским поступцима у различитим областима правосудне делатности, што ову активност сврстава у неку врсту граничне области између (неуро) психијатрије и права, односно чини судску психијатрију примењеном граном психијатрије у правосудној делатности.

¹ cira@prafak.ni.ac.rs

²Рад је резултат истраживања на пројекту од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-01/200120.

У кривичноправној области, а у складу са одредбама Законика о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП) психијатријска вештачења се најчешће обављају ради давања одговора на следећа питања: - утврђивање стања душевног здравља извршиоца кривичног дела и његових способности да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима (урачунљивост); - процена постојања опасности да ментално оболели извршилац кривичног дела понови неко теже кривично дело (предлог за изрицање мера безбедности медицинског карактера); - процена менталног стања извршиоца деликта и његове способности да прати ток поступка који се против њега води (процесна способност извршиоца кривичног дела); - утврђивање да ли је кривично дело извршено услед постојања болести зависности од алкохола или дрога код извршиоца; - процена психичких способности и стања душевног здравља сведока, односно процена психичких способности сведока да пренесе своја сазнања и опажања у вези предметом сведочења. Осим ових околности наведених у чл. 131 ЗКП,³ у кривичним поступцима вештачење може бити усмерено на утврђивање душевног стања и зрелости малолетних извршилаца кривичних дела или малолетних сведока и/или жртва кривичних дела, док се много ређе ово вештачење изводи у односу на оне околности које су везана за питања када се утврђује има ли елемената за одбацивање оптужнице⁴.

У грађанскоправног области судско-психијатријска вештачења заступљена су у разним области, од поступака за лишење пословне способности, преко способности за чињењење разних правних послова, посебно оне имовинске природе, па до сагледавања питања психијатријског квалитета у радноправним споровима или оних која су везана за психијатријске видове нематеријалне штете. Овome треба придодати и све чешћа вештачења у поступцима који се воде у складу са Породичним законом,⁵ нарочито у поступцима за развод брака и поверу деце. Нека од ових вештачења заснивају се на прегледу особа, учесника у поступку (заживотна вештачења), а нека се обављају након смрти лица чије се психичко стање и способности процењују после њихове смрти (постмортална вештачења).

³ Чл. 131 Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - одлука Уставног суда и 62/2021-одлука Уставног суда.

⁴ Чл. 416 тач.3 Законика о кривичном поступку, чл. 416 тачка 3, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука Уставног суда и 62/2021-одлука Уставног суда.

⁵ Породични закон РС, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011-др. закон, 6/2015.

2. Објективност судско-психијатријских експертиза

Квалитет судско-психијатријских вештачења је нужан предуслов да овај доказ има употребну вредност за будућу судску одлуку, а међу факторима који обезбеђују добар квалитет судско-психијатријских експертиза је и објективност.

Она пре свега подразумева способност судских вештака да у пуном обиму и у складу са правилима струке процењују оне медицинске околности психијатријског карактера које су од интереса за орган поступка, односно правнике.

Да би се то остварило потребно је да они који обављају ова вештачења имају широк опсег клиничког психијатријског знања и искуства и то у различитим гранама психијатрија и у односу на различите психијатријске ентитете. Наравно, ово нису једини атрибути који треба да „кресе“ судске вештаке (неуро) психијатре, па је у чл. 6 Закона од судским вештацима⁶ прописано да вештак може постати оно лице које кумулативно испуњава следеће услове: 1. Да има одговарајуће образовање за одређену област вештачења (у нашем случају да је специјалиста психијатар или неуропсихијатар), 2. Да има најмање пет година радног искуства у струци, 3. Да поседује стручно знање и практична искуства у одређеној области вештачења и 4. Да је достојан за обављање послова вештачења.

Закон у следећем члану⁷ додатно се прецизирају услови да би неко постао вештак формулацијом: „Стручно знање и практична искуства за одређену област вештачења кандидат за вештака доказује објављеним стручним или научним радовима, потврдом о учешћу на саветовањима у организацији стручних удружења, као и мишљењима или препорукама судова или других државних органа, стручних удружења, научних и других институција или правних лица у којима је кандидат за вештака радио, односно за које је обављао стручне послове“.

Вероватно је ово довољно за друге области вештачења, али се чини да то није потпуно довољно да би неко постао вештак из области психијатрије. Наиме, психијатрија је веома широка област, посебно у сфери праксе, па због тога велики број психијатара скоро никада у својој стручној каријери не дођу у прилику да се упознају са елементарним основама судско-психијатријске теорије, а посебно и праксе, а камо ли да обаве судско-психијатријско вештачење. Тако, на пример, има веома

⁶Чл.6 Закона о судским вештацима РС, *Службени гласник РС*, бр. 44/2010.

⁷Чл. 7 Закона о судским вештацима РС, *Службени гласник РС*, бр. 44/2010.

добрих психијатара и психотерапеута, који се током највећег дела свог стручног века баве неуротским поремећајима и психотерапијским процедурама и у тој области су готово експерти. Међутим, са становишта обављања судско-психијатријских вештачења, немају скоро никакво стручно искуство, па и непоходно знање. Због тога у области психијатрије није довољно да је неко само психијатар и да има искуство од пет година у било ком делу психијатрије, већ је потребно да током своје професионалне каријере имају солидан „стаж“ у области судских вештачења. Такође, неки психијатар је можда аутор већег броја радова из оних области психијатрије које немају додирне тачке са судском психијатријом, па ти радови нису довољна гаранција да докаже да је компетентан за обављање вештачења.

Да би се ове недовољности отклониле, потребно је одређеним изменама закона или да се неким подзаконским акатима пропишу неки додатни предуслови да би неко постао вештак за област психијатрије. Тако се може формирати одређена комисија од најеминентнијих судских психијатара, која ће бити стручно консултативно тело Министарства правде, у сврху што квалитетнијег и што објективнијег избора кандидата који су се пријавили за рад у овој области. Такође, може се прописати обавеза да кандидати за будуће вештаке из области психијатрије обаве одређени почетни стручни рад у области вештачења под супервизијом већ искусних вештака са дужим стажом у звању вештака или под супервизијом професора чија је ужа стручна област судска психијатрија. С обзиром да је нашим прописима о даљем стручном усавршавању специјалиста из психијатрије одређено и постојање уже специјализације из области Судске психијатрије. Ова перформанса кандидата треба да да предност у односу на остале који стреме ка именовању на листу судских вештака из области психијатрије.

У прилог ових околности говоре и нека одређења судско-психијатријског вештака. Тако Капамација,⁸ цитирајући Getza, пише да вештак психијатар треба да буде „високо клиничко-медицински образован, да мора поседовати и правна знања, да има високи степен емоционалне самоконтроле и висок квантум личног поштења“, упућујући на потребне квалитета вештака који ће допринети објективности у судско-психијатријским евалуацијама. Слично мишљење налазимо и код других аутора.⁹ Једно од најширих и најдетаљнијих одређења квалитета вештака представљена је у „Семинарима у практичној судског психија-

⁸ Борислав Капамација, *Форензичка психијатрија*, Нови Сад, 1989, стр. 32.

⁹ Ратко Ковачевић, *Форензичка психијатрија*, Бања Лука, 2000, стр. 13; Зоран Ђирић, *Судска психијатрија*, Ниш, 2013, стр. 16.

трији“,¹⁰ где се говори о следећим пожељним особинама вештака психијатра и то: - **добро клиничко знање и велико искуство** у односу на широк спектар менталних поремећаја, како са дијагностичког, тако и са терапијског становишта. Ово омогућава добре предуслове за постављање клиничке дијагнозе, што ће касније имати значај у форензичкој процени; - **толерантан однос према тешким пацијентима или испитаницима**, укључујући и способност да сузбије личне негативне ставове према испитаницама које може да има као грађанин; - **јасни ставови и држање, а посебно јасноћа мишљења и изражавања**. Ова особина вештака треба да обезбеди да учесници у поступку, посебно правници, не буду изложени бројним стручним психијатријским терминима, већ да им се вештачење презентује језиком који је разумљив свим учесницима поступка који немају психијатријско образовање; - **темељност у раду и пажња у процени различитих околности и детаља**. У том смислу вештак психијатар треба да инсистира да од органа поступка добије што више података, како би се на бројним и различитим изворима може засновати форензичко-психијатријско мишљење. И остала пожељна својства, као што су **добра организованост и енергичност у судско-психијатријском раду, способност за прилагођавање тимском раду, коректан степен колегијалности према вештацима који имају другачије форензичко мишљење, спремност да се одупре разним притисцима и високо поштење и етичност и др.** су она која пружају значајне гаранције да судско-психијатријска евалуација буде квалитетна, потпуна и објективна.

С обзиром да је објективност форензичко-психијатријских експертиза и једна од основних тема рада, инсистирање на оваквим квалитетима вештака психијатара је неопходно да би се њима створиле претпоставке за што већу објективности судско-психијатријских процена. У том смислу и треба наћи начине и правне претпоставке да се наведени предлози институционалне природе имплементирају у постојеће прописе и стандарде, како би обезбедили и основе за пуну објективност мишљења вештака психијатара.

3. Судско-психијатријске конфронтације у судским поступцима

У неким ранијим периодима мишљење вештака психијатра је, малтене, било неприкосновено у садржајном смислу, јер су тада само правници могли исто да оспоравају или проверавају, односно то је био скоро једини начин да се изврши контрола квалитета и објективно-

¹⁰ Derek Chiswick, Rosemarie Cope, *Seminars in practical Forensic Psychiatry*, London, 2001, pp. 7-8.

сти мишљења вештака. У неким ређим ситуацијама, када је сумња у објективност налаза била веома извесна, те су тада одређивана нова вештачења и то је доводило до неке врсте „контролног“ вештачења, када је и могло да дође до конфронтације мишљења вештака психијатара. У тим ситуацијама је могло доћи до околности да има два или више судско-психијатријских мишљења, када су сами психијатри „укрштали копља“ својих стручних ставова, како у покушајима усаглашавања њихових различитих мишљења, било при одређивању неког новог, углавном трећег психијатријског вештачења. Мимо овога, правници, од судија, тужилаца и адвоката, али и некада странака у поступку, нису имали довољно стручних знања да би испитивали вештаке на потпун и адекватан начин и није било могуће да се стручно лице психијатар појави као неко ко има права да испитује вештака психијатра.

Новим одредбама процесног законодавства код нас, последњих десетак година, створене се правне претпоставке да се у судске поступке директно укључе други стручњаци из области психијатрије како би проверили објективност налаза и мишљења вештака.

3.1. Судско-психијатријске конфронтације у кривичним поступцима

У кривичним поступцима постоје две могућности у којима може доћи до судско-психијатријских конфронтација.

Прва је постојала и раније и обухваћена је чл. 124 ЗКП¹¹ и део је материје који се односи на недостатке у психијатријском вештачењу. Тако Законик предвиђа да ће орган поступка (по службеној дужности или на предлог странака) наредити да се вештачење понови: 1) ако је налаз нејасан, непотпун, погрешан, у противречности сам са собом или са околностима о којима је вештачено или се појави сумња у његову истинитост; 2) ако је мишљење нејасно или противречно. У ситуацијама када се поновним испитивањем вештака не могу отклонити уочени недостаци, орган поступка ће одредити ново вештачење, ангажовањем другог вештака, без обзира да ли се ради о вештаку појединцу, комисији коју формира орган поступка или одређеној психијатријској установи.

Самим тим, јасно је да у овим ситуацијама долази до нове психијатријске евалуације, а самим тим и до вероватних судско-психијатријских конфронтација.

¹¹Чл. 124 Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука Уставног суда и 62/2021-одлука Уставног суда.

Новина која је на снази у последњих десетак година је настанак законске могућности да странка у поступку може ангажовати стручно лице из области психијатрије кроз примену законског одређења у стручном саветнику.¹²

Увођење овог процесног субјекта направљен је позитиван квалитативан помак у кривичнопроцесном законодавству Србије, који се не може наћи у сличним законима земаља бивше СФРЈ, као и великог броја других држава.

Са аспекта теме рада биће приказан чл. 126 ЗКП¹³ којим се одређују права стручних саветника, па ће приказом овог члана бити јасно да се тиме стварају могућности за судско-психијатријске конфронтације у кривичним поступцима. У овом члану се, између осталог, наводи: „Стручни саветник има право да буде обавештен о дану, часу и месту вештачења и да присуствује вештачењу којем имају право да присуствују окривљени и његов бранилац, да у току вештачења прегледа списе и предмет вештачења и предлаже вештаку предузимање одређених радњи, да даје примедбе на налаз и мишљење вештака, да на главном претресу поставља питања вештаку и да буде испитан о предмету вештачења.

Пре испитивања од стручног саветника ће се захтевати да положи заклетву која гласи: „Заклињем се да ћу дати исказ у складу са правилима науке или вештине, савесно, непристрасно и по свом најбољем знању”. Стручни саветник је дужан да пуномоћје без одлагања поднесе органу поступка, да странци пружи помоћ стручно, савесно и благовремено, да не злоупотређува своја права и да не одуговлачи поступак.

Као што се може видети, ЗКП уводи психијатра кога ангажује странка у поступку у активну позицију у циљу контроле судско-психијатријског вештачења, а тиме и објективности налаза вештака. Ово, према слову закона, може почети од момента доношења наредбе за вештачење, путем права да се присуствује вештачењу, па би непоштовање овог права било од органа поступка било од стране одређених вештака била битна повреда права на одбрану или на контролу вештачења од стране тужилаштва. На жалост, постоји инерција код државних правосудних

¹²Чл. 125 и 126 Законика о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука Уставног суда и 62/2021-одлука Уставног суда.

¹³Чл. 126 Законика о кривичном поступку РС, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука Уставног суда и 62/2021-одлука Уставног суда.

органа, јер се често у пракси среће ситуација да се наредба за вештачење у току истраге уручује одбрани заједно са већ готовим налазом и мишљењем вештака, јер се са отпором прихвата могућност да се неко ново стручно лице „меша“ у замишљени ток поступка.

Ова околност је веома битна за пуну контролу објективности психијатријског вештачења. Наиме, психијатрија је област у коме је преглед лица које се вештачи најважнији предуслов за клиничку, а самим тим и за форензичку процену. Ако се психијатару стручном саветнику ускрати ова могућност, смањује му се могућност да у пуном капацитету остварује своју активност. Некада се овоме поставља препрека да орган поступка на разне начине онемогући бар присуствовање прегледу, а камоли да да могућност да сам изврши преглед тог лица. Следеће, а то наводи Грубач,¹⁴ стручни саветник може присуствовати само оном вештачењу којем имају права да присуствују окривљени и његово бранилац. Даље се каже да „у складу са чл. 300 став 1, окривљени и бранилац имају право да у претходном поступку присуствују испитивању вештака, али не и самом вештачењу.“ Такође, они не могу присуствовати ни вештачењима за које је потребно посматрање и испитивање, вештачењима која се обављају у стручним установама или државним органима, што последично важи и за стручног саветника. Другим речима, стручни саветник психијатар нема могућност да присуствује значајном броју могућих прегледа лица која се вештаче, а још мање имају могућност да сам обави неопходне прегледе и испитивања. Ова (не)могућност ће бити део предлога и закључака овог рада, у смислу налажења начина да се то прописом превазиђе, а не да зависи од воље појединица.

Контролна улога психијатра стручног саветника манифестује се и околношћу да може да предложи вештаку предузимање одређених стручних мера при обављању вештачења, а ако то не буде учињено, касније може бити потенцијална аргументација за конфронтацију са налазом и мишљењем вештака.

У даљем току ангажовања стручни саветник психијатар има право да наведе примедбе на налаз вештака, када већ контролтација достиже значајан ниво, који се употпуњује правом на стручно испитивање вештака. Ово, као и изношење примедби на мишљење вештака чини значајно квалитативно побољшање у односу на ранија права странка у кривичном поступку, јер за разлику од тога да питања и примедбе износи правник, сада то чини стручно лице из области из које је и веш-

¹⁴ Момчило Грубач, *Кривично процесно право са текстом Законика о кривичном поступку* (шесто издање), Београд, 2014, стр. 115.

так и који много компетентније може да испитује вештака и износи критике на његов рад.¹⁵

Задња фаза ове судско-психијатријске конфронтације остварује се правом да стручни саветник може дати изјашњење у односу на предмет вештачења, када се мишљења два стручна лица конфронтирају. Са аспекта овог права стручног саветника психијатра сада долази до изражаја *право да се њему омогући или присуствовање прегледу или да сам обави преглед лица које се вештачи*. На тај начин би се створиле могућности и за једнаку позицију стручног саветника и за обаваљање негових активности у пуном капацитету.

Једна од примедби која се може дати у односу на право психијатра стручног саветника је околност да његово изјашњење о предмету вештачења нема једнаку вредност у односу на мишљење вештака. Ово се, између осталог, образлаже недовољно убедљивим, па и делимично контрадикторним ставовима,¹⁶ у смислу „да је разлика између вештака и стручног саветника у томе што стручни саветник не подноси налаз и мишљење, већ само указује на недостатке у налазу и мишљењу вештака“, а онда наставља „стручни саветник се испитује о предмету вештачења и тада има прилику да изложи свој налаз и мишљење, али његов исказ нема процесну форму налаза и мишљења вештака“. Ово задње образлаже се тиме да „стручни саветник у својој заклетви не обећава да ће тачно и потпуно изнети свој налаз и мишљење, што треба тумачити тако да није дужан да у поступку исказује на штету странке која га је ангажовала“. У оваквом образложењу има одређених нејасноћа, контрадикторности и мешања одређених појмова. Прво, није тачно да стручни саветник психијатар само указује на недостатке у налазу вештака. Друго, наводи се да се стручни саветник испитује о предмету вештачења и тада има прилику да изложи свој налаз и мишљење, али да то нема процесну форму налаза и мишљења вештака. Због чега, остаје потпуно нејасно, а писац то образлаже да стручни саветник не обећава у својој заклетви да ће тачно и потпуно изнети свој налаз и мишљење. Са овим се не можемо сложити, јер прихватањем ове улоге и полагањем заклетве „Заклињем се да ћу дати исказ у складу са правилима науке или вештине, савесно, непристрасно и по свом најбољем знању“ психијатар стручни саветник се обавезује да свој исказ даје у

¹⁵ Зоран Ђирић, Милена Ђирић, *Могућност контроле судско-психијатријских вештачења у кривичним поступцима*, Зборник радова Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после)-кривично правни аспекти, Београд, 2017, стр. 528.

¹⁶ Момчило Грубач, *Кривично процесно право са текстом Законика о кривичном поступку* (шесто издање), Београд, 2014, стр. 115.

складу са правилима науке и/или вештине, да ће то учинити савесно, непристрасно и по најбољем знању. Када психијатар саветник учини ову радњу савесно, непристрасно и у складу са правилима струке, јасно произилази да се обавезао да ће то учинити тачно и потпуно. На крају крајева, стручни саветник често указује да је вештак дао налаз нетачно или недовољно потпуно, па је и логично да у свом изјашњењу, да би потврдио то, да тачан и потпун исказ.

У складу са свим наведеним околностима сматрам да у суштинском смислу има места за побољшање позиције стручног саветника психијатра у кривичним поступцима,¹⁷ што ће бити подробније представљено у завршном делу овог рада.

3.2. Судско-психијатријске конфронтације у судским поступцима у грађанскоправној области

Најчешће судско-психијатријске конфронтације у грађанскоправној материји заснивају се на одредбама које су прописане у чл. 271¹⁸ ЗПП. Овде је прописано и следеће:

„...Странка може да ангажује стручњака или другог вештака уписаног у регистар судских вештака, који ће да сачини примедбе на достављени налаз и мишљење или нов налаз и мишљење у писаном облику. На рочишту за главну расправу суд може да их прочита и да дозволи том лицу да учествује у расправи, постављањем питања и давањем објашњења.

Суд ће на рочишту да расправи примедбе и покушаће да усагласи налазе и стручна мишљења вештака.

Ако се на рочишту не усагласе налаз и стручна мишљења вештака, односно ако суд сматра да битне чињенице нису довољно расправљене, суд ће да одреди ново вештачење које ће да повери другом вештаку и о томе ће да обавести странке...“.

Из наведеног произилази следеће:

а) Да странка може ангажовати стручно лице из области психијатрије, без обзира да ли је оно на листи судских вештака или не;

¹⁷ Зоран Ђирић, Стручни саветник у кривичним поступцима, Зборник радова, XIII међународна научно-стручна конференција Кривичнопроцесни инструменти ефикасности државне реакције на криминалитет (норме и пракса), Добој, 2022, стр. 13, 13, 298.

¹⁸ Чл. 271 Закона о парничном поступку РС, Службени гласник РС бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 - др. закон.

б) Да то стручно лице сачињава примедбе на налаз и мишљење вештака, чиме се већ улази у судско-психијатријску конфронтацију;

в) Да на рочишту за главну расправу то стручно лице може да учествује постављањем питања вештаку и давањем одређених објашњења, чиме се конфронтација продубљује:

г) **Да може сачинити нов налаз и мишљење**, чиме се конфронтација најчешће реализује у пуном капацитету.

У ситуацијама када се ради о постморталном вештачењу, скоро да нема препрека за ангажовано стручно лице (у даљем тексту консултант) да налаз и мишљење на основу идентичних података које стоје на располагању и вештаку.

Проблем настаје у оним поступцима када се ради о вештачењу живе особе, коју вештак може да прегледа, а нема законских механизма како би се то лице натерало да се подвргне прегледу психијатра консултанта, што може бити предмет одређених побољшања Закона.

Сагледавањем ових одредби јасно је да су нека права стручног консултанта готово једнака са правима стручних саветника у кривичним поступцима. То су права на постављање питања вештацима, изношење примедби на њихов налаз, давање одређених објашњења и сл.

Кључна разлика, и то у позитивном смислу, да се психијатру консултанту даје могућност да изради налаз и мишљење, те му је тако правна позиција једнака позицији вештака. Ово није случај у кривичним поступцима, што указује да у једном истом правном систему постоје различите процесне позиције и значај стручних лица, што, по мом мишљењу треба изменити и остварити идентична права и за психијатра стручног саветника у кривичном поступку и за психијатра консултанта у грађанскоправним поступцима.

Чињеница да консултант може израдити психијатријско вештачење и дати своје мишљење о стручним питањима о којима се изјашњавао вештак ствара предуслове да странка која га је ангажовала има велики степен стручне помоћи која се остварује у непосредној конфронтацији између два психијатра, вештака и консултанта. Такође, суд ова мишљења третира као два налаза која су у већој или мањој мери супротстављена у односу на предмет вештачења, те покушава да их усагласи, а ако то не успе, онда одређује ново вештачење.

У свим грађанскоправним поступцима који се воде по одредбама ЗПП могућности оваквих конфронтација су правно засноване и све чешће

присутне у правосудној пракси. То, наравно, не значи да ће свако ангажовање психијатра консултанта донети мишљење које је супротно оном из налаза вештака, јер је поштовање правила струке и судско-психијатријске доктрине и праксе, примарно за сваког квалитетног психијатра, без обзира да ли је у једном поступку вештак или консултант. Такође, истицање другачијег мишљења мора бити медицински засновано, што се, на жалост, не препознаје од стране правника, већ се другачија мишљења консултанта психијатра често третирају као нешто што он тенденциозно чини, како би остварио одређени ангажман и накнаду. И за самог консултанта важи заклетва којим се обавезује да ће мишљење дати у складу са правилима струке, потпуно, објективно и непристрасно, па би супротно консултанта психијатра могло да доведе до разних облика одговорности, укључујући и кривичну.

Друга ситуација када долази до судско-психијатријских конфронтацији у грађанскоправној области може се наћи у оним поступцима који се води пред ванпарничним судом у циљу лишења пословне способности, а у складу са одредбама Закона о ванпаничном поступку (у даљем тексту ЗВП).¹⁹ Некада се конфронтација налази вештака у самом поступку лишења, ако се посумња у један налаз, па се одређује ново вештачење или приликом проверавања да ли и даље постоје разлози за лишење пословне способности, када истекне период који је одређен решењем о лишењу пословне способности — чл. 40 ЗВП.²⁰

4. Закључна разматрања

Осим судске контроле квалитета вештачења, па и оних психијатријских, нека нова решења у процесним законима којима се регулише правосудна пракса у разним областима, омогућила су и спровођење боље стручне контроле вештачења директним ангажовањем стручњака из области у коме је обављено вештачење.

У области судско-психијатријских вештачења ова контрола се најчешће обавља ангажовањем стручних саветника странака у области кривичног права, односно стручних консултаната у грађанскоправној материји. Ово квалитативно побољшање се веома често остварује у форми

¹⁹ Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005- др. закон, 85/2012, 45/2013- др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015- др. закон и 14/2022.

²⁰ Чл. 40 Закона о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95-др. закон, 18/2005-др. закон, 85/2012, 45/2013-др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015- др. закон и 14/2022.

разних облика судско-психијатријских конфронтација. Оне, пре свега, имају за циљ да се у неким ситуацијама прикажу другачији стручни поглед у односу на предмет вештачења, с тим да те разлике сада директно презентују стручњаци из области психијатрије и/или психологије, а не у форми раније присутних консултација, а без могућности да стручна лица непосредно учествују у судским поступцима.

Иако се често сматра да ће стручна лица, пошто-пото дати неко другачије мишљење од вештака, квалитетни саветници или консултанци имају обавезу да се придржавају правила струке и да се не труде да по сваку цену и без стручног основа износе другачије стручне ставове. Само тако се може остварити сврха ових процесних могућности, при чему задатак стручних лица које ангажују странке није само у томе да њима пруже стручну помоћ, већ и да учине податке психијатријског квалитета разумљивим свим учесницима судског поступка. То је и разлог што у пракси суд треба да тако прихвати ангажман и активност стручних лица који нису вештаци психијатри, јер, неретко, њихови ставови могу значајно допринети разјашњењу околности психијатријског квалитета.

Презентована регулатива и стручна пракса указују и на чињеницу да постојеће законско побољшање треба додатно унапредити, пре свега уједначавањем процесне улоге и значаја стручних саветника психијатара са вештацима у кривичним поступцима. Такође, у овим поступцима треба омогућити једнаке услове стручним саветницима, посебно у смислу омогућавања прегледа лица која се вештаче, што, за сада, нема једнаку примену у правосудној пракси, па у неким ситуацијама орган поступка то омогућава, а у неким не. Другим речима, законске могућности треба уједначити, како не би зависили од појединачног мишљења и става органа поступка, већ би то било униформно у свим случајевима.

У сваком случају, новија процесна легислатива у код нас омогућила да се кроз судско-психијатријске конфронтације омогући стручна помоћ странкама у поступку, а посредно и суду, па је наше залагање за њихово побољшање предлог који има за циљ да се постојећи проблеми у пракси позитивно разреше у интересу медицинске-психијатријске истине.

Литература

Chiswick, D. Cope, R. (2001). *Seminars in nactical Forensic Psychiatry*, Royal College of Psychiatry, Gaskell, London.

Грубач, М. (2014). *Кривично процесно право са текстом Законика о кривичном поступку (шесто издање)*, Пројурис, Београд.

Капамаџија, Б. (1989). *Форензичка психијатрија*, Матица српска, Нови Сад.

Ковачевић, Р. (2000). *Форензичка психијатрија*, Правни факултет у Бањој Луци-Центар за публикације.

Ђирић, З. (2013). *Судска психијатрија*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Ђирић, З. (2022). *Стручни саветнику у кривичним поступцима*, XIII међународна научно-стручна конференција Кривичнопроцесни инструменти ефикасности државне реакције на криминалитет (норме и пракса), Зборник радова, Центар за едукацију судија и тужилаца Републике Српске, 13, 13, 291-303.

Ђирић, З., Ђирић, М. (2017). *Могућност контроле судско-психијатријских вештачења у кривичним поступцима* у: Бејатовић, С. (ур): Реформиски процеси и поглавље 23 (годину дана после)-кривично правни аспекти, 524-537, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, INTERMEX, Београд.

Правни акти

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр.72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука Уставног суда и 62/2021-одлука Уставног суда.

Закон о парничном поступку РС, *Службени гласник РС* бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС, 55/2014, 87/2018, 18/2020 и 10/2023 - др. закон.

Закон о ванпарничном поступку, *Службени гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88 и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012, 45/2013 - др. закон, 55/2014, 6/2015, 106/2015 - др. закон и 14/2022.

Закон о судским вештацима РС, *Службени гласник РС*, бр.44/2010.

Prof. Zoran Ćirić, M.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**FORENSIC PSYCHIATRIC CONFRONTATIONS: A METHOD FOR ENSURING
GREATER OBJECTIVITY OF FORENSIC PSYCHIATRIC EXAMINATIONS**

Summary

The paper analyzes and presents the importance of forensic-psychiatric confrontations in the analysis, control and improvement of the quality of psychiatric expertise in court proceedings. Unlike some earlier periods, newer procedural solutions in various segments of law have enabled the direct engagement of experts from the field in which the expertise is conducted, thus providing immediate professional assistance to the parties in the proceedings. This is accomplished by hiring expert advisors in the area of criminal law, and "expert consultants" in the area of civil law. In the field of forensic psychiatry, the expertise is provided by psychiatric experts. The possibility for a psychiatrist, hired by a party to the proceedings, to pose questions to other experts, express objections to their findings and give his professional opinion in relation to the subject matter of the expert examination is a significant qualitative improvement, which is found in a small number of countries. In the territory of the former Yugoslavia, only the legislation of Serbia has envisaged such legal solutions both in criminal and civil law procedure. In addition to providing professional assistance to the parties in the proceedings, forensic psychiatric confrontations contribute to improving the quality of psychiatric assessment of evidence but also provide an opportunity to the competent authority in charge of the proceedings to better understand the psychiatric circumstances that are important for the subsequent legal decision. The paper indicates certain inadequacies in our legislation, especially in relation to expert advisors in criminal proceedings. In that context, the author proposes solutions for improving the existing shortcomings, with the primary aim of clarifying to lawyers the circumstances of a psychiatric nature in an objective, equal and professionally adequate manner.

Keywords: forensic-psychiatric confrontations, psychiatric expertise.

CRIME PREVENTION POLICY IN THE CONTEXT OF SMART CITIES²

Abstract: *The term “smart city” was first used in the 1990s within the context of applying innovative technologies in modern urban infrastructure. Nowadays, the concept “smart city” refers to the application of intelligent, interconnected and instrumentalized information-communication systems in the field of urban planning. European cities are insufficiently sustainable, inclusive or productive for the needs of modern times. Smart cities of the present and the future need to address serious social, economic and environmental issues related to social life and housing, infrastructure, public transport, utility services, etc. The policy of developing “smart cities” should be aimed at precluding difficulties rather than finding ways to cope with the complexities of urban living. In Europe, the major challenges encountered in urban areas are: the aging of the European population, the integration of migrants, social exclusion, (un)sustainability of the natural environment, unemployment, delinquency, and underdeveloped local economy. Considering that the rapid development of “smart cities” does not exclude the occurrence of delinquency and crime, it is necessary to consider the concept of crime prevention which would be primarily aimed at precluding criminal behavior within the community and increasing public security.*

Keywords: *smart city, delinquency, environmental criminology, delinquent territory, crime prevention policy.*

¹kosticm@prafak.ni.ac.rs, <https://orcid.org/0000-0002-1802-7733>

²This paper is the result of theoretical research within the project financed by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia (Contract No. 451-03-47/2023-1/200120, 3 February 2023). Some parts of this paper were presented in the form of oral communication at the International Scientific Conference “*Law in the context of addressing the Challenges of the Contemporary World*” (Право пред изазовим савременог доба), held at the Faculty of Law, University of Niš, on 13 and 14 April 2018.

1. Introduction

Human or social ecology describes diverse social relations among people who share the same habitat or local territory, where these relations are clearly correlated with the nature of the immediate environment. It is an interdisciplinary study of the social structure in relation to the local environment. In the late 1990s, sociologists introduced ecology into their studies on social development and evolution of human institutions, thus contributing to incorporating this concept in the field of social sciences. Back in early 1900s, the representatives of the Chicago School of Criminology argued in their studies on environmental criminology that the delinquency and crime rate of both juveniles and adults was closely correlated with idleness of adolescents and younger adults, child mortality, tuberculosis, mental disorders and other factors.

Criminal phenomenology provides explanations on the issues which inter alia refer to the dynamics of crime, which encompasses the changes in the scope of criminality (as a widespread social phenomenon) in a certain space and in a certain period of time. Empirical research shows that crime and delinquency increase with the process of urbanization.

The literature in the field of social sciences and humanities, as well as in technical and technological sciences, shows that the concept of a “smart city” had a significant place in scholarly discussions in these scientific fields in the second decade of the 21st century, when it was designated as an “internationally oriented” direction of lifestyle change in cities (Albino, Berardi, Dangelico, 2015: 3).³

The principles of action and decision-making related to urban living require changes at the global level. European cities are insufficiently sustainable, inclusive or productive for the needs of modern people. Financial crises and mistakes in decision-making policy in many areas of life should teach citizens how to design new principles of living (URBACT, 2018).⁴ In her book “*The Death and Life of Great American Cities*”, Jane Jacobs noted: “Cities have the ability to offer something to everyone, only and only when they are created by everyone” (Eggers, Guszczka, Green, 2017:23).⁵

³V. Albino, U. Berardi, R.M. Dangelico, *Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives*, *Journal of Urban Technology*, 2015, 1 (Vol. 22).p. 3; <http://dx.doi.org/10.1080/10630732.2014.942092> (24.7.2018).

⁴URBACT (2018). *Smart Cities Citizen Innovation in Smart Cities Baseline Study*, (18.1.2018). http://urbact.eu/sites/default/files/import/Projects/SMART_CITIES/documents_media/SmartCities_BaselineStudy_01.pdf

⁵W.D., Eggers, J. Guszczka, M. Green. Making cities smarter: How citizens' collective

When recalling prior criminological studies and posing their own observations in new theoretical and empirical studies, modern criminologists are reminded of the contemporary nature of classical themes and the fact that the history of human civilization is largely “the account of man’s effort to free himself from the restrictions imposed by his natural environment; not only can he now live and work under practically all possible climatic conditions, but he can inhabit vast urban agglomerations which, though unable to support themselves, can exist by means of ingenious technology and efficient transport” (Morris, 1971: *i*).⁶ However, Morris further argues, “man has created for himself new environments which, in turn, impose their own restrictions” upon human activity. A large city or a suburb may set limits which, “though of a different order, are no less real than those set in the past by mountains and rivers, deserts and oceans”. Thus, acknowledging the existence of different urban and rural lifestyles implies acknowledging “the primal association between patterns of behaviour and the characteristics of the local community” (Morris, 1971: *i*).

There are many definitions of a smart city. Different conceptual approaches have resulted in replacing the word “smart” with the words “intelligent” or “digital”, which indicate the designation inconsistencies. Initially, in the 1990s, the term “smart city” implied the incorporation of information technologies into the urban environment. However, this definition proved to be too narrow. The essence of the definition of a smart city is reflected in the way the city is managed, with an emphasis on the role of social capital and relationships between people in urban development (Albino, Berardi, Dangelico, 2015: 4).

2. Contemporary context: Crime prevention in the city/smart city

The development of conceptions and standpoints on crime prevention or “preventive mentality” has gone through many stages, turns and innovations, which ultimately started shaping “the terrain, focus and technologies of prevention” (Crawford, 2007: 870).⁷ It should be noted that the term “crime prevention” is a widely used concept with rather loosely and freely defined meaning. For some authors, this term refers to the conventional operation of criminal justice, while others argue for a definition focusing on alternative

intelligence can guide better decision making. January, 2017, 23. <https://www2.deloitte.com/insights/us/en/deloitte-review/issue-20/people-for-smarter-cities-collective-intelligence-decision-making.htm> (accessed 25 August, 2018).

⁶T. Morris, *The criminal area: A Study in Social Ecology*, Routledge, London 1971. p.i.

⁷Crawford. A. Crime prevention and community safety. U: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (ed. by). *The Oxford Handbook of Criminology*, Oxford University Press, 2007, (p. 870).

or special crime prevention programs. Thus, Van Dijk and De Waard define crime prevention is a set of “all private initiatives and state policies, other than the enforcement of criminal law, aimed at reducing the damage caused by acts that the state incriminates as criminal acts” (Van Dijk, De Waard, 1991: 483).⁸ This definition also includes various programs aimed at reducing the fear of crime (which is perceived as damage caused by crime), promoting victim assistance programs (which may be a form of damage control), and supporting preventive police activity (such as general surveillance and ongoing treatment and training of current/ex-offenders). The investigation and prosecution of crimes, criminal proceedings against perpetrators, sentencing and execution of conventional sentences are excluded from this definition of crime prevention (Van Dijk, De Waard, 1991:483).

A comprehensive response to numerous crime prevention issues is inevitably based on the characteristics of the first human settlements. In terms of their establishment and design, those settlements were created to guarantee people’s safety, security and well-being, to ensure proximity and availability of water and food supplies, and to meet other vital needs. Historically speaking, safety and security have always been important issues in the entire history of human civilization. However, the development of new technologies has generated new and growing threats to the well-being of the population. These threats appeared alongside with the processes of urbanization and industrialization, and under the influence of capitalism, through the accelerated unplanned expansion of cities which ultimately resulted in overpopulation, pollution, poverty, spread of contagious diseases, crime and anomie (Wirth, 1938: 2).⁹ On the one hand, cities became “containers” of myriad problems and infinite hardship; on the other hand, they are places of vitality, excitement and enjoyment of life (Cozens, 2008: 273).¹⁰ Paraphrasing Shakespeare’s lines, Italo Calvino wrote: “With cities, it is as with dreams: everything imaginable can be dreamed, but even the most unexpected dream is a rebus that conceals a desire or, its reverse, a fear. Cities, like dreams, are made of desires and fears, even if the thread of their discourse is secret,

⁸ Van Dijk, J.M., De Waard J.A. Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography. Criminal justice abstracts, 1991, 483. https://www.researchgate.net/publication/287994211_A_two-dimensional_typology_of_crime_prevention_projects_ (Retrieved 29 August 2018)

⁹ L. Wirth. Urbanism as a way of life. American Journal of Sociology. 1, 1938, (XLIV) p. 2. <http://www.sjsu.edu/people/saul.cohn/courses/city/s0/27681191Wirth.pdf> (25.8.2018).

¹⁰ I. Cozens, P. Crime prevention through environmental design in Western Australia: planning for sustainable urban futures. (273). *Intern. J. Sus. Dev. Plann.* Vol. 3, No. 3. 2008. 272–292.

their rules are absurd, their perspectives deceitful, and everything conceals something else” (Calvino, 1938).¹¹

The theory of crime prevention through the “situational” environment is based on a simple idea that crime originates in part from opportunities found in the immediate physical environment. Thus, a change in the physical environment may reduce the opportunity to commit crime so that crime is less likely to occur (Clarke, 1980: 136).¹² There are three separate approaches or theories that may be subsumed under the Situational Crime Prevention theory. The original theory is linked to the criminologist C. Ray Jeffery (1971), who coined the term *Crime prevention through environmental design* (CPTED); he criticized the sociologically oriented criminologists who examined only some social factors such as the causes of crime, while ignoring both biological and environment-related determinants originating from the immediate physical environment. He considered that prevention should focus on biological factors (e.g. brain damage) and eliminating the opportunities for crime commission through environmental design, community-building and informal social network to control crime (CPTED, 2022).¹³

Another approach is the “defended space” theory is linked to Jane Jacobs (1961), who sharply criticized post-war urban planning and housing projects, emphasizing their destructive impact on generating “easy” crime and insecurity in city neighborhoods (Jacobs, 1992:31).¹⁴ The foundations of the CPTED theory were laid down by Oscar Newman, in his book *Defensible Space* (1972).¹⁵ Criticizing the views expressed by Jacobs, Newman identified architectural solutions that would discourage crime and strengthen preventive social control. He considered that the theory of defensible space is “a model for a residential environment that prevents crime by creating the physical appearance of a social structure that defends itself” (Crawford,

¹¹ Italo Calvino. *Invisible Cities*. 1972 (p.53); https://www.goodreads.com/author/quotes/155517.Italo_Calvino

¹² R. Clarke. *Situational Crime Prevention: Theory and Practice*. *Brit. J. Criminol.* Vol. 20. No. 2, 1980, p. 136. <https://www.jstor.org/stable/23636692>

¹³ CPTED Association (2022). *Crime Prevention Through Environmental Design*, the International CPTED Association, last updated 3 January 2022, <https://www.cpted.net/Primer-in-CPTED>

¹⁴ J. Jacobs. *The Death and Life of Great American Cities*, 1992. Vintage Book Edition. Retrieved 28 August 2018 https://www.petkovstudio.com/bg/wp-content/uploads/2017/03/The-Death-and-Life-of-Great-American-Cities_Jane-Jacobs-Complete-book.pdf

¹⁵ O. Newman. *Defensible Space: People and Design in the Violent City*, London: Architectural Press 1972;

Evans, 2007: 776).¹⁶ Newman argued that architectural features can unleash a latent sense of territoriality and community among residents, so that those features become integral parts of residents' responsibility for maintaining a safe environment and engender a sense of ownership and community spirit. Newman identified several components of good environmental design that encourages a network of social control: territoriality, constant surveillance, physical appearance (image), and surroundings. Essentially, territoriality requires a physical space that clearly separates areas of control, while constant surveillance requires a form of buildings that allows and facilitates easy observation of territorial areas. In Newman's opinion (1972), the post-World War II mass housing projects displaced important processes of social control, replacing them by a proliferation of "indefensible spaces" (dark footpaths, passageways, corridors, external staircases running from the ground to the top floor, easily accessible elevators, utility rooms, etc.). These "confused areas" are no man's land: no one takes care of them and no one supervises them (Crawford, Evans, 2007: 776). Newman's views were sharply criticized by criminologists and sociologically oriented scientists who accused him of "environmental determinism" and an overly simplistic explanation of human conduct based on territorial behavior in animals (Clarke, 1980: 136).

The third approach to the situational crime prevention theory arose from criminological research on situational crime prevention, which was carried out at the request and for the account of the British government in the 1970s. It entailed a general approach to reduce the opportunities for committing any form of crime which may occur anywhere (e.g. harassing phone calls, violence in cafes, domestic violence, sexual offences, homicides, theft of welfare funds, airplane hijackings, etc.), which are committed by persons who would not ordinarily be said to be delinquent (Clarke, 1980: 137).

The dynamic action, based on the risk of offending, is also evident in some prevention programs at the local community level. Considering that a high level of crime often coexists with a high level of victimization, such programs are aimed at protecting the most vulnerable social groups by focusing crime prevention on "repeat victimization". Yet, such programs may generate bias without necessarily eliminating the possible stigmatization, and such local communities may lose their residential appeal and develop a reputation that is difficult to eliminate.

As opposed to the strictly communitarian approach, there are assumptions that "more community" cannot be simplistically equated with "less crime". A local community and the normative values shared by its members can be

¹⁶ Crawford, A., Evans K. (2007). Crime Prevention and Community Safety, in: Maguire M., Morgan R., Reiner R. (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, OUP, 2007, pp.769-805 (p.776)

extremely criminogenic. Strong social ties, networks of mutual relationships and mutual trust constitute the very essence of organized crime, gang culture and hate crimes. On the other hand, the lack of strong social ties and community links does not necessarily lead to non-compliance with behavioral norms. The areas with a low crime rate, featuring a high level of civilized behavior, do not always demonstrate the properties of closeness, connectedness and mutual support of its inhabitants.

On the one hand, the assumptions about the nature of the local community and the relationship between the community and the perpetrators create dilemmas about the implementation of prevention strategies. On the other hand, there is no reason that would justify the assumption that the former experiences in the crime prevention in urban areas/cities are not applied or could not be applied in a smart city. It essentially rest on devising an adequate approach to connecting the technical achievements and the way of living in a smart city.

Crime prevention in a smart city is necessarily connected to the use of the latest technology in regulating different aspects of life in a smart city: safety and security, urban planning and housing, urban transport, traffic signals, street lighting, etc. It may be illustrated by the many examples from developed countries in Western Europe, the American continent, and Asia. For example, in the Republic of South Korea, the concept of crime prevention in smart cities has taken root in several urban agglomerations. In the city of Namyangju (populated by about 650,000 inhabitants), the smart city project was continuously promoted in the period from 2008 to 2020, primarily in the area of reducing carbon emissions in urban transport, which is used by over 60% of the population. In response to the growing population, increasing crime rate, traffic congestion and transport problems, the city offers various civic services via smart phones: real-time surveillance of roads, traffic flows, incident information, crime reporting, etc. The regulation of public traffic enables the citizens to monitor traffic density at intersection as well as the frequency of urban traffic (bus arrivals and departures) via smart phones. The issue of safety of senior citizens using public transport was resolved by installing emergency alarm devices on all public transport routes and at bus stops, which may be activated in urgency cases and alarm the crime prevention centers. The smart city systems also ensure efficient operation of traffic signals and street lighting to promote the most effective use of roadside faculties and infrastructure (Lee, Kwon, Cho, Kim, Lee, 2016: 1).¹⁷

¹⁷ Sang Keon Lee, Heeseo Rain Kwon, HeeAh Cho, Jongbok Kim, Donju Lee, International Case Studies of Smart Cities: Namyangju, Republic of Korea, Inter-American development Bank, 2016, p. 1. (accessed on 15.9.2018) <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7724/International-Case-Studies-of-Smart-Cities-Namyangju-Republic-of-Korea.pdf?sequence=1>

3. Conclusion

In the criminological literature, it is noted as paradoxical that the modern focus on local communities appeared at a historical moment when the empirical research observed a declining relevance of communities as a source of strong connection between its members. In the political discourse, aimed at the crime prevention within the community, there is a frequent discrepancy between the original concept of community (which has long been lost) and the community as the focal point around which modern democratic institutions are built. Reciprocity, intimacy and trust as the traditional ideals of a community seem to have an inappropriate connotation in today's understandings of individuality, freedom and mobility. Accordingly, community-based initiatives sometimes tend to hold unrealistic expectations of what a community can do to reduce crime. Moreover, the crime prevention literature points to the danger of communities becoming a party around which individuals and groups can be mobilized to take greater responsibility for their own safety, security and well-being. This abdication of responsibility by the state has implications in terms of establishing the cost of providing security measures as well as the blame for failure. Considering the rapid development of the security market and increasing funding for additional security patrols in local communities, there is concern that some local communities will have to ensure better ways of carrying out that burden, while others may be criticized for their inability to prevent crime.

Imposing the burden of crime prevention on the local communities raises a much more important issue of the level of complementarity between the aspects of the local community and the society of the same rational range of management or differentiation and potential level of management competence. Fairness and justice in one community does not imply social justice at large. Certain solutions within a community tend to be local and particular, with little regard for the external and wider social environment. Well-defended local communities may be aimed at dislocating crime into less well-defended residential areas. Criminologists note that the safety of one community can be at the expense of another. Therefore, security as a public good shall not be transformed into a local or exclusive good. Community security may be a less misused designation if it offers space for political and ethical collective security, which altogether is much more than an individual security initiative.

Literature

Albino V., Berardi U., Dangelico R.M. (2015). Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives, *Journal of Urban Technology*, 2015, 1 (Vol. 22), pp. 3-21; <http://dx.doi.org/10.1080/10630732.2014.942092> (accessed 24.7.2018).

Calvino, I. (1972) *Invisible Cities*; https://www.goodreads.com/author/quotes/155517.Italo_Calvino

Clarke R. (1980) Situational Crime Prevention: Theory and Practice. *British Journal of Criminology*, Vol. 20. No. 2, 1980, p. 136-147; <https://www.jstor.org/stable/23636692>

Cozens. P. (2008). Crime prevention through environmental design in Western Australia: planning for sustainable urban futures, *International Journal of Sustainable Development and Planning*, Vol.3, No.3, 2008, 272–292 (accessed 29 August 2018); https://www.researchgate.net/publication/252331706_Crime_prevention_through_environmental_design_in_Western_Australia_Planning_for_sustainable_urban_futures;

Crawford, A., Evans K. (2007). Crime prevention and community safety. In: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (eds.). *The Oxford Handbook of Criminology*, 2007, pp.769-805 (p.776). OUP; http://www.paccoa.org.au/uploads/2/0/2/4/20249739/the_oxford_handbook_of_criminology__mike_maguire_rod_morgan_robert_reiner__z-lib.org_.pdf

CPTED Association (2022). Crime Prevention Through Environmental Design, the International CPTED Association, last updated 3 January 2022, <https://www.cpted.net/Primer-in-CPTED>

Eggers, W.D., Guszczka, J., Green, M. (2017). Making cities smarter: How citizens' collective intelligence can guide better decision making. January 2017; <https://www2.deloitte.com/insights/us/en/deloitte-review/issue-20/people-for-smarter-cities-collective-intelligence-decision-making.htm> (accessed 25 Aug. 2018)

Jacobs, J. (1992). *The Death and Life of Great American Cities*, Vintage Book Edition, 1992; Retrieved 28 August 2018; https://www.petkovstudio.com/bg/wp-content/uploads/2017/03/The-Death-and-Life-of-Great-American-Cities_Jane-Jacobs-Complete-book.pdf

Lee, S.K., Kwon H. R., Cho H.A., Kim J., Lee D. (2016). *International Case Studies of Smart Cities: Namyangju, Republic of Korea*, Inter-American Development Bank, 2016, p. 1. (accessed on 15.9.2018), <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7724/International-Case-Studies-of-Smart-Cities->

Namyangju-Republic-of-Korea.pdf?sequence=1

Morris T. (1971). *The Criminal Area: A Study in Social Ecology*, Routledge, London 1971.

Newman O.(1972). *Defensible Space: People and Design in the Violent City*, London: Architectural Press.

Van Dijk, J., M., De Waard, J. A. (1991). Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography. *Criminal justice abstracts*, 1991, pp.483-503; Accessed 29 August 2018 https://www.researchgate.net/publication/287994211_A_two-dimensional_typology_of_crime_prevention_projects_

Wirth, L. (1938). Urbanism as a way of life. *American Journal of Sociology*. 1, 1938, (XLIV) p. 2.; <http://www.sjsu.edu/people/saul.cohn/courses/city/s0/27681191Wirth.pdf> (accessed on 25.8.2018)

URBACT (2018). *Smart Cities Citizen Innovation in Smart Cities Baseline Study*; (accessed 18.1.2018). http://urbact.eu/sites/default/files/import/Projects/SMART_CITIES/documents_media/SmartCities_BaselineStudy_01.pdf

Др Миомира П. Костић,
Редовна професорка,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

ПОЛИТИКА ПРЕВЕНЦИЈЕ КРИМИНАЛИТЕТА У КОНТЕКСТУ ПАМЕТНИХ ГРАДОВА

Резиме

Термин паметни град први пут је употребљен деведесетих година 20. века и тада је фокус био усмерен на примену иновационих технологија, у склопу модерне инфраструктуре унутар градова. У данашње време, паметни град означава инструментализован, међусобно увезан и интелигентни град. Европски градови нису у довољној мери подношљиви, инклузивни или продуктивни за потребе модерног доба. Паметни градови садашњости и будућности треба да унапреде област друштвеног живота, али и организацију јавног превоза, на пример. Осим тога, политика развоја паметних градова треба да превенира тешкоће, пре него да налази начине да их решава. Старење европског становништва, интеграција миграната, социјална искљученост или неодрживост природне околине, као и незапосленост, делинквенција и слаба локална економија, посматрају се као горуће тешкоће. Хумана или социјална екологија описује односе између људи који деле исто станиште или локалну територију и ти односи су јасно повезани са карактером саме територије. То је, у ствари, учење о друштвеној структури у односу на локално окружење. Тако су социолози, у каснијим годинама 20. века, екологију уврстили у студије о социјалном развоју или еволуцији људских институција и широко инкорпорирали тај концепт из домена природних у домен друштвених наука. Представници Чикашке школе у криминологији, у концепту еколошке теорије, тврдили су да постоји повезаност између: школског беспосличења, млађих пунолетних учинилаца, смртности деце, туберкулозе, менталних поремећаја, као и других фактора и нивоа делинквенције и криминалитета одраслих и малолетника. Развој паметних градова, сам по себи, неће искључити појаву делинквенције. Стога је неопходно размотрити посебан концепт превенције криминалитета, који би се најпре односио на спречавање криминалног понашања у оквиру заједнице.

Кључне речи: паметни град, делинквенција, еколошка теорија, делинквентно подручје, политика превенције криминалитета.

Др Саша Кнежевић,¹
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,

UDK: 165.5:343.1/7

Др Марко Трајковић,²
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

АКСИОЛОГИЈА И КРИВИЧНО ПРАВО³

Апстракт: *Сасвим сигурно нема простора у којем ће се боље остварити, или се заправо мора најбоље остварити веза између аксиологије права и позитивног права, од кривичног права, и то кривичног права као теорије и као позитивно-правног домена примене права. Аксиологија права нигде није више потребна, али нигде није ни више изложена „ризиком“ или клизавој низбрдици, јер сасвим мала грешка, намерна или не, преко кривичног права руши зграду права. Вредности заправо нигде нису боље заштићене али и изложене негирању и повреди, што је посебно изражено у делу примене кривичног права. Заправо, примена кривичног права представља веома сложен процес који подразумева укључивање свеукупног знања онога ко је овлашћен да примени институте кривичног права. Ниједна грана права неће јасније и искреније од кривичног права, показати да је основ правне норме заправо заповед кроз коју се изражава императивни карактер права, односно указује на то да право није предмет договора и разговора већ послушности, из тог разлога се као онтолошко питање појављује и питање шта је основ те заповеди. Ако се основ темељи на вредностима које и ваља да штити онда је ствар постављена тако да претпостављамо ваљан правац развоја правног поретка. Увек морамо ипак имати испред себе обориву претпоставку јер је примена права веома „варљиво лето“ током кога је све могуће. Клизава низбрдица при-*

¹ knez@prafak.ni.ac.rs

² trajkovicmarko@yahoo.com

³ Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС према Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО, евиденциони број 451-03-47/2023-01/200120.

мене кривичног права до сада је показала сву нужност повезивања кривичног права и аксиологије права.

Кључне речи: право, аксиологија, вредности, кривично право, правни поредак.

1. Увод

Формално-правно посматрано, вредности никада нису биле извор права, нити је икада било признато да су оне извор права. Чак није никада признато ни то да су вредности заправо извор људских права, иако то несумњиво јесу. Та одбојност према вредностима никада није била јасна.

На свет вредности као на постојбину права указивао је Макс Шелер, и то на указујући на постојање вредности унутар наше стварности.⁴ Ако се не жели да норма остане произвољна заповест, она мора свој основ да нађе у вредностима а не у покорности субјеката, посебно у кривичном праву. Због тога су вредности „најједноставнији квалитети“ који одређују смисао норми и права.⁵

На начин сродан Шелеровом поступа Лоце у свом учењу, а готово да је исто учинио и Николај Хартман када је записао да „етика мора у себи садржавати и последње утемељење права“.⁶ Дакле, проблем одређивања места права у свету вредности спада у претходне, „предправне“ проблеме. Свет вредности постаје претпоставка за постојање и развој кривичног права.

Упркос настојању позитивиста да право одреде као појам који је слободно постављен у односу на вредности или у односу на „сплет“ стварности и вредности, може се запазити како право нужно стиче свој вредносни садржај. Чак и позитивно право „јавно сведочи за своју повезаност с вредношћу“.⁷ Због тога се на право са тако одређеним садржајем могу применити категорије вредносне оријентације. Због тога се правна норма може одредити и као једна логички обавезујућа фор-

⁴ В. Павићевић, *Однос вриједности и стварности у модерној нјемачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд 1958, 64–65.

⁵ М. Scheler, *Fromalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 272. Нав. према: В. Павићевић, В. Павићевић, *Однос вриједности и стварности у модерној нјемачкој идеалистичкој аксиологији*, 75.

⁶ N. Hartmann, *Etika*, Naklada LJEVAK, Zagreb, 2003, 71.

⁷ Ibid.

мулација вредности. Право „почива на вредносним одређењима“ и због тога што тежи да постане идељано.⁸

Та тежња показује правац његовог развоја. Тек када се вредности установе, оне се могу изразити у облику правне норме која је нужно у служби вредности. На тај начин, правна норма формулише неку вредност или више њих у исто време. Али, то само по себи није довољно. Према Артуру Кауфману, правна норма није драгоцене сама по себи, већ само ако изражава „изворне“ вредности. Да би норма стекла обавезујућу снагу она мора бити логична формулација која тачно и примерено преноси садржај вредности „у савест оних који су правно обавезни“.⁹ Та реч „савест“, показује да правна норма, до чијег нам је „обавезујућег карактера“ стало, може да се „образложи само морално, само из њеног обавезујућег дејства на људску савест“.¹⁰ Такође, човек је биће које тражи „посреднике“ приликом долажења до вредности и њиховог остваривања. Он у својој стварности вредности често не достиже непосредно. На тај начин, вредносно одређена правна норма може да постане „посредник“ и једна врста пута за долажење истих или других вредности. То потврђује сам поступак објективизације вредности нормама, посебно у домену кривичног права. Када се боље размисли, произилази да кривично право постаје „мост“, који повезује вредности и конкретно владање. Кривично право изражава садржај вредности и предлаже облик идеалног владања. И још нешто: та чињеница дозвољава да се говори о вредносној страни права као степену „осетљивости“ кривичног права према вредностима или као степену остваривања вредности у праву и путем права.

Право објективно преноси вредности и усмерава прописе ка њима. Захваљујући томе, вредности бивају остварене у нашој стварности. Оне спречавају да се овлашћења и дужности које право прописује изгубе у „празнини“ позитивизма који истрајава на томе да покораване не може бити условљено „знањем о правности или неправности закона“.¹¹ Одређивањем вредности може се одредити место права у њиховом систему. Према Емилу Ласку правне норме се могу извести из апстрактних формула вредности.¹² То се може постићи „уношењем“ вредности

⁸ D. Vrban, *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb, 2003, 233.

⁹ А. Кауфман, *Право и разумевање права*, Гунтенбергова галаксија, Београд-Ваљево 1998, 200.

¹⁰ Ibid.

¹¹ А. Фојербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци*, Досије, Београд 2008, 17.

¹² Е. Ласк, *Филозофија права и краћи списи*, Досије, Београд, 2005, 26.

приликом стварања и примене права, чиме оне могу да постану стварно делотворне. Иако се право може сматрати производом човека, оно се као такво може одредити и прихватити тек када је засновано на идеји која га повезује са његовом сврхом или када се односи на понашање повезано са вредношћу.¹³ Само вредности могу да сачињава идеју права. Оне су „грађа за идеју“, у овом случају, грађа за идеју права чији је смисао да служи вредности. И обратно, постојање права није могуће ако је оно „слепо за вредности“.¹⁴

Целокупно наше постојање заснива се и одржава уз помоћ вредности које служе као вечити стандарди понашања.¹⁵ Само вредности могу да „подаре“ обавезујућу снагу правним нормама,¹⁶ јер само оне имају „стваралачку моћ“. То нарочито важи за моралне вредности. Захваљујући њима, може се захтевати да право испуњава „етички минимум“ (*etische Minimum*), како тврди Георг Јелинек,¹⁷ и да се усмери ка вредностима и њиховом остваривању.

Постоји и вредносни пут права. Он представља једну врсту „борбе за право“.¹⁸ За аксиолошки приступ је неприхваљиво становиште правног позитивизма према коме се свако посматрање правне вредности проглашава ненаучним, при чему се свесно застаје на емпиријском истраживању права. Вредносни пут права је потребан да би се уклониле магле које су толико дуго стајале на путу разумевања права. Нарочито је важно да правна наука описује, објашњава, критички оцењује и предлаже вредносне садржаје правног поретка, а не да то препусти случају или вољи власти, и тиме одбаци свако правно вредновање.¹⁹ Вредности показују и својеврсно „аксиолошко лице права“. Односе се на његову суштину а не форму, која није довољна да образложи истинско порекло обавезујуће снаге права. Вредности морају да установе правила, а право мора да постане имперсонално, везано за објективне

¹³ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Verlag Von Quelle & Mezer in Leipzig, Leipzig 1932, 4.

¹⁴ Ibid., 4, 29.

¹⁵ О односу вредности и понашања вид. В. Reich, C. Adcock, *Values, Attitudes and Behaviour Change*, Methuen, London 1976.

¹⁶ О проблему обавезујуће снаге правне норме вид. Р. Лукић, *Обавезујућа снага правне норме и проблем објективног права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд 1995.

¹⁷ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 42–43.

¹⁸ Делом *Борба за правну науку* (*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*) Херман Канторович стварно започиње своју борбу за право.

¹⁹ Према Радбреху, то је први утисак који остаје иза „читања“ програма историјске школе која као да одбацује свако правно вредновање. Г. Радбрех, *Филозофија права*, НОЛИТ, Београд, 1980, 28-31.

вредности, а не за интересе.²⁰ Такође, потребно је изградити пожељан „вредносни менталитет“. Њега човек може да прихвати или одбије, али то неће смањити ни срушити ауторитет вредности. Може се рећи да управо тада вредности помажу праву да изрони из стварности. То важи и за друге друштвене науке.²¹

Одбијање да се користе вредносни судови доводи до дескриптивног изражавања и прикривања изворног знања. За означавање таквог „научног“ поступка Лео Штраус користи Веберов израз „интелектуално непоштење (*intellectual dishonesty*)“. Очигледно, искључивост правног позитивизма или, да се овом приликом искористи Штраусов израз: „горка сатира (*bitter satire*)“,²² омогућила је да се у правној мисли много тога прикрије о природи права. Истрајавањем на истискивању или одбацивању вредности из права, правни позитивизам угрожава властиту историјску објективност и ускраћује себи могућност да осветли правну појаву у њеној укупности.²³ Због тога није способан да разликује „добро“ право од „рђавог“ права.

2. Филозофија права о аксиологији права

Морални закон има своју аутентичност и чистоту, те се моралном закону покорavamo због његове унутрашње вредности.²⁴ А право се састоји од императива којима се човек покорava. Право као такво води рачуна само о спољној уклађености, али оно неће никада питати за мотиве покорности, што значи да је оно везано за спољашње дужности, што се посебно јасно види у материји кривичног права. Тако ће се право даље може одредити као скуп услова под којим се хтење једног субјекта према општем закону слободе усклађује са хтењем другог субјекта.²⁵ Опет, враћајући се на мотиве покорности, Имануел Кант говори о спољном законодавству, које је битно за правни наук, што значи да се појам права везује за обавезност али спољног карактера, за разлику од морала.

²⁰ О питању интереса вид. V. Zsifkovits, *Politik ohne Moral?*, VERITAS-Verlag, Linz 1989.

²¹ L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago & London 1992, 40.

²² L. Strauss, *Natural Right and History*, 52.

²³ *Ibid.*, 61, 63–64.

²⁴ И. Кант, *Заснивање метафизике морала*, Београдски издавачко – графички завод, Београд, 1981, 19.

²⁵ I. Kant, *Metafizika čudoređa*, Matica hrvatska, Zagreb, 1999, 27.

Филозофија права Густава Радбруха као аксиолошка категорија представља веома важан искорак од позитивистичког одређења права, јер је право за њега „културни појам, тј. појам једне стварности повезане с вредношћу, једне стварности чији је смисао да служи некој вредности. Право је она стварност чији је смисао да служи правној вредности идеји права“.²⁶ Даље ће саму идеју права спојити са правдом коју је везао за појам једнакости, која се опет може различито тумачити. Сама правда се, према њему, може се везати за примену закона, покораванье закону али и за сам закон, при чему се примена закона везује за законитост. Оно што је посебно важно за вредносну теорију Густава Радбруха је да није оставила неповазан свет вредности и свет стварности, односно његова теорија повезује „јесте“ и „треба“. Ово се потврђује када и сам каже да се појам права развија „у обиљу правних чињеница“²⁷ али и у „вољи за правдом“.²⁸ Радбрух је видевши страхоте тоталитарног режима веома брзо увидео да за важење неисправног права не може се „замислити никакво оправдање“.²⁹ Одавде је извукао закључак да је право више од заповести и воље владара или групе на власти. На овај начин је одбацио идеју „закон је закон“ али и увидео да правна сигурност није пресудна вредност коју право ваља да оствари. Наравно, до сукоба одмах долази између правде и правне сигурности, јер правда није везана временом, док је правна сигурност заправо вредност која је директно везана за време. Према њему правда претеже над другим вредностима, а њој служи право, што значи правда иде испре других вредности које баш пре његовом искуству, а подржане правним позитивизмом могу да буду веома добра увертира за тоталитаризам. Међутим, и сам Радбрух признаје антиномије у идеји права које су везане за различито тумачење сврхе, али он не прихвата релативизам као могућ одговор, јер право као „поредак заједничког живота не може остати препуштено разликама у схватањима појединаца, над свима мора постојати један поредак“.³⁰ Дакле, анализирајући однос сврхе у праву одмах констатује сукоб који смо већ споменули, сукоб на равни правна сигурност – правда. Тако констатује да сигурност права одмах захтева и његову позитивност, односно „ако се не може утврдити шта је праведно, мора се прописати шта ће бити по праву“.³¹ Овде се истог тренутка примећује проблем, јер

²⁶ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 44.

²⁷ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 51.

²⁸ Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007, 6.

²⁹ Ibid.

³⁰ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 95

³¹ Ibid.,

се исправност права не може изводити из његове позитивности. Овим путем се одбацују правда и сврсисходност а све у име правне сигурности коју захтева позитивност, коју не можемо да прихватимо јер она захтева да право важи без обзира на његову праведност и сврсисходност.³² Када овај проблем желимо да спустимо на ниво практичне примене права видимо следеће да правоснажност допушта „важење и садржински неисправној одлуци за тај појединачан случај“.³³ Наравно, да се овакав случај не може оставити нерешен, јер „Човек би могао доћи у искушење да изглади противречност између правде, сврсисходности и правне сигурности тиме што би за та три принципа предложио једну ваљану поделу рада...“.³⁴ Та подела рада извршена је на следећи начин правду везујемо за форму права, односно да ли се неки налог може подвести под појам права; сврсисходност везујемо за исправност права, односно да ли његова садржина има карактер исправности а правну сигурност везујемо за појам важења. Ове појмове везао је и за државе, тако везује сврсисходност за полицијску државу, доба природног права за правду а правну сигурност за правни позитивизам.³⁵ Радбрух је непогрешиво приметно да се првне расправе, чак и оне на најапстрактнијом равни, неће ту и завршити, односно имаће своје практичне последице, што се видело у Немачкој његовог доба. Дакле, све правне и филозофско-правне расправе имале су своје веома тешке последице за оне који су били изложени режиму који је неговао правило „закон је закон“. Из таквих времена обично се излазило а улазило увреме ренесансе природног права, те тако изгледа да се целокупна људска историја креће између ове три вредности у неким зачараним круговима.

Емил Ласк заснива своју специфичну теорију вредности унутар филозофије права, те сматрао да „Таква критичка теорија вредности, која чак неће више да измишља надемпиријско право, него само хоће да се опомиње надемпиријског значења емпиријског права...“.³⁶ Његово везивање за теорију вредности говори о свеобухватном погледу на вредности стварност, јер „правна филозофија јесте разматрање вредности права, а емпиријска наука разматрање стварности права, те обе не могу стајати на путу једна другој“.³⁷ За њега свако природно-правно

³² Ibid., 97.

³³ Ibid., 98.

³⁴ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 98.

³⁵ Ibid., 98 и 100.

³⁶ Е. Ласк, *Филозофија права и краћи списи*, 23.

³⁷ Ibid.

настојање „хипостазира правне вредности у правне чињенице“,³⁸ што би даље значило да се из „апстрактних формула вредности може дедуковати постојање правних норми“ односно нема потребе за узимањем „у обзир конкретних историјских односа“.³⁹ Оно што је, према њему, битно је да филозофија права истражује „крајње сврхе права, његов положај у царству културних вредности, његов утицај на начин живота“.⁴⁰ Наравно да ће потом вредност постати незаобилазан садржај сваке правне норме, те тако и наводи Штамлерово схватање да „налажење „исправног права“ у појединачном случају не треба више да буде препуштено самовољи и личном такту, него треба да буде, од стране филозофски школованог судије, предузето једноставним преношењем највишег правнофилозофског критеријума вредности“.⁴¹ Дакле, садржај права је вредносног карактера и захтева одбацавање пуке силе и волунтаризма у процењивању конкретних случајева од стране носиоца власти. Из тог разлога право мора према Јелинеку да представља „етички минимум“.⁴² Одлазак испод тог минимума представља велику опасност за један правни систем, а то може бити спречено путем „критичке теорије вредности“.⁴³

Тако ће, према Николи Висковићу, Ласк и Радбрух одређивати право као део културе који је „управљен на остваривање правде те сигурности“.⁴⁴ На овај начин обојца припадају, према Висковићу, оном делу теорије и филозофије права која се може означити као културалистичка, јер се право може посматрати као „реалан културни чинилац, као животни друштвени процес“.⁴⁵ Ласкова вредносна теорија припада „филозофији културе“, јер је према њему наука о праву „грана науке о емпиријској култури“ што значи да је право „реални културни фактор“.⁴⁶ На овај начин се жели сједињење „јесте“ и „треба“, односно ваља свет вредности довести у везу са светом стварности, јер вредности добијају свој значај тек када учествују у стварности. Када стоје изоловано оне остају „бескорисне“ за културни живот једног друштва. Дакле, вредности су дате и као такве подразумевају и слободу прихватања и одбијања, као

³⁸ Ibid.

³⁹ Ibid., 26.

⁴⁰ Ibid., 29.

⁴¹ Е. Ласк, *Филозофија права и краћи списи*, 31-32.

⁴² Ibid., 40.

⁴³ Ibid., 48.

⁴⁴ N. Visković, *Pojam prava*, Logos, Split, 1981, 121.

⁴⁵ Ibid., 17.

⁴⁶ Г. Фасо, *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица, 2007, 570.

и последице тог прихватања и одбијања. Свако настојање да се садржај права испуни одређеним вредностима представља искорак ка дуготрајности једног правног система.

3. Филозофија права о праву и присили

Закон присиле који постоји, нужно подразумева и то га оправдава да је у складу са принципом свачије слободе, односно за постојање једног правног односа неопходно је да постоји усклађеност самовоље једног са самовољом другог. Са појмом права је и код Канта повезана принуда, која подразумева власт на присилу и то над оним ко крши право.⁴⁷ Што даље за њега значи да право и право на присилу „значе дакле једно те исто“.⁴⁸ Кант ће увек везивати право за слободу и општи закон слободе, те тако урођено право је само једно, односно то је слобода. Дакле, независност од принудне воље другог, једино је урођено право човека, јер може да постоји а према општем закону слободе, са слободом другог, и из тог разлога слобода припада сваком човеку „на темељу његове људскости“.⁴⁹ Овоме додаје и урођену једнакост, која захтева реципроцитет у међусобном обавезивању.⁵⁰ Према њему, јавно право је државно право, односно оно је „скуп закона“ који се даје одређеном народу, а где је потребна „сједињујућа воља“ да би се остварило „грађанско стање“. Ово значи да мора да постоји „повезаност заједничким интересом свих да буду у правном стању“.⁵¹

Идеја права, односно и сама правна наука само је део филозофије.⁵² За Хегела је право апстрактни моменат објективног духа, те је право нешто свето уопште јер је везано и самосвесну слободу, где сваки „ступањ развоја идеје слободе има своје властито право“.⁵³

За појам слободе он везује појам „персоналност“ односно из овога изводи правну заповест „буди особа (*Person*) и поштуј друге као особе“.⁵⁴ Тако право постаје општа воља која је одређена кроз посебну вољу, а неправо је привид, односно злочин је негација и то га чини ништавним, док је

⁴⁷ Г. Фасо, *Историја филозофије права*, 28.

⁴⁸ Ibid., 29.

⁴⁹ Ibid., 33.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ibid., 103.

⁵² G. W. F. Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, Svjetlost, Sarajevo, 1989, 20-21.

⁵³ Ibid., 71.

⁵⁴ Ibid., 84.

казна која се надовезује негација – негације. Како је до тога дошао? Једноставно, ако је злочин нешто негативно, казна не може бити негативна реакција на позитивно.⁵⁵ Из тог разлога право и укида ово повређивање, те зато „Право мора да буде, да се успостави“ и то „против воље злочинца“.⁵⁶ Право је повезао са законом, јер оно добија своју „истинску одређеност“ кроз закон, док ће његова обавезност бити везана за обелодањивање.⁵⁷ Он већ тада види значај обелодањивања права, те каже да они владари који су попут Јустинијана народу дали одређен законик постали су „добročинитељи“ који су „извршили велики акт праведности“, јер нико па ни „јуристички сталез“ нема монопол над законом, односно неко не мора да буде „обућар да би знао да му ципеле пристају“, ово због тога јер се право односи на слободу.⁵⁸ Хегел је препознао динамичност и богатство живота наспрам закона, те је од њега захтевао да с једне стране буде затворена једноставна коначна грађа, али да с друге стране буде како то он каже „непрекинута потреба нових законских одређења“.⁵⁹ Дакле, закон мора да буде отворен према животним чињеницама и животу уопште, што негира његово савршенство које спречава закон да буде отворен за даље одређивање. Овакво стање уверености у савршенство закона, Хегел назива „немачка болест, јер потпуност једног система, подразумева „потпуну сабраност свег појединачног што припада једној сфери, а у овом смислу ни једна наука и знање не може бити потпуно“.⁶⁰ Хегел већ тада увиђа оно што правни позитивизам и нормативизам много година касније неће увидети, а то је ограниченост затворених правних система, јер у њима по самом Хегелу ништа неће напредовати, јер и изнад величанственог постоји величанственије. Ово веома сликовито описује следећим речима: „Али неко велико стабло грана се све више и више а да стога не постаје новим стаблом: ипак би било лудо због нових грана које би могле израсти, не хтјети посадити никакво стабло“.⁶¹ Дакле, његова теорија није теорија затвореног система позитивног права које једноставно важи, јер важи, већ је то право као закон, односно оно је позитивно право које представља одређеност воље народа која се историјски конкретизовала. Његова филозофија права представља једну истински свеобухватну

⁵⁵ Ibid., 172.

⁵⁶ Ibid., 174.

⁵⁷ Ibid., 338 и 343.

⁵⁸ G. W. F. Hegel, *Osnovne crte filozofije prava*, 343.

⁵⁹ Ibid., 344.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Ibid., 345.

представу о томе шта право јесте као динамичка појава, односно одбија да поверује у право као затворену статичку датост овог света.

Рудолф фон Јеринг својом дефиницијом права, одмах обухвата два основна елемента права, како то он назива „моменат норме“ и „моменат његовог остваривања путем принуде“.⁶² На овај начин он је саставио два елемента која чине право, и додаје да име права заслужују оне норме које иза себе имају државу као организацију која има монопол физичке принуде, а како је то једино држава, једино је она извор права. Овако није изопштио из правног система норме других друштвених организација, већ нагласио да оне норме стварају уз „прећутно трпљење од стране државе“.⁶³ Ово према његовом схватању важи и за све облике аутономног права, које се уосталом ствара уз сагласност државе и никада против њеног интереса. Право без принуде не постоји, не може да постоји као што нема „ватре која не гори, светлости која не сија“.⁶⁴ Која ће конкретна власт спроводити право на основу принуде то није важно за дефиницију права, а чим нема принуде, правила која можда и личе на право, постају моралне обавезе. Дакле, моменат принуде је неизбрисив спољашњи моменат права. Унутрашњи моменат права, према њему, чини сама норма, која је једно практично правило, упутство према коме се субјекти на које је упућено и понашају.⁶⁵ Овде ће одмах истаћи да је правна норма императивног карактера, и није ни договор и разговор, већ захтева послушност, односно „Норму према томе треба одредити као *апстрактни императив за људско делање*“.⁶⁶ Након тога он већ иде ка једној од својих основних мисли која краси његову теорију, истиче друштвени циљ, унутар кога он у личности судије стиже до тачке која директно везује право са идејом државне власти, тако право постаје „материја за принуду“.⁶⁷ Када се овако посматра развој његове идеје права није чудно што је он право одредио и као „добро схваћену политику силе“ којој се свако понашање које је супротно наредбама мора означити као неправо.⁶⁸ Ипак, у једном делу налазимо оно што ће каснија дешавања ипак порећи, јер Јеринг инсистира на томе да је сваки акт донет од стране законодавца право и потпуно је легалан акт, те инсистира да законодавац стоји својом моћи изнад закона. Он доне-

⁶² Р. Фон Јеринг, *Циљ у праву*, ЦИД, Подгорица, 1998, 146.

⁶³ Р. Фон Јеринг, *Циљ у праву*, 146

⁶⁴ Ibid., 147.

⁶⁵ Ibid., 150.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid., 152.

⁶⁸ Ibid., 169 и 161.

кле коригује свој став кроз анализу праведности, те идеју неправедног закона он везује за самог законодавца, а не за судију јер овај други стоји испод закона⁶⁹. Анализу појма права води даље, те испитује мотив поковања закона и одмах каже то је „сопствени интерес“ за који још везује и појам „самосавлађивања“.⁷⁰ Целокупно Јерингово учење може се одредити као циљна јуриспруденција, јер и он сам људски живот одређује као „скуп људских циљева“ односно и само друштво у правном смислу одређује као „удружење више особа ради остваривања неког заједничког циља“.⁷¹ Циљна јуриспруденција види друштво као „циљни субјекат“ права и задатак права је да обезбеди животне услове друштва.⁷²

Сама се присила очитује у застрашивању путем правне норме, што се опет посебно јасно види у домену кривичног права које у тренутку прихватања Фојербахове теорије застрашивања прихвата да је она „средство којим се кривично право везује за закон и за чињенично стање и обезбеђује пропорционалност између злочина и казне...“.⁷³ Ово додуше веома јасно звучи, али остаје макар са аксиолошке стране необјашњено шта то закон као вредности носи. Ово из једноставног разлога јер су закони у тоталитарним системима, макар са позитивно-правне равни, ипак били закони, упркос злочиначкој садржини.

Дакле, пре сваког испитивања присиле и застрашивања у кривичном праву ваља решити предправно, односно вредносно питање. То би вукло на онај Радбрухов закључак да је индивидуа као вредност „подруштвљени индивидуалитет“.⁷⁴ Ово даље значи да је индивидуа у закону призната као вредност а не да је „обезличени учинилац дела“.⁷⁵ Ако је он обезличен он је чак и непријатељ своје државе јер „Држава више не представља аритметички збир појединаца из којих је састављена, него резултат, синтезу и сажетост индивидуа, група и класа који је сачињавају, са својим властитим животом, властитим сврхама, властитим потребама и интересима, који по обиму и трајању надживљавају индивидуе, групе и класе и обухватају сва минула, садашња и будућа покољења“.⁷⁶

⁶⁹ Ibid., 161 и 162.

⁷⁰ Ibid., 169.

⁷¹ Р. Фон Јеринг, *Циљ у праву*, 39 и 51.

⁷² Ibid., 203.

⁷³ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 209.

⁷⁴ Ibid., 210.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Меморандум приложен уз нови италијански Кривични законик из 1930. године.

Сва оправдања присиле у домену кривичног права, где се понекад јавља и идеја оживљавања терора у службо државе у једном се делу може везати и за идеју правне сигурности. Као основна вредност правног позитивизма, ова је правна сигурност директно супротна идеји правде, али је ништа мање од правне прихваћена. Чак ће она и лакше бити прихваћена јер је правда некако људима „магловита“ вредност док је правна сигурност нешто што стоји са обе ноге на тлу, нешто што је голим оком јасније видљиво од правде која се понекад чини неухватљивом.

Правда ће као вредност увек стајати испред правне сигурности кривичног права по оној крилатици „*Fiat iustitia, pereat mundus*“.⁷⁷ Радбрух веома јасно увиђа да постоји моменат у државном животу који није везан за вредности. То он јасно види у помиловању до којег долази на неки датум важан и везан за отаџбину. Такво помиловање нећемо везати за правне вредности, ради се заправо о могућности лица која нису укључена у рад државних органа да издејствују помиловање, те тако можемо навести помиловање Вараве у Јеванђељу.⁷⁸

Аксиолошки посматрано кроз помиловање до зграде права почело је да „ниче“ милосрђе као друштвена вредност, додуше како то Викторија Кампс сматра више вредност сиромашних.⁷⁹ Ово, овај „уплив“ других вредности у домен кривичног права неопходан је јер је оно, кривично право мера прописана злу.⁸⁰ Као потреба да се кривично право аксиолошки одреди, односно да буде вредносно оправдано појављује се идеја милосрђа, али са њиме „у свет права продиру вредносне области стране праву, милост као религијска вредност, трпељивост као етичка вредност“.⁸¹

Кроз правну зграду њеном вертикалом пролази и вредност сврхе права, која испуњава појам права. Право јесте проистекло из сопствене сврхе, која се са различитих равни наравно и различито одређује и тумачи, што се посебно може видети у становишту да „процесно право важи безусловно, дакле чак и када не би доприносило сврси остварења материјалног права, него је можда чак и ометало“.⁸²

Наведено према: Г. Радбрух, *Филозофија права*, 211.

⁷⁷ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 224.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ За даље читање видети: V. Kams, *Virtudes públicas*, Madrid, 1990.

⁸⁰ О идеји мере прописане злу видети у: Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, Београд, 2008.

⁸¹ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 225.

⁸² Ibid., 227.

Из овога јасно произлази да је веза између аксиологије и кривичног права неопходна, јер право да поновимо није ствар договора и разговора већ послушности и то такве да његов „заповеднички тон“ и нема ступњеве јер „Законодавац свој заповеднички глас никада не повишава, нити га снижава, он оно што захтева, захтева безусловно и његова воља подједнако и апсолутно обавезује“.⁸³

Сукоба на равни вредности и кривично право одвија се на више равни. Тако Радбрух истиче сукоб између самих вредности али и сукоб вредности и права у чињеници и питању да ли је „бранилац овлашћен да пледира за ослобођење оптуженог од казне, када лично зна за његову кривицу“.⁸⁴ Овде је можда боље него на другим местима јаснао истакнут тај сукоб.

Заправо, ради се најпре о ставу праксе и науке кривичног права која ће одмах истаћи као неспорну процесну чињеницу права на одбрану, коју нико неће оспоравати. Међутим, ради се заправо о преношењу аксиолошког начина посматрања процесног права, јер се поред овог неспорног права на одбрану јавља и питање шта се дешава са друштвом када онај ко је заиста извршио дело извојује слободу и нађе се слободан „на другој страни“. Колика је морална одговорност онога ко до „издејствује“?

На „сцену“ опет ступа правна сигурност као једна од најважнијих правних вредности која истиче став доказане кривице, без које чак ни правне сигурности нема. Ради се заправо о ономе што Роналд Дворкин назива *hard cases* који ће са своје стране захтевати целокупног правника са свом његовим интелектуалним моћима и знањем које превазилази правну науку.

Из тог разлога и ваља помоћу везе између кривичног права и аксиологије реконструисати „филозофију зла“.⁸⁵ Одсуство вредносних судова у домену кривичног права доводи до изузетно опасних последица, на ово је указао Лео Штраус када наводи „Забрана вредносних судова у друштвеној науци могла би да доведе до тога да нам једино буде дозвољено да дајемо стриктно чињеничну дескрипцију очигледних поступака, какви се могу запазити у концентрационим логорима, и можда исто тако чињеничну анализу мотивација оних који чине такве поступке“.⁸⁶ Ово наравно да даље води, односно уводи нас у немогућ-

⁸³ Ibid., 228.

⁸⁴ Г. Радбрух, *Филозофија права*, 228.

⁸⁵ Ј. Павле Други, *Сећање и идентитет*, 13.

⁸⁶ Л. Штраус, *Природно право и историја*, Плато, Београд, 1998, 45.

ност историјске објективности, где не можемо да назовемо њиховим именом, што даље води ка томе да се не може начинити разлика између „аутентичног и лажног; између вишег и нижег, између праве религије и лажне религије, између правог вође и шарлатана; између знања и учености или софизма, између врлине и порока, између моралне осетљивости и моралне тупости, између уметности и кича, између виталности и дегенерације“.⁸⁷

4. Закључак

Веома лако постаје јасно да једнозначног одговора на питање односа вредности и стварности нема, као и одговора на питање односа „јесте“ и „треба“. Међутим, то није изговор за занемаривање овог питања од кога на крају и зависи дуготрајност једног правног поретка. Поредак који пледира на дуготрајност мора да своје оправдање нађе у вредностима а не у присили и њеном формално-правном облику санкцији правне норме. Аксиологија права може да помогне кривичном праву у питању присиле која ионако представља окосницу сваког а посебно кривичног права.

Мноштво института кривичног права добија овај или онај рам из којег шаље поруке грађанима. Наравно, пошто је присила нека врста окоснице оно кривично право се веома често и неће бавити вредностима, али ће то у крајњем резултирати сломом одређеног правног поретка. Такав правни поредак неће нестати због недовољно централизоване власти, већ због одсуства вредности и његовим темељима.

Однос „јесте“ и „треба“ један је од односа који представља клизаву низбрдицу правног поретка, баш због његовог фактичког елемента, понашања људи по правним нормама. Поред присиле коју нико у праву не може да негира, потребан је и одређени степен вере у оно што се чини или не. Јер, ако је страх тај који „гони“ човека да нешто чини или не то чињење или нечињење постојаће све дотле док страха има, и обратно када он нестане са њиме ће нестати и жељено понашање, што ће на крају узроковати пад правног поретка.

Из тог разлога мешавина онтолошко-аксиолошке поставке зграде права и грана права, а посебно кривичног, представља обориву претпоставку опстанка једног правног поретка. Обориву, јер су према Максу Шелеру вредности дате а ми имамо слободу њиховог прихватања или одбијања, те самим ти и обавезу прихватања последица наших одлука и поступака, што се најјасније види код непоштовања диспозиција правних

⁸⁷ Ibid., 53.

норми везаних за кривично право. Иако вредности нису нешто што је човек створио, оне у стварност долазе само путем људског понашања, оно не може да уништи онтолошку суштину вредности али је свакако може компромитовати, посебно за будуће нараштаје, ако се погрешно или половично примењује, јер је полуистина некада гора од лажи.

Литература

Hartmann, N. (2003). *Etika*, Naklada LJEVAK, Zagreb.

Hegel, G. W. F. (1989). *Osnovne crte filozofije prava*, Svjetlost, Sarajevo.

Јеринг, Р. Фон (1990). *Циљ у праву*, ЦИД, Подгорица.

Kant, I. (1999). *Metafizika ćudoređa*, Matica hrvatska, Zagreb.

Кант, И. (1981). *Заснивање метафизике морала*, Београдски издавачко-графички завод, Београд.

Кауфман, А. (1998). *Право и разумевање права*, Гунтенбергова глација, Београд-Ваљево.

Ласк, Е. (2005). *Филозофија права и краћи списи*, Досије, Београд.

Павићевић, В. (1958). *Однос вриједности и стварности у модерној нјемачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд.

Radbruch, G. (1932). *Rechtsphilosophie*, Verlag Von Quelle & Mezer in Leipzig, Leipzig.

Strauss, L. (1992). *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago & London.

Visković, N. (1981). *Pojam prava*, Logos, Split.

Vrban, D. (2003). *Država i pravo*, Golden marketing, Zagreb.

Фасо, Г. (2007). *Историја филозофије права*, ЦИД, Подгорица.

Фојербах, А. (2008). *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци*, Досије, Београд.

Prof. Saša Knežević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,

Prof. Marko Trajković, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

AXIOLOGY AND CRIMINAL LAW

Summary

There is certainly no area of law where the correlation between the axiology of law and positive law is more prominent, or must be exercised in the most perfect way, than the area of criminal law, both in terms of criminal law theory and in the application of positive law. In no other legal area has the axiology of law been more necessary than in criminal law, but also more exposed to “risk” or slippery slopes because even a minor mistake, either intentional or unintentional, may undermine the structural framework of law through criminal law. There is no other area of law where values enjoy better protection than in criminal law, but where they are also much more exposed to denial and violation, which is particularly evident in the application of criminal law. In fact, the application of criminal law is a very complex process which incorporates the comprehensive knowledge of the person authorized to apply the criminal law institutes. No other branch of law will more clearly and sincerely demonstrate that the basis of a legal norm (ground rule) is actually a command which embodies the imperative character of law, indicating that law is not a matter of negotiation and conversation but a matter of obedience, i.e. the rules that must be obeyed and abided by. It gives rise to the ontological question of the actual basis of this command. If the ground norm is based on values that the norm is bound to protect, then it may be assumed that the matter is premised on solid grounds which ensure a valid direction for the development of the legal order. However, we must always bear in mind a rebuttable assumption of the survival of a legal order (embodied in the mixture of ontological and axiological premises) because the application of the law is a “slippery slope” where anything is possible. The slippery slope of the application of criminal law has so far shown the utmost necessity of correlating criminal law and the axiology of law.

Keywords: law, axiology, values, criminal law, legal order.

СТАНДАРДНИ И НЕСТАНДАРНИ ИНСТРУМЕНТИ МОНЕТАРНЕ ПОЛИТИКЕ – ИСКУСТВО ЕВРОПСКЕ ЦЕНТРАНЕ БАНКЕ²

Апстракт: У раду се, полазећи од искуства Европске централне банке, разматрају стандардни и нестандарни инструменти монетарне политике. Примена инструментата монетарне политике зависи од усвојене монетарне стратегије. Као и свака друга централна банка и Европска централна банка се опредељује за стратегију монетарне политике, која је најпогоднија за очување стабилности цена, као примарног циља. Специфичност институционалног уређења Уније, које комбинује јединствену монетарну са децентрализованом фискалном политиком, намеће одређена ограничења и када је у питању избор инструментата монетарне политике. Монетарну контролу ЕЦБ углавном је остваривала интервенцијама на тржишту новца и утицајем на висину каматне стопе. Након избијања глобалне финансијске кризе и немогућности да применом стандардних мера очува финансијску стабилност, ЕЦБ је била присиљена да примени нове, нестандардне инструменте, чија је примена мотивисана жељом да се спречи урушавање финансијског система Европске монетарне уније и, истовремено, очува евро као заједничка валута.

Кључне речи: монетарна политика, Европска централна банка, стандардни и нестандардни инструменти.

1. Увод

Монетарна политика је део економске политике и њен основни задатак је да утицајем на новчане токове обезбеди несметано одвијање

¹ golub@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту који се финансира по Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2023, евиденциони број 451-03-47/2023-01/200120.

економске активности. Према доминантној теорији монетарне политике, централна банка, као субјект монетарне политике, првенствено треба да води рачуна о стабилности цена, што не искључује подршку реализацији осталих циљева економске политике. Она то остварује тако што утиче на понуду новца, висину каматне стопе и кредитну активност банака. Уобичајено је да централне банке, у условима које карактерише развијено финансијско тржиште, на количину новца у оптицају утичу куповином и продајом краткорочних хартија од вредности на финансијском тржишту. Реч је о стандардним инструментима монетарне политике чији се модалитети разликују зависно од развијености финансијског тржишта и модела финансијског система. Глобална финансијска криза из 2007. године из основа је променила начин деловања централних банака. У условима када примена стандардних монетарних инструмената није изазвала жељено дејство, централне банке развијених земаља окренуле су се нестандардним инструментима контроле монетарних токова. У раду се, полазећи од искуства Европске централне банке (ЕЦБ), разматрају стандардни и нестандардни инструменти монетарне политике. Након сагледавања стратегије монетарне политике у Европској монетарној унији и стандардних инструмената чија је примена дефинисана законодавством Европске уније, у раду се анализира увођење нестандардних инструмената од стране ЕЦБ. С обзиром на то да је у еврозони финансијска криза прерасла у дужничку кризу, Европска централна банка је била присиљена да прошири опсег свог деловања и да, од институције која је примарно задужена за монетарну стабилност, еволуира у институцију која применом нестандардних инструмената настоји да спречи урушавање финансијског система и очува евро као заједничку валуту.

2. Стратегија монетарне политике у Европској монетарној унији

Стратегија монетарне политике подразумевамо укупност правила на основу којих централна банка одлучује који ће од постојећих инструмената и мера искористити ради остваривања крајњег циља. Код формулисања стратегије монетарне политике могућа су два приступа. Први, који подразумева дефинисање стратегије монетарне политике са којом се упознаје јавност, којој је централна банка чврсто привржена и која се испољава као једна врста монетарног правила. Монетарне власти се фокусирају на остваривање одређеног циља и прилагођавају инструменте његовом остваривању. Други приступ подразумева дискрециони приступ тј. неспутану слободу монетарних власти, што имплицира подешавање монетарне политике економским околностима. У

односу на дискрециону монетарну политику, стратегија заснована на правилима има предност због тога што има тзв. дисциплинирајући ефекат, повећава предвидивост и кредибилитет и води бољим макро-економским перформансама на средњи рок. На тај начин, обезбеђује се усклађивање очекивања економских субјеката који у том случају рачунају са монетарном политиком чврсто опредељеном да успостави и очува стабилност цена.

Током историје, под утицајем економских криза, стратегија монетарне политике се више пута мењала. Само у двадесетом веку улога централне банке преиспитивана је два пута. Први пут, као одговор на Велику економску кризу 1929-33. године када се централна банка, од институције која је првенствено брине о ликвидности банкарског система, трансформисала у институцију која блиско сарађује са Владом у реализацији економско- политичких циљева. Ова промена дошла је до пуног изражаја 1946. године, када су у Сједињеним Америчким Државама (САД) усвојени прописи (*1946 Employment Act*) који, између осталог, обавезују централну банку да заједно са Владом тежи остваривању циљева, попут раста запослености, производње и куповне моћи.³ Током седамдесетих година прошлог века стратегија монетарне политике се мења. Већина развијених земаља у то време суочила се са проблемом високе стопе инфлације. Као одговор на овај изазов, а под утицајем монетаристичке теорије, улога монетарне политике еволуира и ограничава само на решавање проблема инфлације, односно очувања монетарне стабилности, док се питање реализације осталих економскополитичких циљева препушта извршној власти. Теоријску основу савремене монетарне политике чини *Kydland Prescott*-ов приступ временске неконзистентности.⁴ Реч је о моделу који разматра интеракцију креатора монетарне политике и приватног сектора (предузећа и становништва) и који је показао да се чак и беневољентан субјект монетарне политике суочава са јаким подстицајем да одступи од политике усмерене ка остваривању циља прокламованог у периоду (t) и на тај начин креира „изненадну“ инфлацију у времену ($t-1$) због преференција ка краткорочној политици. У овом моделу се претпоставља да су агенти рационални, односно да при обликовању својих очекивања предвиђају вероватне потезе носиоца монетарне политике. Економски субјекти настоје да „погоде“ стварну стопу инфлације како би се на време заштитили од будуће инфлације. Ова заштита се, пре свега, односи на одређи-

³ Mishkin S. Frederic, *Monetarna ekonomija, bankarstvo i finansijska tržišta*, Beograd, 2006, 411-412.

⁴ *Ibid*, стр. 488.

вање будућих надница, односно цена ресурса које приватни сектор поседује, а које су фиксне унутар једног периода. Очекивања субјеката економске политике да ће неочекиваном инфлацијом изазвати раст производње и запослености бивају изневерена и као резултат имамо субоптималан ниво *output-a* у условима високе инфлације и ниског економског раста. Поред развоја економске теорије, на одбацавање активистичког приступа у монетарној политици допринела је и истрајност високе инфлације седамдесетих година прошлог века, за коју се неподељено прихвата да негативно утиче на економски раст. Као резултат имамо појаву нове монетарне стратегије, чију основу чине следеће идеје: „1) нема дугорочног „*trade-off*“ између *otuputa* (запослености) и инфлације; 2) очекивања су од основне важности за исходе монетарне политике; 3) инфлација има високе трошкове; 4) монетарна политика подлеже проблему временске недоследности; 5) независност централних банака помаже у унапређењу ефикасности монетарне политике и 6) снажно номинално сидро је кључни фактор за стварање добрих исхода монетарне политике“.⁵

Увођење заједничке валуте и прихватање јединствене монетарне политике, јануара 1999. године, од стране једанаест држава чланица Европске уније за Европску централну банку представљало је ново и непознато окружење.⁶ То је, истовремено, значило и да постоји висок степен неизвесности у погледу начина на који ће примењени инструменти монетарне политике деловати (механизам трансмисије монетарне политике). Прелазак на заједничку монетарну политику значио је и могућност промене очекивања која су раније била формирана; затим, постојао је и ризик да емпиријски потврђене везе између економских варијабли постану нестабилне. Такве промене посебно су биле очекиване у финансијском сектору, где су ефекти монетарне уније били најизразитији. То је довело до снижавања обима информација, које су обично монетарни агрегати пружали субјектима монетарне политике. Осим тога, креирање ЕМУ водило је и новом економском простору за које свеобухватни и хармонизовани статистички подаци нису прикупљани (монетарна кретања, подаци о платном билансу, хармонизовни индекс

⁵ Наведено према: F. S. Mishkin, „Strategija monetarne politike: Kako smo dospeli ovde?“, *Panoeconomicus*, 2006, 4, str. 360.

⁶ Коначан корак ка стварању монетарне уније на тлу Европе предузет је маја 1998. године, када је Савет ЕУ одлучио да је једанаест земаља ЕУ (Немачка, Француска, Италија, Шпанија, Холандија, Белгија, Луксембург, Португал, Финска, Аустрија и Ирска) испунило неопходне услове за увођење јединствене валуте почев од 01. јануара 1999. године. Опширније о фазама увођења евра види: С.Голубовић, *Европска монетарна унија : институционални аспекти*, Правни факултет у Нишу, 2007, стр. 28-35.

потрошачких цена и сл.). У таквим условима, ЕЦБ је развила потпуно нову стратегију монетарне политике која је названа „стратегија монетарне политике усмерена ка стабилности“ (*stability-oriented monetary policy strategy*).⁷

Свака централна банка усваја одређену стратегију за вођење монетарне политике, при чему се у стратегији опредељује за варијабле које се налазе између инструмената који јој стоје на располагању и циљева које је поставила. Монетарна политика усмерена ка стабилности је нова и специфична стратегија која рефлектује јединствене околности и институционално окружење са којима се суочава еврозона.⁸ Као и друге централне банке, Европска централна банка не може директно да утиче на стопу инфлације, већ тај утицај остварује дејством на тзв. интермедијарне циљеве, чијим се остварењем обезбеђује постизање примарног циља. Уместо стратегије која се заснива на једном индикатору, односно аналитичком средству, Европска централна банка се определила за стратегију која се заснивала на два упоришта.

Прво је представљала референтна вредност монетарног агрегата МЗ, којем Европска централна банка не поверава пресудну улогу у контроли понуде новца, што ову стратегију сврстава у један од лабавијих облика монетарног таргетирања.

Друго упориште представља од Европске централне банке успостављен индикатор „процена кретања цена“, што овај приступ, по појединим ауторима, сврстава у стратегије које се заснивају на тзв. циљној стопи инфлације.

Према томе, европска монетарна власт је усвојила комбиновану (хибридну) стратегију монетарне политике која је у одређеној мери слична стратегији монетарног таргетирања, али која садржи и поједине елементе таргетирања инфлације.⁹ Прихватањем стратегије са

⁷ У условима које карактерише велики број непознаница, свакако први и најважнији корак, по речима *O. Issing*-а је дефинисање таквог приступа који ће у што је могуће већој мери отклонити опасност од главних грешака у вођењу монетарне политике. Због тога је било неопходно постављање таквих систематских оквира који ће омогућити процену економске ситуације и евентуалних ризика по стабилност цена, као и правремено доношење одлука. О стратегији монетарне политике Европске централне банке у протеклом периоду види: *Issing Otmar, The ECB and the euro – the first 6 years: A view from the ECB*, „Journal of Policy Modeling“, No. 27, 2005, p.408-412.

⁸ Наведено према: *European Central Bank, The Stability Oriented Monetary Policy of the Eurosystem*, Monthly Bulletin, 1999, January, p. 50.

⁹ Усвојена стратегија монетарне политике комбиновала је елементе стратегије монетарног таргетирања са елементима стратегије циљне инфлације. Види: Љ. Лучић,

два упоришта, створени су услови да Европска централна банка код доношења одлука уважи временски хоризонт у којем монетарна политика остварује утицај на реалне привредне токове.

3. Стандардни инструменти монетарне политике

Реализација стратегије монетарне политике подразумева коришћење одговарајућих средстава – инструмената. Инструменти монетарне политике јављају се у форми одлука и акција централне банке којима она остварује утицај на новчане токове. Да би нека варијабла могла да се користи као инструмент монетарне политике неопходно је да испуни захтеве који се иначе везују за инструменте економске политике, а тичу се њихове делотворности, могућности субјеката да утичу на варијаблу у квантитативном и квалитативном смислу, као и потребе да се разликују у односу на друге варијабле (инструменте) са становишта управљивости и ефективности.¹⁰ Централна банка остварује утицај на новчане токове и кредитни потенцијал банака креирањем и повлачењем примарног новца. Најчешће, она то чини куповином хартија од вредности (државне обвезнице, хартије од вредности финансијских и нефинансијских институција), кредитирањем банака и куповином и продајом девиза. Као и остале централне банке, и Европска централна банка настоји да контролом монетарних токова оствари поверене циљеве и задатке. Оно што чини њену улогу специфичном тиче се институционалних оквира европске монетарне уније. Улога националних централних банака држава чланица еврозоне се не губи са формирањем Европске централне банке. У монетарном систему Уније, националне централне банке, поред тога што преко својих представника у органима ЕЦБ учествују у конципирању монетарне политике, узимају учешће и у примени монетарне политике, обављајући послове које им у складу са принципом децентрализације повери наднационална монетарна власт. Додатан изазов представља и специфичност монетарног уједињења држава чланица Уније будући да јединствена монетарна политика није подржана наднационалном економском политиком нити пак земље чланице еврозоне чине оптимално валутно подручје.¹¹ Све то намеће

Монетарни трансмисиони механизам и стратегије монетарне политике, „Банкарство“, 2007, бр. 1, стр. 35

¹⁰ N. Acocella, *The Foundations of Economic policy, Values and technique*, Cambridge University Press, 2000, p. 185-186

¹¹ Према чл. 120. Уговора о функционисању ЕУ, државе чланице Уније су задржале надлежност за вођење економске политике уз обавезу да економску политику воде на начин који доприноси остваривању циљева Уније. Уговор о функционисању Европске

одређена ограничења када је у питању избор инструментата монетарне политике. Да би одређена варијабла могла да има улогу инструменти монетарне политике ЕЦБ она мора да испуне захтеве у погледу:

- оперативне ефикасности, што значи да се ефекти одлука монетарне политике брзо и прецизно преносе на краткорочну каматну стопу;
- једнаког третмана финансијских институција, независно од њихове величине и места њиховог седишта у европростору;
- децентрализоване реализације акција монетарне политике преко националних централних банака;

и најзад, инструменти треба да испуњавају критеријуме у погледу једноставности, транспарентности, континуитета у примени, сигурности и ниских трошкова примене.¹² Захтев у погледу једноставности и транспарентности обезбеђује да се интенције које се налазе у позадини монетарних акција препознају у јавности. Најава одређене монетарне политике биће кредибилна уколико су очекивања јавности о будућој монетарној политици у складу са најављеном политиком.¹³ Спровођење принципа континуитета у примени предупредује честе промене монетарнополитичког инструментарија и процедуре примене. На тај начин, применом истих инструмената у дужем временском периоду увећава се корист од акумулираног искуства, како централне банке тако и других учесника у монетарним операцијама. Принцип сигурности захтева да финансијски и оперативни ризик у активностима Европске централне банке буде сведен на минимум. Штавише, сви пласмани кредитним институцијама према чл. 18. Статута ЕЦБ и ЕСЦБ могу се вршити само уз одговарајуће средство обезбеђења. И најзад, последње начело се односи на ниске трошкове примене инструмената, што значи свођење на минимум оперативних трошкова, како за Евросистем тако и за другог учесника трансакције.

За разлику од других централних банака (нпр. Федералних резерви) које на количину примарног новца утичу куповином обвезница државе,

уније (*Treaty on the Functioning of the European Union TFEU*), „Official Journal of the European Union”, (O.J.), od 9.5.2008. godine. Консолидована верзија овог Уговора и Уговора о Европској унији објављена је 2012. године, Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012.

¹² Наведено према: Scheller K.H, *The European Central Bank: History, role and functions*, ECB, 2004. p. 87.

¹³ Више о улози кредибилитета у вођењу монетарне политике види: Јакшић Миомир, *Централна банка и монетарна обавеза*, „Економски анали”, бр. 160, јан-март, 2004, стр. 97-98.

Европска централна банка није у могућности да примарни новац креира куповином обвезница које би издавала Европска унија (еврообвезнице).¹⁴ Уместо тога, Европска централна банка првенствено делује преко новчаног тржишта. Ради се о концепту посредне контроле ликвидности макросистема који централна банка остварује путем инструмената који делују на кретања каматне стопе на новчаном тржишту.¹⁵ У складу са својом стратегијом монетарне политике, Европска централна банка управља краткорочном каматном стопом на тржишту новца чиме шаље сигнал о смерницама монетарне политике и утиче на стање ликвидности.

Евросистем, који поред ЕЦБ обухвата и националне централне банке држава чланица еврозоне, настоји да оствари примарни циљ иступањем на међубанкарском новчаном тржишту.¹⁶ Коришћењем инструмената монетарне политике, Европска централна банка утиче на ниво ликвидности и каматну стопу с обзиром на то да банкарски систем у еврозони умногоме зависи од понуде примарног новца. Европски финансијски систем је систем заснован на банкама, што значи и већу зависност финансијског система од централне банке, посебно имајући у виду привилеговану позицију централнобанкарске институције у емисији новца, као и обавезу банака да држе обавезне резерве на рачунима централних банака Евросистема. Оваква позиција даје могућност централној банци да користи тржиште новца као кључно место на коме се остварује контрола понуде новца.

Уговор о функционисању ЕУ оставља пуну слободу субјектима монетарне политике да одлуче о инструментима које ће користити. Штавише, Уговор забрањује било какав политички утицај на ЕЦБ од стране институција, органа или тела Уније, влада држава чланица или било ког другог органа.¹⁷ Ближе одређење инструмената које ЕЦБ стоје на

¹⁴ За разлику од Федералних резерви САД којима је имплицитно дозвољено да купују државне обвезнице на примарном тржишту, законодавство ЕУ експлицитно забрањује монетарно финансирање. Види опширније: М. Димитријевић, *Право Европске централне банке*, Правни факултет у Нишу, 2023, стр. 208-209.

¹⁵ Ђировић Милутин, *Девизни курсеви*, Београд, 2000, стр. 140-142.

¹⁶ Према чл. 282. Уговора о функционисању ЕУ Евросистем је тело које води монетарну политику Уније.

¹⁷ Члан 130. Уговора о функционисању, који гарантује независност централнобанкарских институција у обављању поверених послова гласи: „При вршењу овлашћења и обављању задатака и дужности који су им поверени Уговорима и Статутом ЕСЦБ и ЕЦБ, ни Европска централна банка ни било која национална централна банка нити било који члан њихових органа одлучивања не траже нити примају упутства од органа, тела, служби или агенција Уније, влада држава чланица или неког другог

располагању налазимо у Статуту ЕСЦБ и ЕЦБ. Према одредбама Статута¹⁸ (чл. 18), ради остваривања поверених циљева и задатака, ЕЦБ може користити следеће инструменте:

- Операције на отвореном тржишту, под којима се подразумева интервенција на финансијском тржишту директном куповином и продајом (промптно или на термин) или, у складу са споразумом о накнадном откупу, одобравањем или узимањем на зајам потраживања и утуживих инструмената, било у заједничкој валути или валути земље нечланице, као и племенитих метала.
- Кредите за ликвидност, који обухватају кредитне операције са кредитним институцијама и другим учесницима на тржишту, уз одговарајућа средства обезбеђења.
- Обавезне резерве. ЕЦБ је овлашћена да кредитним институцијама држава чланица наложи држање обавезних минималних резерви, у складу са циљевима монетарне политике.
- Остале инструменти монетарне политике. Чланом 20. Статута ЕСЦБ и ЕЦБ предвиђено је да Савет гувернера може да донесе одлуку, двотрећинском већином гласова, о примени других оперативних метода монетарне контроле, који су погодни за реализацију утврђених циљева.

4. Нестандардни инструменти Европске централне банке

Колапс на америчком финансијском тржишту крајем 2007. године изазвао је глобалну рецесију, која се прелила и на европске земље, погоршавајући њихову фискалну позицију. Када су почетком 2010. године тржишта коначно препознала ризик који се везује за државе са високим задуженошћу, каматна стопа на обвезнице ових држава почела је вртоглаво да расте. С обзиром на то да је највећи део инвестираних средстава потицао од европских банака, пад вредности обвезница утицао је на погоршање њихове позиције. До кулминације дужничке кризе долази крајем 2011. године када је висина јавног дуга у односу на БДП

тела. Органи, тела, службе или агенције Уније, као и владе држава чланица обавезују се да ће поштовати ово начело и да неће покушавати да утичу на чланове органа одлучивања Европске централне банке или националних централних банака у извршавању њихових задатака“.

¹⁸ *Protokol on th Statute of the European system of central banks and of the European Central Bank*, OJ C 191, 1992.

достигла границу која чак и њихов банкрот чини могућим.¹⁹ Суочене са кризом, која доводи у питање и опстанак еврозоне, институције Уније дефинисале су програм чију основу чини заустављање неповољних кретања на финансијском тржишту, пре свега интервенцијом Европске централне банке, реструктурирањем дугова, мерама подршке презадуженим земљама и изменама правних оквира на начин који ће обезбедити фискалну дисциплину држава чланица. Од самог почетка кризе Европска централна банка је одлучно и брзо реаговала применом стандардних мера монетарне политике. Први одговор на поремећаје на тржишту заснивао се на процени средњорочног ризика угоржавања стабилности цена у еврозони. Домети монетарне политике тј. њена способност да утиче на макроекономске агрегате, посебно кретање цена, у великој мери зависи од преноса импулса које, применом одређених мера, шаље учесницима на тржишту новца. У условима финансијске стабилности, трансмисиони механизам монетарне политике нормално функционише и централна банка применом стандардних мера успева да утиче на макроекономске агрегате.²⁰ Међутим, током финансијске кризе вођење монетарне политике постаје много сложеније. Криза отежава трансмисију монетарних импулса традиционалним каналима (пре свега преко утицаја на каматну стопу), чиме се смањују домети утицаја инструмената монетарне политике. Како су операције на отвореном тржишту главни инструмент монетарне политике, разумљиво је што снажни поремећаји на финансијском тржишту чине неефикасном примену овог инструмента. Покушај централних банака развијених земаља да снижавањем референтне каматне стопе на најнижи могући ниво (од 0% - 0,25%) дају подстицај опоравку привреде и на тај начин умање последице глобалне финансијске кризе показао се неуспешним. То је уједно значило да је референтна каматна стопа достигла границу након које није могуће вођење експанзивне монетарне политике применом стандардних инструмената.

Немогућност Европске централне банке да конвенционалном монетарном политиком оствари утврђене циљеве разлог је што се она

¹⁹ Готово све земље чланице еврозоне прекорачиле су границу у погледу висине буџетског дефицита (3%). Просечан буџетски дефицит у еврозони достигао је 6,0 % БДП у 2010. години. Буџетска позиција је изразито погоршана у Ирској која је у истој години забележила рекордни буџетски дефицит од 32,4% БДП. С. Голубовић, *Фискална правила у Европској монетарној унији*, СКЦ, Ниш, 2012, стр. 190.

²⁰ Cecioni, Martina and Ferrero, Giuseppe and Secchi, Alessandro, *Unconventional Monetary Policy in Theory and in Practice* (September 14, 2011). Bank of Italy Occasional Paper No. 102, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1998755> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1998755>

одлучује на промену инструмената увођењем нових тзв. нестандартних, односно неконвенционалних инструмената монетарне политике. Инструменте неконвенционалне монетарне политике можемо разврстати у две групе. Прву групу чине квантитативне олакшице које подразумевају мере којима се креира и убризгава свеж новац у финансијске токове, док друга група обухвата тзв. политику будућих смерница, као новог вида комуникационе стратегије чију основу чине најавна будућег смера деловања монетарне политике.²¹ Модалитети примене ових инструмената разликују се зависно од проблема са којима су се централне банке суочавале, односно циљева за чију су реализацију задужене. Тако је централна банка САД првенствено настојала да применом нестандартних инструмената спречи пад привредне активности, односно повећање незапослености. У том смилу, она је квантитативним олакшицама покушавала да подстакне кредитну активност банака и одржи постојећи ниво потрошње. Интензивирање кризе током 2008. године наметнуло је потребу реструктурирања банака, куповином контаминираних активе и спровођењем ригорозних стрес тестова одмах након реструктурирања. Током времена уводе се и различите врсте програма куповине хартија од вредности и то: програм куповине комерцијалних записа (*Commercial Paper Funding Facility - CPFF*), односно програм куповине хартија од вредности покривених потрошачким кредитима и кредитима малим предузећима (*Term Asset-Backed Securities Loan Facility- TALF*).²² Применом ових мера централне банке су настојале да даље редукују висину каматне стопе, побољшају ликвидност на финансијском тржишту и учине доступнијим финансијска средства привредним субјектима и финансијским институцијама. Најзад у категорију нестандартних инструмената сврставају се и мере пружања кредитних погодности које не изазивају промене у величини биланса централне банке, али мењају његову структуру у правцу мање ликвидних и ризичнијих финансијских инструмената. С друге стране, Европска централна банка се определила за примену нестандартних мера попут: негативне каматне стопе на депозите код ЕЦБ, као и за сет мера познат под називом програм за тржишта хартија од вредности. У оквиру овог програма централне банке држава чланица ЕМУ могле су иступати на секундарном тржишту, кад су у питању утрживе обвезнице емитоване од стране државе или јавноправних установа држава чија је валута евро, односно на примарном и секундарном тржишту за хартије од вредности емитоване од стране приватних субјеката који су осно-

²¹ М. Накић, *Комуникација средишње банке – нови instrumenti monetarne politike*, „Зbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu“, 13/2, 2015. стр. 122.

²² А. Јованцаи, Стакић, *Nestandardne mere monetarne politike*, „Bankarstvo“, br.1, 2013: 70-74

вани у европодручју. Почев од 2009. године, реализовано је неколико програма куповине хартија од вредности. У настојању да покрене раст у еврозони, Европска централна банка покренула је програм куповине покривених обвезница (*Covered Bond Purchase Programme*). У периоду од 2010. до 2012, ЕЦБ је спровела интервенције на финансијском тржишту. Јуна 2014. године Европска централна банка најавила је низ операција дугорочног рефинансирања (*Targeted Longer-term Refinancing Operations -TLTRO*), ради подстицања банкарског кредитирања нефинансијског приватног сектора у еврозони. Главни мотив за увођење ових програма био је да се понудом дугорочних средстава под повољним условима подстакне кредитна активност банака. У склопу експанзивне монетарне политике, ЕЦБ је у попис имовине прихватљиве као колатерал уврстила и обвезнице номиноване у еврима са инвестицијским рејтингом које издају небанкарске корпорације са седиштем у еврозони. Суочавање појединих чланица Европске монетарне уније са дужничком кризом присилило је ЕЦБ да 2012. године најави могућност директних интервенција на секундарном тржишту државних обвезница.²³ Програм директних монетарних трансакција односио се на потенцијално неограничену куповину државних обвезница на секундарним тржиштима, са роком доспећа од једне до три године. На тај начин, омогућено је да и државе са ниским кредитним рејтингом дођу до средстава неопходних за финансирање буџетског дефицита. Примена нестандартних мера монетарне политике била је мотивисана жељом да се пружи подршка финансијским тржиштима, односно спречи урушавање финансијског система и подстакне кредитна активност банака. Интервенцијом на финансијском тржишту централне банке су, поред утицаја на цене финансијских инструмената, успеле да поврате поверење инвеститора и на тај начин дају подстицај укупној економској активности.

Друга групу нестандартних инструмената које централне банке уводе као одговор на изазове глобалне финансијске кризе представља нова комуникациона стратегија. У оквиру овог инструмента централна банка упознаје јавност са актуелним мерама и са циљевима и стратегијом монетарне политике коју ће примењивати у будућности. Комуникација централне банке базира се на важећем монетарном правилу и на пројекцијама о кретању стопе инфлације и привредном расту. Бројна емпиријска истраживања показују да пружање информација јавности о мерама монетарне политике има утицај на финансијско тржиште, олакшава привредним субјектима доношење одлука и помаже у реа-

²³ Cour-Thimann, Winkler, *The ECB's non-standard monetary policy measures the role of institutional factors and financial structure*, „ECB Working Paper Series“, No 1528, april 2013, p. 20-23

лизацији циљева централне банке.²⁴ Пружање информација о намераваној политици представља важну промену у начину рада централне банке, за разлику од претходних метода упознавања јавности када су се углавном презентовале процене о актуелним привредним токовима и факторима који могу да угрозе стабилност цена, али не и информације о смеру деловања централне банке у будућности.

5. Закључак

Централне банке, као субјект монетарне политике, настоје да утицајем на монетарне токове остваре утврђене циљеве. По правилу, оне тај утицај остварују операцијама на отвореном тржишту тј. куповином и продајом краткорочних хартија од вредности на финансијском тржишту. Такође, утицај на количину примарног новца остварују применом и других инструмената, попут кредитирања банака. Реч је о стандардним инструментима монетарне политике чији се модалитети разликују зависно од развијености финансијског тржишта и модела финансијског система. Тако Европска централна банка, због специфичности институционалних решења, није у могућности да користи као инструмент куповину еврообвезница, већ је присиљена да на количину новца утиче пре свега краткорочним кредитирањем банака. Глобална финансијска криза из 2007. године из основа је променила начин деловања централних банака. У условима када примена стандардних монетарних инструмената није изазвала жељено дејство, Европска централна банка (као и централне банке других развијених земаља) окренуле су се нестандардним инструментима контроле монетарних токова, од чије примене се очекивало да, без штетних ефеката по стабилност цена, спрече пад привредне активности, односно повећање незапослености.

Литература

Acocella, Nicola (2000). *The Foundations of Economic policy, Values and techniques*, Cambridge University Press.

Голубовић, Срђан (2007). *Европска монетарна унија: институционални аспекти*, Правни факултет у Нишу.

Голубовић, С. (2012). *Фискална правила у Европској монетарној унији*, СКЦ, Ниш.

Димитријевић, Марко (2023). *Право Европске централне банке*, Правни факултет у Нишу.

²⁴ М. Nakić, *Op. cit.*, 2015, str. 124.

European Central Bank (1999). *The Stability Oriented Monetary Policy of the Eurosystem*, Monthly Bulletin, January.

Issing, Otmar (2005). The ECB and the euro – the first 6 years: A view from the ECB, *Journal of Policy Modeling*, No. 27.

Јакшић, Миомир (2004). Централна банка и монетарна обавеза, *Економски анали*, бр. 160, јан-март.

Jovancai, Stakić A. (2013). Nestandardne mere monetarne politike, *Bankarstvo*, br.1.

Лучић, Љиљана (2007). Монетарни трансмисиони механизам и стратегије монетарне политике, *Банкарство*, бр. 1.

Mishkin, Frederic S. (2006). *Monetarna ekonomija, bankarstvo i finansijska tržišta*, Beograd.

Mishkin, F. S. (2006). Strategija monetarne politike: Kako smo dospeli ovde?, *Panoeconomicus*, No 4.

Nakić, Martina (2015). Komunikacija središnje banke – novi instrument monetarne politike, *Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu*, 13/2.

Scheller, K.H. (2004). *The European Central Bank: History, role and functions*, ECB.

Ђировић, Милутин (2000). *Девизни курсеви*, Bridge company, Београд.

Cecioni, M., Ferrero G., Secchi A. (2011). *Unconventional Monetary Policy in Theory and in Practice* (September 14, 2011). Bank of Italy Occasional Paper No. 102, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1998755> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1998755>

Cour-Thimann, Winkler (2013). The ECB's non-standard monetary policy measures the role of institutional factors and financial structure, *ECB Working Paper Series*, No.1528.

Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012.

Protokol on the Statute of the European system of central banks and of the European Central Bank, OJ C 191, 1992.

Prof. Golubović Srđan, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**STANDARD AND NON-STANDARD INSTRUMENTS OF MONETARY POLICY:
THE EXPERIENCE OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK**

Summary

The central bank, as the supreme monetary authority, strives to control money flows by applying monetary policy instruments. Central banks exert their influence on the amount of money in circulation by intervening in the financial market, i.e. buying and selling certain financial assets (government bonds, securities of financial and non-financial institutions). Monetary strategy has a decisive influence on the choice of instruments, i.e. the body of rules by which the central bank is guided when making a decision on the appropriate instrument to achieve the ultimate goal. The modus operandi of central banking institutions primarily depends on institutional solutions and the form of state organization. The specificity of the institutional frameworks of the monetary unification of the EU member states imposed significant restrictions on the actions of the European Central Bank. Unlike other central banks (e.g. the Federal Reserves) which may affect the amount of primary money by purchasing government bonds, the European Central Bank is unable to create primary money by purchasing bonds issued by the European Union (eurobonds). Instead, the European Central Bank primarily operates through the money market. It entails the concept of indirect control of the liquidity of the macrosystem, achieved through instruments that affect interest rate movements on the money market.

Relying on the experience of the European Central Bank, the paper discusses the standard and non-standard instruments of monetary policy, whose application largely depends on the adopted monetary strategy. Like any other central bank, the European Central Bank (ECB) chooses a monetary policy strategy which is most suitable for preserving price stability, as the primary goal. The specificity of the institutional framework of monetary unification of the EU member states, which combines a single monetary policy with a decentralized fiscal policy, imposes significant restrictions on the actions of the European Central Bank and its choice of monetary policy instruments. The ECB mainly exercised monetary control through interventions in the money market and the impact on the interest rate. After the outbreak of the severe global financial crisis in 2007 and the impossibility to maintain financial stability by applying standard measures, the ECB was forced to apply new, non-standard instruments. The

application of non-standard instruments was motivated by the desire to prevent the collapse of the financial system of the European Monetary Union and, at the same time, preserve the euro as a common currency.

Keywords: *monetary policies, European Central Bank, standard and non-standard instruments.*

ТЕМЕЉИ АЛГОРИТМИЗАЦИЈЕ ПРАВА: ПРИМЕР ХОХФЕЛДОВЕ ТАКСОНОМИЈЕ²

Апстракт: „Алгоритмизација“ права је процес конверзије правних правила у алгоритам у циљу дефинисања правне норме у формату који је разумљив и подобан за даљу дигитализацију кроз процес програмирања. Напредак технологије условио је да се актуелизују одређени приступи претварања права у алгоритам, односно симболичку формулу и даље у програмски код. Пример таквог приступа је Хохфелдова таксономија, базирана на идеји да су права и обавезе иста релација коју разликује само перспектива правних субјеката на које се наведена релација односи. Примена Хохфелдове таксономије и њено поновно откривање је омогућило напредак у погледу дефинисања правних концепата с циљем њихове (на математичким и логичким симболима засноване) анализе. Хохфелд правне појмове своди на објективизирани информације чиме се олакшава њихова употреба и трансформација у програмски код.

Кључне речи: право као код, Хохфелдова таксономија, спецификација права.

1. Увод

Развој технологије условио је потребу да се право као феномен сагледа у контексту његове примене у дигиталном окружењу. Описано сагледавања подразумева следеће:

- постојање дефинисаног правног питања које мора да буде преведено у форму која је читљива ауторима рачунарских програма;

¹peri@prafak.ni.ac.rs

²Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120 од 03.02.2023. године.

- утврђивање спецификације правног правила које је предмет претварања у програмски код, на начин да се утврди питање дистрибуције одговорности између правних субјеката у циљу идентификације критеријума испуњења правне обавезе у складу са правним правилом;³
- постојање оквира који ће омогућити повезивање између правних правила са једне, и спецификације права за потребе информационог система, са друге стране.

Метод који омогућава повезивање правних правила и спецификације програмерског задатка је алгоритмирање права.

2. Право као алгоритам

Алгоритам је план решавања одређеног проблема кроз предузимање појединачних корака. У правном контексту, алгоритам је посебан начин управљања понашањем правних субјеката у складу са правним правилима. Описано управљање спроводи се одабиром информација о понашању страна, те контролом и усмеравањем спровођења правне норме у складу са тим понашањем. „Алгоритмизација“ права је процес конверзије правних правила у алгоритам у циљу дефинисања правне норме у формату који је разумљив и подобан за даљу дигитализацију кроз процес програмирања. Описано дефинисање се у контексту програмирања назива спецификација.⁴

Алгоритмизација је метод који посредује између правника као аутора правног текста (правне прозе) и програмера.⁵ Алгоритмирање права омогућава интегрисање правних правила захваљујући постојању идентичне структуре закључивања: право и програмирање засновани су

³ Siena, Alberto, et al. "From Laws to Requirements." https://www.researchgate.net/profile/Anna-Perini-2/publication/224392815_From_Laws_to_Requirements/links/00463519e064ae5d5f000000/From-Laws-to-Requirements.pdf, стр. 3. Приступљено на дан 01. 11. 2023. године.

⁴ Спецификација је алат који проналази мост између два различита концепта: оног који се користи да се изрази норма и оног који се користи да се спецификују захтеви према програмеру. Видети више *infra* у тач. 2. 2. 2.

⁵ Успешно претварање правне прозе у код захтева сталну, холистичку и ефикасну сарадњу између правника и програмера. Интеграција уговорне одредбе у програмски код захтева интерпретацију правних правила: тумачи правних правила су правници. Циљ тумачења је да код буде дефинисан на начин који је у складу са правним правилима. Оквир те сарадње је тзв. „систем правне експертизе“ (е. „Legal Expert System“: даље и: ЛЕС). Видети више у Merigoux, Denis. "The Specification Problem of Legal Expert Systems." (2022). <https://inria.hal.science/hal-03541637/document>. Приступљено 01. 05. 2023.

на правилима чијом применом се долази до одређених ставова који могу бити образложени и реконструисани. Програмски језик прати стриктна правила програмирања; језик правног текста, пак, заснован је на језичким принципима природног језика у функцији формулисања правног правила. Процес настанка и норме и програмског кода има дефинисану структуру и правила контроле. Програмер, као и правник, процесуира одређене податке поступајући у складу са задатим правилима структуре и формата.

Програмирање, поред познавања програмског језика у питању, укључује примену логике, коришћење математике као и друге методе које иду изван простог учења програмског језика. Успешно претварање правне прозе у програмски код захтева сарадњу правника и програмера с циљем очувања валидности и ефикасност правне норме која је предмет наведене конверзије.

2.1. Улога симболичке логике у алгоритмирању права

Разумевању алгоритмизације уговора од помоћи су механизми и правила формалне логике. Правници су одувек користили логику: она припада каталогу методолошких инструмената сваког правника. Сама конструкција норме (диспозиција и санкција) погодује представљању у форми логичког исказа. Правила формалне логике омогућавају систематско „уситњавање“ (пулверизацију, рашлањивање) правног текста кроз логичку матрицу, чиме се олакшава процес алгоритмизације кроз кораке.⁶

Правници логику схватају интуитивно: ипак, њено коришћење за формално представљање (па и рашлањивање) правног правила захтева додатна знања. Ова знања су тим пре неопходна што постоје правила која нису подобна за логичко представљање: празнине, двосмисленост или нејасноћа неретко су свестан избор креатора норме како би се обезбедила маргина флексибилности функционисања правног правила.

⁶ Дигитализација је трансформисала право на начин који формира нову таксономију правних норми: критеријум наведене иновативе таксономије формата је однос правне норме и података у форми алгоритма. Описана подела је трихотомна и обухвата: право засновано на тексту (е. *Text driven code*); право засновано на програмском коду (е. *Code driven law*), право засновано на подацима (*Data driven law*). Право засновано на тексту базира се на коришћењу језика и правне терминологије; у случају права заснованог на коду кључна је формална логика примењена и отелотворена у правилима програмирања која примењује одређени програмски језик; право засновано на подацима примењује статистичке методе анализе и закључивање. Видети више у: Hildebrandt, Mireille, “Algorithmic Regulation and the Rule of Law.” (2018). <https://repository.uhn.ru.nl/bitstream/handle/2066/200765/200765.pdf?sequence=1>. Приступљено на дан 01. 11. 2023. године.

Структура уговора (корелација права и обавеза праћена одговорношћу за неизвршење) посебно је погодна за представљање у логичким исказима. Стога ће примена симболичке логике бити илустрована приступом Лејмана Алена (е. *Layman E. Allen*). Резултат његовог приступа је метод формулисања уговорних одредби (е. „*Writings in signs*“) симболима формалне логике. Ален користи формалну логику за формализовање уговора употребом шест симбола:

- импликације (*IFTTT*-е. „*If this, than that*“: „ако је ово, онда је то“);
- коимпликације (коимпликација се дефинише као коњуункција две посебне импликације: прве да „P“ имплицира „Q“ и друге да непостојање „P“ имплицира непостојање „Q“);
- коњуункције која повезује два исказа везником „и“;
- ексклузивне дисјункције (тврдња која је тачна уколико су први или други исказ тачни, али не и оба; „P“ или „Q“ али не и „P“ и „Q“);
- инклузивне дисјункције (тврдња која је тачна уколико су обе премисе тачне или уколико је тачна само једна од њих: „P“ или „Q“ & „P“ и „Q“), и
- негације.⁷

Уговорна одредба се претвара у алгоритам путем системског рашлањивања (пулверизације) правног текста кроз кроз логичку матрицу чиме се омогућава процес алгоритмизације уговора кроз кораке. Однос примарних елемената уговора дефинише логички однос између њих коришћењем шест наведених оператора.

Горе наведеном анализом силогизама правних текстова утврђен је основ за савремено истраживање о начинима на које се програмски језици могу користити за дефинисање правних докумената: омогућено је раздвајање конститутивних елемената у правном документу и сведено дефинисање логичког односа између њих. Предност описане анализе је могућност детектовања контрадикторности текста, као и различитих опција за интерпретацију норме. Ипак, систем изражавања дефинисан правилима формалне логике, који је несумњиво прецизан и допушта једноставно секвенцирање, нема довољно експресивности за све нијансе правних правила дефинисаних у формату правног текста.

⁷ *Allen, Layman E. "Symbolic logic: A razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents." Yale LJ 66 (1956): 833, cmp. 833-854. https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4019/Symbolic_Logic_A_Razor_Edged_Tool_for_Drafting_and_Interpreting_Legal_Documents.pdf?sequence=2. Приступљено на дан 01. 11. 2023. године.*

Ален је учинио напор да право представи кроз логичке симболе; он међутим није ишао даље од тога, правна правила је презентовао кроз симболичке формуле, не дирајући у основне концепте и појмове на којима се право заснива.

2.1. Хохфелдова таксономија правних појмова

Карактеристичан пример који је учинио корак даље у смислу да логички/математички начин размишљања интегрише у правни дискурс, настао је много раније: наиме, оригиналан приступ у погледу сагледавања права као логичке структуре у циљу његовог претварања у објекат „математизације“ и представљање у логичким формулама, установио је Весли Хохфелда (*Wesley Hohfeld*), правник из Сједињених Америчких Држава који је живео почетком прошлог века. У свом семиналном раду *“Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning”*⁸ Хохфелд је развио модел за представљање правних обавеза у формату математичких формула.

Хохфелд постулира да је „једна од највећих препрека за јасно разумевање, оштроумно формулисање и истинско решење правних питања постојање изричите или прећутне претпоставке да се сви правни односи могу свести на „права, и „обавезе.“⁹ Уместо наведене дуалне поделе на „права и дужности“, Хофелд је идентификовао осам правних концепата као „заједничке именоване“ права:

- привилегију/повластицу (е. *Privilege*),
- захтев/право (е. *Right/Claim*),
- моћ (е. *Power*),
- имунитет (е. *Immunity*),
- не-право/не-захтев (е. *No-right*),
- дужност/обавезу (е. *Duty*),
- одговорност (е. *Liability*),
- немогућност (е. *Disability*).

Циљ формулисања ових концепата је у време њиховог дефинисања био је да се правна норма учини читљивом у процесу примене математичких образаца. *Mutatis mutandis*, као феномен „повратка у будућност“, овај

⁸ *Hohfeld, W. N.. Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning. 23 Yale L.J. 16, 28-59 (1913)*

⁹ *Hohfeld, op. cit.*, стр. 28.

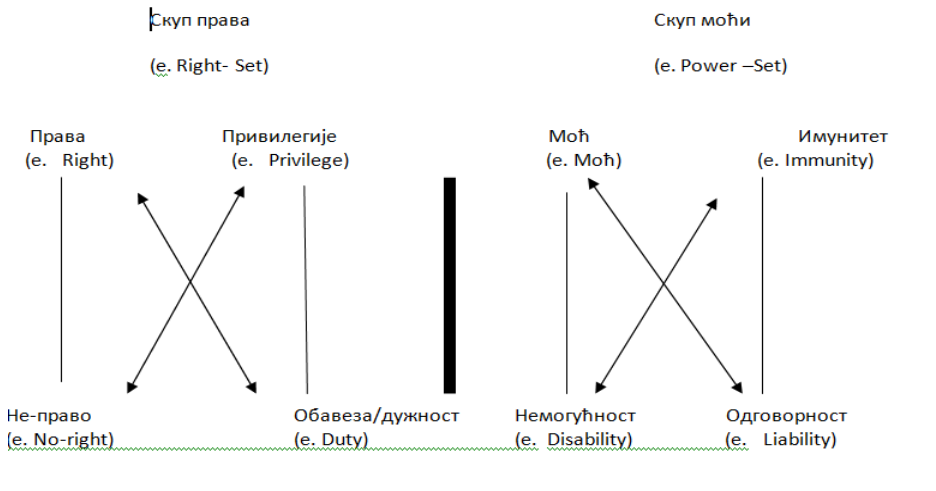
приступ се данас користи интензивно у истраживањима усмереним на моделирање и развој рачунарских програма намењених претварању права у програмски код.¹⁰ Наиме, тек напредак технологије који је омогућио да „математизација“ правне норме има реалан значај и примену (у контексту претварања права у програмски код) дао је стварну применљивост (а самим тим и провоцирао интерес програмерске, па и правне заједнице) Хохфелдовим шемама.¹¹

Хохфелд заступа идеју да су права и обавезе исти однос који разликује само перспектива правних субјеката на које се односе.

Хохфелдов концепт пошао је од следећег: правна норма се односи на дефинисање правних односа и уобичајено схватање њеног садржаја је да се тичу права (e. *right*) и обавеза (e. *duties*). Хохфелд наведеној бинарној структури (права и обавезе) додаје и појам моћи (e. *power*), под којим се подразумева способност стварања правних односа одређеним понашањем (способност која се може или не мора искористити).

Описани приступ резултирао је систематизацијом правних концепција у парове корелативних и супротних појмова (слика 1).

Слика 1: Шема Хохфелдове таксономије



¹⁰ Видети на пример *Pascucci, Matteo, and Giovanni Sileno. "A formal, diagrammatic, and operational study of normative relations." Journal of Logic and Computation 33.4 (2023): 764-795.*

¹¹ Видети више *infra* у напомени 12.

Хохфелд је поставио правне односе као релације. Тиме је правни однос постао објективизиран што је карактеристика која је неопходна за претварање правног правила у алгоритам, односно у програмски код. Објективизација је базирана на систематизацији правних норми према два критеријума.

Први критеријум јеподела правних норми на оне које су базиране на концепту права, односно правних овлашћења (е. „*Claims*“) и норме које су базиране на концепту „моћи“ (е. „*Power*“).

У прву групу норми спадају: права, обавезе, не-право и привилегије. У другу групу спадају правна правила са карактером моћи, одговорности, немогућности и имунитета.¹² Ова друга група садржи концепте који означавају способност правног субјекта да промени правне односе који настају између њега и других правних субјеката.

Појмови који се појављују на левој страни (слика 1) припадају скупу „права“ (правила понашања); права, обавезе, не-права¹³ и привилегије. Појмови који су на десној страни спадају у скуп „моћи“ (трансформативна правила).

2.2. Корелативност и супротност као принципи Хохфелдове таксономије

Други критеријум систематизације правних концепција које карактеришу правне норме у Хохфелдовој таксономији базиран је на примени два принципа: први је корелативност, а други је принцип супротности.

Принцип корелативности подразумева следеће: два права су корелативна када право особе А подразумева постојање особе Б која има корелативну обавезу према А. Пример корелативности је однос права да се тражи и добије приступ подацима, и обавезе/дужности да се тај приступ обезбеди. Принцип корелативности постоји и између концепата: привилегија-не-право; моћ-одговорност; имунитет-немогућност (видети Табелу 1; у Хохфелдовој шеми, концепти који су повезани дијагоналама су правни корелативи-видети Слику 1).

¹² Griffo, Cristine, Joao Paulo A. Almeida, and Giancarlo Guizzardi. "Legal relations in a core ontology of legal aspects based on Alexy's theory of constitutional rights." JURIX'2016 Conference. Anais. 2016. https://www.academia.edu/download/51557888/paper-UFO-L_-_A_Legal_Core_Ontology_based_on_Alexys_Theory.pdf. Приступљено на дан 01. 11. 2023.године.

¹³ Термин „не-права“ не постоји у правном вокабулару. Ради се о термину који дефинише „одсуство права“.

Табела 1: Хохфелдови правни корелативи (е. „jural correlatives“)

Право (е. „Right“)	Привилегија (е. „Privilege“, „Permission“)	Моћ (е. „Power“)	Имунитет (е. „Immunity“)
Обавеза/ дужност (е. „Duty“)	Не-право/ немање права (е. „No-right“)	Одговорност (е. „Liability“)	Немогућност (е. „Dissability“)

Први пар корелатива у Хохфелдовој шеми је пар право/обавеза. Пример корелативности права и обавезе је следећи: уколико страна А има право да се изврши/не изврши одређену радњу Х у односу на страну Б, тада страна Б има обавезу која је кокрелативна праву стране А (да изврши/не изврши захтев стране А).

Други пар корелатива у Хохфелдовој шеми је пар „привилегија/не-право“. Привилегија је право особе да изврши неку радњу, независно од воље других који не могу од њега захтевати да ту радњу изврши, и због тога су у стању „без права“ (е. „No-right“): пример је конобар у ресторану коме се може оставити напојница, али он то не може да тражи од госта.

Трећи корелатив из Хохфелдове шеме је пар „моћ/одговорност“. Моћ је правна способност да се произведе промена у правној ситуацији другог субјекта који има корелативну одговорност. Примери овлашћења су моћ склапања уговора (коришћење моћи/права склапања уговора доводи до уговорне одговорности уговарача). Одговорност је стање у којем се појединац налази након кршења уговора или кршења било које обавезе која почива на њему. На пример: уколико страна А пошаље понуду страни Б, дајући јој понуду да страни Б прода парцелу која вреди 10.000 долара, она истовремено ствара моћ прихватања понуде од стране Б. Страна Б прихватањем ствара обавезу страни А, а самим тим и одговорност стране А да испуни уговор.

Четврти корелатив Хохфелдове шеме је пар „имунитет/немогућност“. Имунитет је право да правни положај субјекта остане изван домашаја правних утицаја других правних утицаја. Ти други актери су у стању немогућности (е. „Dissability“) јер не могу да мењају правну ситуацију правног субјекта који има имунитет.

Принцип супротности је да постојање одређеног концепта искључује постојање другог (Табела 2). У Хохфелдовој шеми, концепти који се појављују у истој колони су правне супротности (видети Сliku 1).

Табела 2: Хохфелдове правне супротности (engl. „*Jural opposites*“)

Право (е. „Right“)	Привилегија (е. „Privilege“, „Permission“)	Моћ (е. „Power“)	Имунитет (е. „Immunity“)
Не-право/ немање права (е. „No-right“)	Обавеза/Дужност (е. „Duty“)	Немогућност (е. „Disability“)	Одговорност (е. „Liability“)

Заједнички приказ Хохфелдових правних корелатива и правних супротности је дат у Табели 3.

Табела 3: Хохфелдови концепти као корелативи и супротности

Правни концепти	Правне супротности	Правни корелативи
Право (е. „Right“)	Не-право/немање права (е. „No-right“)	Обавеза/Дужност (е. „Duty“)
Привилегија (е. „Privilege“, „Permission“)	Обавеза/Дужност (е. „Duty“)	Не-право/немање права (е. „No-right“)
Моћ (е. „Power“)	Немогућност (е. „Disability“)	Одговорност (е. „Liability“)
Имунитет (е. „Immunity“)	Одговорност (е. „Liability“)	Немогућност (е. „Disability“)

2.3. Пример Хохфелдове таксономије

Хохфелд је примерима илустровао суштину наведених концепција.

У хипотетичком примеру, ради се о односу два правна субјекта А и Б, од којих А има посед земљишне парцеле.

а) Корелатив „право-обавеза“

А поседује земљу. А има право да од Б тражи да се овај клони његове земље. **Корелатив** овог права је дужност Б да не узнемирава његову својину на земљи.

б) Корелатив „привилегија/немање права“

А има **привилегију** да уђе на своју земљу; А нема дужност према Б да се клони своје земље. Корелативно овој привилегији, Б нема право (е. „*No-right*“) према А да тражи да се овај клони своје земље.

ц) Корелатив „моћ/одговорност“

Власник земљишта, **А**, има **моћ** (овлашћење) да расплаже својим власништвом и да да промени правну ситуацију **Б** ако му прода своју земљу. Резултат ове радње је да:

- **А** више нема право према **Б** да тражи да се **Б** клони земље;
- **Б** више нема дужност/обавезу према **А** да се клони земље;
- **А** не може више имати привилегију да уђе на земљу и
- **Б** може имати право према **А** да овај други остане ван земље и привилегију да уђе у њу (као што је ту привилегију имао **А** пре продаје).

Продајом свог земљишта, **А** ствара нову правну ситуацију у којој је **Б** одговоран за земљиште.

д) Корелатив „имунитет/немогућност“.

Субјект **А** има одређене имунитете према **Б**; на пример, **Б** има недостатак моћи (е. „Dissability“) да преузме одређене правне интересе на земљишту које је раније припадало **А** без радње самог **А** (на пример уколико је раније било издато, не може да раскине уговор о закупу без учешћа **А**; у делу важења уговора о закупу, тај правни однос и сам закупац имају имунитет од деловања **Б**).

3. Значај Хохфелдове таксономије

Примена Хохофелдове таксономије и њено поновно откривање је омогућило напредак у погледу дефинисања правних концепата с циљем њихове (на математичким и логичким симболима засноване) анализе. Хохфилдове шеме добиле на значају када се јавила реална потреба и стварна могућност за претварање норме у програмски код (нарочито код реализације паметних уговора).¹⁴ Наведена новооткривена улога Хохфелдове таксономије била је могућа из неколико разлога.

Прво, Хохфелд правне појмове своди на објективизирани информације. Управо описане објективне информације базиране на сагледа-

¹⁴ Пример коришћења Хохфелдових концепција и таксономије је програмски језик *Notos*. *Notos* је развијен да би се омогућило моделирање спецификације правне норме у циљу њеног даљег програмирања. Заснован је на Хохфелдовој правној таксономији. Користи се како би се правни концепти моделирали коришћењем циља норме, условима и захтевима правне теорије у контексту конкретног захтева за спецификацију, уз узимање у обзир стратешке зависности правних субјеката и њихових мотива. Кроз дефинисање циљева актера анализирају се могућа решења и приступи. Видети: *Kusyanti, Apu, Legal Risk Analysis. 2015. стр. 41. passim.*

вању правног односа као релације су од значаја за претварање правне норме у алгоритам, односно за њено представљање у математизираним/логичким/алгоритамским матрицама.¹⁵

Друго, Хохфелдова таксономија обезбеђује „најбоље из оба света“: с једне стране је подобна за „математизацију“, а са друге стране има распон укључених концепција и ниво апстракције који омогућава да експресивност норме у формату Хохфелдових правних појмова буде слична изражајности и нијансама правних текстова: конструкти попут права, обавеза, моћи, имунитета ефективно постоје у правним нормама, што даје предност Хохфелдовој таксономији у односу на примену метода симболичке логике која је лимитирана сопственим операторима¹⁶.

Треће, концепти Хохфелдове таксономије су дескриптивни (а не прескриптивни, односно вредносни): као такви су мост између два правна дискурса: аналитичког (којим се описује „право које јесте“, засновано на опису услова примене и циља правног правила) и нормативног (који се у правним концептима користи да би се определило шта би требало да буде резултат правне норме-„шта би право требало да буде“).¹⁷ Хохфелдова таксономија не описује оно што би стране требало да раде, већ који су правни односи који их повезују. Тиме ствара темељ за суштински задатак програмирања правне норме: повезивање описа циљева субјектата правног односа са описом правне норме. Ово повезивање претпоставља дефинисање услова који морају да буду испуњени да би се сматрало да постоји склад између тих циљева (еманираних у форми програмског кода) и саме норме.

Формални метод горе наведеног повезивања циљева правних субјектата и правних норми кроз програмирање правног односа је процес спец-

¹⁵ Siena, Alberto, et al. "A meta-model for modelling law-compliant requirements." 2009 Second International Workshop on Requirements Engineering and Law. IEEE, 2009. https://www.researchgate.net/profile/Alberto-Siena/publication/224136217_A_Meta-Model_for_Modeling_Law-Compliant_Requirements/links/55f2839108ae0af8ee1f8da6/A-Meta-Model-for-Modeling-Law-Compliant-Requirements.pdf, стр. 2. Приступљено на дан 01. 11. 2023. године. .

¹⁶ О улози формалне логике видети више supra у тач. 2. 1 овог рада.

¹⁷ Ова разлика је блиска односу између нормативне и аналитичке јуриспруденције. Аналитичка јуриспруденција полази од тога да се правно правило тумачи и примењује у складу са оном што „јесте право“. Комплементарна аналитичкој јуриспруденцији је нормативна јуриспруденција, која полази од тога „шта би право требало да буде“. Видети више у: Brian Leiter, „*Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology Problem in Jurisprudence*“ *The University of Texas School of Law American Journal of Jurisprudence*, Vol. 48, pp. 17-51, 2003., http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312781, Приступљено на дан 20. 07. 2013. године.

ификације пројектног задатка. Спецификација је упућена програмеру. Њоме се утврђује системски оквир за спровођење правних правила у контексту дефинисаних циљева правних субјеката, кроз алгоритам као формат правне норме упућен програмеру у циљу креирања програмског кода.¹⁸

Док се правна правила односе на права, обавезе, привилегије и одговорности правних субјеката, елементи спецификације дефинишу циљеве који се правним правилом имају испунити, те карактеристике алгорита (и касније програмског кода) како би ови циљеви били испуњени у складу са правом. Утврдити елементе спецификације из правног правила значи установљивање системског процеса за спровођење тог правила кроз дефинисање циљева заинтересованих страна са следећим резултатом: уколико су наведени циљеви испуњени кроз дефинисање алгорита и касније програмског кода, право у форми кода и његова примена је у складу са правном нормом која је предмет алгоритмирања и програмирања.

Литература

Allen, L.E. (1956). "Symbolic logic: A razor-edged tool for drafting and interpreting legal documents," *Yale LJ* 66, 1956, стр. 833-854. Приступљено 01. 11. 2023. https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/4019/Symbolic_Logic_A_Razor_Edged_Tool_for_Drafting_and_Interpreting_Legal_Documents.pdf?sequence=2

Griffo, C., Almeida, J. P.A., Guizzardi G. (2016). "Legal relations in a core ontology of legal aspects based on Alexy's theory of constitutional rights," *JURIX-2016 Conference, Anais*; Приступ 01. 11. 2023. https://www.academia.edu/download/51557888/paper-UFO-L_-_A_Legal_Core_Ontology_based_on_Alexys_Theory.pdf

Hildebrandt, Mireille (2018). *Algorithmic Regulation and the Rule of Law*, 2018; Приступ 1.11.2023, <https://repository.ubn.ru.nl/bitstream/handle/2066/200765/200765.pdf?sequence=1>

Hohfeld, W. N. (1913). *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. 23 *Yale L.J.* 16, 28-59.

Leiter, B. (2003). *Beyond the Hart/Dworkin Debate: The Methodology*

¹⁸ Први корак спецификације је "шта право јесте", пре него што се утврди "шта би требало да буде"; због тога је Хохфелдова таксономија (базирана на објективизираној постојећој релацији између укључених концепата) подобан темељ за алгоритмизацију права.

Problem in Jurisprudence, *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 48, pp. 17-51, 2003, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312781, Приступљено 20. 07. 2013. године.

Merigoux, D. (2022). "The Specification Problem of Legal Expert Systems," 2022; <https://inria.hal.science/hal-03541637/document>, Приступљено 01. 05. 2023.

Pascucci, M., Giovanni S. (2023). "A formal, diagrammatic, and operational study of normative relations." *Journal of Logic and Computation* 33.4. 764-795.

Siena, A., Mylopoulos J., Perini A., Angelo Susi A. (2008). From Laws to Requirements, Conference paper, Oct. 2008, https://www.researchgate.net/profile/Anna-Perini-2/publication/224392815_From_Laws_to_Requirements/links/00463519e064ae5d5f000000/From-Laws-to-Requirements.pdf (стр. 3). Приступљено 01. 11. 2023. године.

Siena, A., Mylopoulos J., Perini A., Angelo Susi A. (2009). "A meta-model for modelling law-compliant requirements," 2009 Second International Workshop on Requirements Engineering and Law, IEEE, 2009. (стр.2). Приступљено 01. 11. 2023.; https://www.researchgate.net/profile/Alberto-Siena/publication/224136217_A_Meta-Model_for_Modeling_Law-Compliant_Requirements/links/55f2839108ae0af8ee1f8da6/A-Meta-Model-for-Modeling-Law-Compliant-Requirements.pdf

Prof. Predrag N. Cvetković, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**THE FOUNDATIONS OF ALGORITHMIZATION OF LAW: THE EXAMPLE OF
HOCHFELD'S TAXONOMY**

Summary

The “algorithmization” of law is the process of converting legal rules into an algorithm in order to define a legal norm in a format that is understandable and suitable for further digitization through the programming process. The rapid technological development has conditioned the actualization of certain approaches to converting a legal rule into an algorithm, i.e. into symbolic formulas and their subsequent transformation into the program code. An example of such an approach is Hochfeld's taxonomy, which is based on the idea that rights and obligations are essentially the same relationship which differs only from the perspective of the legal entities involved in this relationship. The application of Hochfeld's taxonomy and its rediscovery has contributed to defining legal concepts with the aim of their analysis (based on mathematical and logical symbols). Hochfeld reduces legal concepts to objectified information, which facilitates their use and transformation into the program code.

Keywords: law as a code, Hochfeld's Taxonomy, specification of legal rules.

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЧУВЕНИХ (РЕНОМИРАНИХ) ЖИГОВА²

Апстракт: Жиг представља значајно право индустријске својине. Уз ознаку географског порекла спада у знакове разликовања. Жиг је право (облик заштите) којим се штите знаци који служе за обележавање роба и услуга и њихово разликовање од сличних роба и услуга других произвођача, односно пружаоца услуга. Да би се стекло право на жиг потребно је испунити материјалне и формалне услове. Материјални услови су позитивни и потребно је њихово испуњење, док се у исто време захтева одсуство тзв. негативних услова. Формални услови огледају се у спровођењу управног поступка пред надлежним државним органом и доношењу решења. Постоји велики број подела и врста жигова, а једна од најзначајнијих је подела на ноторне (општепознате) и чувене жигове. Чувени жигови служе за обележавање роба (услуга) врхунског квалитета. Они представљају синоним за област за коју су везани. Због свега тога, чувени жигови уживају апсолутну, односно надзаштитну у жиговном праву. У раду су посебно обрађене карактеристике чувених жигова, као и критеријуми за стицање својства чувеног жига, посматрано са теоријског и законодавног аспекта. Све то је поткрепљено најзначајнијим примерима из судске праксе у овој материји.

Кључне речи: знак, жиг, роба, чувени жиг, заштита.

1. Појам и предмет заштите жига

Жиг, поред ознаке географског порекла спада у права знакова разликовања. Жиг представља правно заштићен знак који служи за обележавање роба или услуга од стране једног учесника у промету, с циљем

¹vidza@prafak.ni.ac.rs

²Чланак је резултат рада аутора по Уговору о реализацији научноистраживачког рада НИО у 2023. години, евиденциони број 451-03-47/2023-01/200120

разликовања од идентичних или сличних роба или услуга других учесника у промету. Дакле, жиг је субјективно право индустријске својине, односно облик правне заштите робних и услужних жигова.

Етимолошки термини „марка“ и „жиг“ асоцирају на маркацију, односно маркирање или жигосање. Наши старији, као и савремени речници српског језика, појам жига одређују првенствено као печат, белег. Такође, појам жига асоцира и на прописе и праксу на подручју мера, стандардизације и квалитета одређених производа.

Терминологија у области жиговног права није у потпуности унификована, како у легислативи, тако у теорији и у судској пракси и теорији, што пре свега произлази из правно-историјских одредница, као и језично-културолошке баштине.

Германско правно подручје за оно што чини садржину жига користи израз *Marke Markenrecht* (марка) или *Warenzeichen* (робни знак), не правећи, начелно, разлику између ових термина. У Француској, односно на романском подручју наилазимо на термин *le marque (du fabrique ou du commerce)*. У англосаксонском подручју (САД и Енглеска), у употреби је израз *trademark* (ТМ).

Према законској дефиницији жиг је субјективно право индустријске својине, које за предмет заштите има знак којим носилац жига означава своје робе или услуге у привредном промету, чинећи их различитима од исте или сличне робе или услуга другог учесника у привредном промету.³ Жиг је монополско право које његовом носиоцу гарантује ексклузивно право коришћења знака заштићеног жигом за означавање својих производа или услуга, односно да забрани другим особама неовлашћено коришћење истог или сличног жига за означавање исте или сличне врсте производа или услуга. Истовремено, жиг је апсолутно право, јер га његов носилац може истаћи према сваком лицу које би покушало користити његов жиг за означавање својих производа или услуга.

Жигом се могу штитити знакови, посебно: речи (укључујући лична имена), цртежи, слова, бројеви, облици производа или њихова паковања, тродимензионални облици, боје, као и комбинације свих ових знакова.⁴ Уз ове знакове упоредна пракса и легислатива признају заштиту и другим знаковима који нису изричито наведени

³ Марковић, С. Право интелектуалне својине: Службени гласник: Београд, 2000, с. 144.

⁴ Види немачку поделу жигова – *Wortmarken* (жигови састављени од речи, личних имена, више великих слова), *Wortbildmarken* (комбинације речи и слика), и *Bildmarken* (жигови који не садрже слова).

– тзв. неконвенционалним жиговима, ако испуњавају формалне и материјалне услове заштите.⁵ Међутим, није довољно да одређени знак испуњава наведена два аспекта дефиниције жига, потребно је не постоје законом прописани разлози за одбијање жиговне заштите таквом знаку, односно, одсуство тзв. негативних услова

Сличну дефиницију жига садржи Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС), где се наводи да се жигом сматра сваки знак, или свака комбинација знакова, који су способни за разликовање роба или услуга једног предузетника од оних другог предузетника. Тако се *Community Trade Mark* (СТМ, жиг Заједнице) дефинише као сваки знак способан да буде представљен графички, под условом дистинктивности у погледу производа или услуга једног привредника од другог.⁶

У нашем правном систему појам марке у смислу жига није никада ушао у употребу, већ се више користи у савременом маркетингу, односно економији, као и у свакодневном говору, односно животу.⁷

Жиг не представља само симбол робе или услуга за које је заштићен, већ је и симбол репутације коју један привредник ужива у јавности, односно код потрошача. Такође, утисак о жигу често пресудно утиче на избор потрошача, односно одлуку о куповини.

У англосаксонском (*common law*) систему право на жиг није загарантовано прописима, већ се развило у судској пракси. Ови системи стварају концепт права које државе инкорпоришу у своје прописе, односно тзв. *statute or state law*. Регистрација није обавезна, али је препоручљива на савезном нивоу пред U.S.P.T.O. јер носиоцу права припадају нека помоћна средства заштите која нису доступна према *common law*-у. Статутарна заштита је различита од једне до друге државе, али се уједначавање постиже применом решења из *Model Trademark Bill-a* (МТВ) или *Uniform Deceptive Trade Practices Act-a* (UDTPA).⁸

⁵ Као што су звучни, мирисни, укусни, тактилни, холограмски и други жигови.

⁶ Види код: Pagenberg, J, Munzinger, P. J: *Manual on the European Community Trade Mark: Carl Heymanns Verlag: Koel-Berlin-Bonn-München*, 1996, p. 3.

⁷ Најстарији жигови који су регистровани и још увек су у важности на територији Републике Србије су регистровани 1921. године, а то су између осталих: Диктафон, Жилет, Мерцедес, Варта и Форд. Са друге стране, међу најстаријим домаћим жиговима, који су још увек у важности, је Меримин дечји сапун из 1947. године и Галеникин Јекодерм из 1953. године.

⁸ Притом, МТВ предвиђа регистрацију жигова док то није случај код UDTPA. *The Federal Trademark Dilution Act* из 1995. године проширио је модалитете заштите у погледу чувених и дистинктивних жигова у односу на Lanham (Trademark) Act, из 1946. године.

Предмет жиговног права у материјалном смислу је знак који је погодан за заштиту, односно који испуњава услове заштите, и који није искључен из жиговне заштите (из апсолутних или из релативних разлога).⁹ Предмет жиговног права у формалном смислу је управноправни поступак ради стицања жига, као и судски поступци ради заштите од повреде жига, нелојалне утакмице и сл.¹⁰

Жиг има велики значај, као у привредном, тако и у свакодневном животу. Пре једног века учешће жига као права индустријске својине у укупном капиталу чувених компанија износило је неких 20-ак %, а данас иде и до 80% вредности (нпр. Coca-Cola – преко 80 млрд. долара, Nokia – преко 60 млрд. долара, Nike – преко 50 млрд. долара и тд). Основне функције жигова су: а) идентификација произвођача (види се веза са произвођачем) и б) индивидуализирање робе (препознавање врста робе); в) гарантна функција и г) рекламна функција. Постоје и друге функције жигова и њихов утицај на економски развој. То су, пре свега, функција контроле квалитета, функција инвестиције, комуникације и рекламе, приватно-својинска и економска функција.

2. Услови за стицање права на жиг

2.1. Позитивни материјалноправни услови

Да би привредни субјект остварио правну заштиту неког знака у облику жига мора да испуни формалне и материјалне услове. Формални услови се тичу процедуре и односе се на спровођење управног поступка пред надлежним органом (у Србији пред Заводом за интелектуалну својину - ЗИС-ом).

Наш важећи Закон о жиговима (ЗОЖ) из 2020. године,¹¹ одредио је материјалноправне услове за стицање жига, кумулативним коришћењем метода генералне клаузуле и негативне енумерације. У оквиру генералне клаузуле учињена је значајна промена у односу на претходно законодавство.

Према новом закону, у складу са генералном клаузулом, знак који се штити жигом може се састојати од било каквих знакова, посебно од

⁹ Zlatović, D. Apsolutni i relativni razlozi za isključenje – uvjeti žigovne zaštite: Hrvatska pravna revija: god. L: br.7, 2001, s. 56–69.

¹⁰ Elster, A. Urheber-und Erfinder, Warenzeichen-und Wettbewerbsrecht: Zweite Auflage: Berlin – Leipzig, 1928, p. 363 i 370.

¹¹ „Службени гласник РС”, број 6 од 24. јануара 2020.

речи, укључујући лична имена, или од цртежа, слова, бројева, боја, тродимензионалних облика, облика робе или њеног паковања, комбинација тих знакова или звукова, под условом:

1) да је подобан за разликовање у промету робе, односно услуга једног физичког или правног лица од робе, односно услуга другог физичког или правног лица и

2) да може бити приказан у Регистру жигова на начин који омогућава надлежним органима и јавности јасно и прецизно утврђивање предмета заштите.

Жигом се не сматрају печат, штамбиљ и службени знак за обележавање драгоцених метала.

2.1.1. Дистинктивност (различитост)

Под дистинктивношћу подразумевамо својство робног или услужног знака да буде подобан за разликовање роба (услуга) у привредном промету. Другим речима, дистинктиван знак јесте онај робни и услужни знак који није сличан са неким другим знаком у привредном промету (на тржишту). Појмови дистинктивност, као и сличност нису законски дефинисани, већ су то фактичке категорије које се процењују у сваком конкретном случају. Без обзира на то што је оцена дистинктивности у основи субјективна, постоје одређени објективизирани критеријуми створени у пракси, који се кумулативно узимају у обзир приликом оцењивања испуњености овог услова. То су следећи принципи:

- начело специјалности жига;
- довођење у забуну учеснике у промету (потрошаче) и
- критеријум просечног потрошача.

У погледу сличности методолошки се најпре утврђује сличност производа (роба) и услуга за које су жигови регистровани, односно знакови пријављени. Ако се утврди да постоји сличност на овом нивоу, приступа се испитивању сличности жигова у ужем смислу, односно сличности вербалних и графичких решења из којих се упоређивани жигови састоје. У супротном, не постоји сличност посматраних жигова.

Основно полазиште за утврђивање сличности производа и услуга за које су жигови регистровани, односно знаци пријављени јесте довођење под класу у коју су разврстани, у складу са Ничанским аранжманом о међународној класификацији роба и услуга.

Сличност жигова у ужем смислу установљава се упоређивањем графичких и вербалних елемената из којих се заштићени знакови састоје, при чему кључни значај има укупан утисак који упоређивани жигови остављају на посматрача. Ово је из разлога што не постоје ни стриктне норме ни егзактни параметри за одлучивање, већ само смернице, методи и индикатори за доношење одлуке о сличности.¹²

Опасност замене жигова, односно производа (услуга) у промету може настати због међусобне сличности упоређиваних жигова и/или због међусобне сродности производа (услуга), који су обележени тим жиговима. Притом, од суштинског значаја је и својство реномираности, односно ноторности које жиг ужива на тржишту.

Приликом оцене сличности знакова узима се у обзир визуелна, аудитивна и концептуална сличност знакова, која се темељи на укупном утиску који знакови остављају на потрошача, посебно узимајући у обзир њихове дистинктивне и доминантне делове.

Робни и услужни знаци који испуњавају све законске услове не могу се самостално штитити, односно без њиховог везивања за одређену врсту робе (услуге). Ово произилази из самог концепта жиговног права и сврхе његовог постојања. Начело специјалности жигова примењује се код тзв. ноторних или општепознатих жигова. Други произвођачи не могу користити знак заштићен од стране другог лица за обележавање својих истих или сличних роба или услуга. Али, зато сви други произвођачи могу користити туђи заштићени знак за обележавање друге врсте робе или услуге, што се у пракси често дешава. Међутим, ово начело се не примењује код регистрованих чувених (реномираних) жигова, који уживају надзаштиту, односно апсолутну заштиту. Њихова заштита обухвата не само одређену врсту робе (услуге) која се обележава заштићеним знаком, већ и све друге постојеће врсте роба (услуга). Изузетак од овог изузетка постоји у случају да чувени жиг није регистрован у некој земљи. Тада произвођачи могу користити чувени заштићени знак за обележавање друге врсте робе, у односу на робу носиоца чувеног жига. У овом последњем случају говоримо о институту разводњавања жига.

2.1.2. Могућност приказивања у Регистру ЗИС-а

Наш претходни ЗОЖ прописивао је да други позитивни материјално-правни услов за стицање жига представља могућност графичког пред-

¹² Сличност графичких и композитних жигова, такође представља предмет упоредне анализе. Сличност графичких жигова утврђује се преко њихових графизама, односно састава и распореда њихових саставних елемената. Код композитних знакова утврђивање сличности врши се упоређивањем свих њихових релевантних елемената.

стављања знака који је предмет заштите (што може бити дводимензионално или тродимензионално).

Нови ЗОЖ је, имајући у виду развој савремене праксе у жиговним односима, а сагласно новодонетој Директиви ЕУ,¹³ извршио промену другог материјалноправног услова, тако да заштиту може добити сваки знак који може бити приказан у Регистру жигова на начин који омогућава надлежним органима и јавности јасно и прецизно утврђивање предмета заштите.

Можемо закључити да је сада могућност графичког представљања неутралисана, а оваквим флексибилнијим решењем дата је могућност да правну заштиту у облику жига могу остварити и неке категорије знакова које до сада то нису могле, као што су многе врсте тзв. нестандардних жигова.

2.2. Негативна енумерација

У склопу негативне енумерације, нови ЗОЖ набраја одређене категорије знакова који из одређених разлога (моралних, правно-политичких, хуманих, општедруштвених и сл.) не могу добити заштиту у облику жига. Ови знакови (забране) су сврстани у три категорије: апсолутне, релативне и посебне разлоге за одбијање заштите. Сви ови разлози су таксативно набројани у закону, и о прве две категорије орган води рачуна по службеној дужности, док се посебни разлози узимају у обзир само по приговору носиоца ранијег права.¹⁴

¹³ ДИРЕКТИВА (ЕУ) 2015/2436 ЕВРОПСКОГ ПАРЛАМЕНТА И ВЕЋА од 16. децембра 2015. о усклађивању законодавстава држава чланица о жиговима /DIRECTIVE (EU) 2015/2436 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks.

¹⁴ **Апсолутни разлози за одбијање правне заштите:** Жигом се не може заштитити знак:

- 1) који не испуњава опште услове заштите;
- 2) који је противан јавном поретку или моралу;
- 3) који по свом укупном изгледу није подобан за разликовање робе, односно услуга у промету;
- 4) који се састоји искључиво од облика или другог обележја одређеног природом робе или неопходног за добијање одређеног техничког резултата или који даје битну вредност роби;
- 5) који се састоји искључиво од ознака или података који у промету могу служити за означавање врсте, квалитета, количине, намене, вредности, географског порекла, времена производње робе или пружања услуга, или других карактеристика робе, односно услуга;
- 6) који се састоји искључиво од ознака или података који су постали уобичајени у свакодневном говору или у добрим трговинским обичајима за означавање одређене врсте робе, односно услуга;
- 7) који својим изгледом или садржајем може да доведе у заблуду учеснике у промету у

погледу нпр. врсте, квалитета или географског порекла робе или других својстава робе, односно услуга;

8) који садржи званичне знакове или пунцење за контролу или гаранцију квалитета или их подражава, осим по писаном одобрењу надлежног органа;

9) који не испуњава услове за заштиту применом члана 6тер Париске конвенције о заштити индустријске својине, осим уз одобрење надлежног органа;

10) који садржи или подражава назив, скраћеницу назива, државни грб, заставу или други службени знак Републике Србије, осим уз одобрење надлежног органа;

11) који представља или подражава национални или религијски симбол;

12) који садржи или се састоји из ознаке географског порекла која важи на територији Републике Србије и који се односи на исту врсту робе или услуга;

13) који се састоји од раније заштићеног имена биљне сорте или га репродукује у његовим битним елементима и који се односи на биљну сорту исте или сличне биљне врсте.

Упркос начелној забрани, нека ограничења се могу диспензирати, односно неки знаци могу се заштитити жигом, ако подносилац пријаве докаже да је озбиљним коришћењем знак постао подобан за разликовање у промету робе, односно услуга на које се односи ((знак из тач. 3), 5) и 6)).

Релативни разлози за одбијање заштите: Жигом се не може заштитити ни знак:

1) који је истоветан раније заштићеном знаку за исту врсту робе, односно услуга;

2) који је истоветан раније заштићеном знаку другог лица за сличну врсту робе, односно услуга или сличан раније заштићеном знаку другог лица за истоветну или сличну врсту робе, односно услуга ако постоји вероватноћа да услед тога настане забуна у релевантном делу јавности, која обухвата и вероватноћу довођења у везу тог знака са раније заштићеним знаком;

3) који је истоветан или сличан, за исту или сличну врсту робе, односно услуга знаку другог лица који је познат у Републици Србији у смислу члана 6 бис Париске конвенције за заштиту индустријске својине (општепознати знак);

4) који је, без обзира на робу, односно услуге на које се односи, истоветан или сличан раније заштићеном знаку другог лица, који је код учесника у промету у Републици Србији несумњиво познат као знак високе репутације (чувени жиг), ако би се коришћењем таквог знака нелојално извлачила корист из стечене репутације чувеног жига или би се штетило његовој дистинктивности, односно репутацији;

5) који својим изгледом или садржајем повређује ауторско право или друга права индустријске својине.

Знак који садржи лик или лично име лица може се заштитити само по писменој сагласности тог лица.

Знак који садржи лик или лично име умрлог лица може се заштитити само по писменој сагласности родитеља, супружника и деце умрлог.

Знак који садржи лик или лично име историјске или друге умрле знамените личности може се заштитити уз дозволу надлежног органа и писмену сагласност супружника и сродника до трећег степена сродства.

Посебни разлози за одбијање заштите по основу приговора

НовиЗОЖ, прописао је и неке посебне разлоге за одбијање жиговне заштите по основу приговора. У том смислу, неће се регистровати жиг, ако је поднет приговор привредног друштва које је уписано у регистар пре датума подношења пријаве за признање жига у односу на коју се подноси приговор, или пре датума права првенства те пријаве, ако је назив привредног друштва или његов битан део истоветан или сличан знаку из пријаве.

3. Врсте жигова

3.1. Основне врсте жигова

У савременој правној теорији и легислативи о жиговном праву можемо наићи на веома бројне и различите поделе жигова. Подела жигова може се извршити према различитим критеријумима. Најкрупнија подела је на конвенционалне (стандардне) и нестандардне жигове. У оквиру стандардних постоје различити критеријуми поделе: а) територијалност, односно просторна одређеност; б) титулар права; ц) предмет заштите, односно функција жига; д) форма, односно конвенционалност жига; е) познатост жига и ф) посебност заштите.¹⁵

Подела према територији. Према овом критеријуму разликујемо националне и наднационалне (међународне и комунитарне) жигове. Национални жиг је заштићени знак који ужива заштиту на територији државе чији је орган одобрио регистрацију жига. Међународни, односно комунитарни жиг је онај знак који је регистрован с важношћу на територијама више држава чланица неког међународног споразума или уније држава, односно који има наднационални карактер.

Подела према носиоцу права. Према носиоцу права жигови могу бити индивидуални (појединачни), колективни (заједнички) и жигови гаранције (гарантни, сертификацијски жигови). Индивидуални су они жигови који су регистровани на име и у корист одређеног лица (физичког или правног). Код колективних жигова (*collective trademarks*) титулар права на жиг није само једно лице, него удружење, односно правно лице с одређеним бројем самосталних чланица које уједињују конкретни заједнички интереси.¹⁶ Један од најпознатијих колективних жигова на нашим просторима је жиг “Чуваркућа” Привредне коморе Србије.¹⁷

¹⁵ Слично: Čizmić, J, Zlatović, D, op. cit, 60; Јелисавац, С. Интелектуална својина, Институт за међународну политику и привреду, Београд, 2006, с. 39 – 40; Поповић, С. А. op. cit, с. 102.

¹⁶ Види Čizmić, J: Kolektivni žig: Informator: br. 4310: од 28.6.1995: 8; Antanasijević, A. Zaštita prava industrijskog vlasništva, Rijeka, 1978, s. 41; Verona, A. op. cit, s. 171. Нпр. „MELINDA“ је колективни жиг који користи 5.200 чланова 16 друштава за кооперативну производњу јабука у Valle di Non и Valle di Sole (Италија), које је основао конзорцијум Мелинда. Цит. према: WIPO, Како се ствара жиг – увод у жигове за мала и средња предузећа: Интелектуално власништво за успешно пословање: бр.1, 2003, с. 19.

¹⁷ У оквиру пројекта „Стварано у Србији“ који тренутно носи преко 1000 производа са тенденцијом сталног увећања.

Жиг гаранције који користи више лица под надзором носиоца жига, служи као гаранција квалитета, материјала, начина производње робе или пружања услуга, исправности или других заједничких карактеристика робе или услуга заштићених тим жигом.

Подела према предмету заштите. Овде спадају робни и услужни жигови.

Подела према форми (испољавању), односно начину испољавања. Према овом критеријуму постоје: вербални (говорни, жигови у речи) жигови, графички жигове, тродимензионални, звучни (аудитивни, музички) жигови и сложени (комполитни, комбиновани) жигови. Дакле, према форми жига разликујемо дводимензионалне жигове (у речи, слици, и бројевима, као и њихове кумулације, односно комбинације, и тродимензионалне жигове.

Нестандардни жигови. Осим уобичајених (стандардних), постоји и читава категорија тзв. нестандартних жигова. Ту спадају: звучни жигови: мирисни жигови; мобилни жигови; променљиви жигови; укусни жигови; гестикуллативни (гестовни) жигови; тактилни (додирни) жигови; положајни жигови; густативни жигови; холограмски жигови; ентеријерски жигови; и архитектонски жигови

3.2. Посебне врсте жигова

Осим типичних или уобичајених постоје и посебне врсте жигова. У ову категорију спадају следеће врсте жигова: а) дескриптивни жигови; б) номинативни жигови; в) ноторни и реномирани жигови г) интернет адреса (као специфичан облик жига). Дакле, овде спада и чувени жиг који ће бити предмет наше посебне пажње и обраде.

4. Реномирани (чувени) жигови

4.1. Појам и карактеристике чувених жигова

Посебну врсту жигова представљају реномирани (чувени, врхунски, славни или премијум) жигови (*berühmte Marke, le marqué de haute renommée*). Ови жигови не само што указују на произвођача и индивидуализују робу, већ се њихово дејство састоји у томе што су на тржишту постали толико познати да симболизују привредног субјекта као целину или чак и читаву робну грану (област). Роба (услуге) коју они обележавају постала изузетног и натпросечног квалитета у толикој мери да представља сининим (култ) за конкретну врсту. Чувени жиг је постао толико познат у потро-

шачким круговима да је код њега нестала уобичајена веза између њега и одређене врсте робе (односно услуге) за коју је везан, односно регистрован, до те мере да је жиг постао један „апсолутан квалитетни симбол“.¹⁸

Материја заштите чувених жигова је посебно занимљива и због тога што овај појам није у довољној мери егзактно дефинисан, тако да се често меша са ноторним жигом, а не постоји ни тачно одређење који жигови се сматрају чувени. Осим тога, дешава се и да нека земља даје заштиту одређеном чувеном жигу, док друга земља тај исти жиг сматра ноторним, односно уобичајеном ознаком за одређену врсту робе, односно услуге.¹⁹

У нашој предратној пракси познат је случај заштите чувеног жига у речи „Kolynos“, који је био коришћен за разну тоалетну робу, нарочито пасту за зубе. Управа за заштиту ИС је стала у заштиту чувеног жига позивајући се на одредбе о нелојалној конкуренцији.

Сагласно реченом, постоји много жигова у различитим областима, који су постали чувени, без обзира на начин њиховог креирања, односно изгледа (као два Д или три Д). Некада је број чувених жигова био знатно мањи, па је у читавим областима постојао један до два реномирана жига (нпр. Siemens у области беле технике, Kodak за фото-индустрију, Adidas у области спортске опреме, Mercedes у аутомобилској индустрији). Данас се број чувених жигова знатно повећао, тако да у свакој области имамо најмање два, па и више чувених жигова.²⁰

Треба истаћи да разликовање ноторних (општепознатих) и чувених жигова нема само теоријски значај, већ првенствено, велики практични значај, како за произвођаче, тако и за потрошаче и њихове међуодnose на тржишту. Са аспекта жиговног права ово разликовање има значајне последице у контексту начела специјалности жигова, о чему је напред било речи. Реномирани жигови уживају посебну, апсолутну, надзаштиту у смислу да су заштићени за све врсте робе и услуга.²¹

¹⁸ Troller, A. Immaterialgüterrecht, Band I, Basel, 1959, p. 356.

¹⁹ Случај жига «перлон», који су мађарски судови у ранијем периоду сматрали уобичајеним знаком.

²⁰ Следствено томе, поред већ наведених, данас су чувени жигови у области беле технике: Bosch, Candy, LG, у области фото-технике су Nikon, Sony, Philips, Samsung, у области спортске опреме чувени жигови су Nike, Adidas, Reebok, Champion, Sergio Tachini и тд.

²¹ Тако, нпр. Mercedes је чувени жиг за аутомобиле. Он ужива заштиту у том смислу да не само да други произвођачи аутомобила не смеју користи ознаку Mercedes за своје аутомобиле, већ ни било који други произвођач било које робе не сме користити наведену ознаку за своје производе. Познат је пример из судске праксе, кад је Mercedes

У теорији, легислативи, као и судској пракси не постоји јединствена, општеприхваћена дефиниција појма чувеног жига. Немачка правна теорија сагласно класичној концепцији о заштити ознака жигом,²² на основу своје познатости у промету, жигове дели у три основне групе: а) уобичајени жигови, чије су изворне функције упућивања на порекло и функција разликовања производа или услуга заштићене на основу Закона о заштити ознака производа; б) чувени жигови са најмање 70-80% познатости у промету, који су заштићени на основу Закона о заштити ознака производа, а у случају разводњавања уживају заштиту и на основу Закона о сузбијању нелојалне конкуренције и Грађанског законика Немачке; в) и познати жигови који нису достигли статус чувених, чија познатост у промету износи најмање 30% и који су, поред Закона о заштити ознака производа, такође заштићени на основу Закона о сузбијању нелојалне конкуренције и Грађанског законика Немачке.²³

Старија немачка судска пракса везивала је заштиту познатих жигова за њихову јединственост, а не препознатљивост и гласовитост, међутим, та су гледишта касније промењена те је јединственост оцењивана кроз познатост жига у јавности односно код потрошача.

У почетном периоду заштите чувеним су се сматрали само они жигови које је познавало 70-80% становништва земље на чијој се територији тражи заштита. Притом се доказивање познатости није утврђивало на основу демоскопских испитивања, већ се базирало на уверењу надлежног суда. Утврђивање познатости помоћу демоскопске анализе први пут је примењено у пресуди „Opal” Вишег земаљског суда у Хамбургу²⁴. Коришћењем ове методе било је утврђено да 72% испитаника

тужио чувеног француског произвођача парфема Iv Saint Laurent-a, зато што је овај користио ознаку Mercedes за своје парфеме. Суд је пружио правну заштиту немачком произвођачу аутомобила, јер се радило о чувеном жигу”.

²² Lehmann, M. *Unfair Use of and Damage to the Reputation of Well-Known Marks, Names and Indications of Source in Germany: Some Aspects of Law and Economics*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 6/1986, p. 746 - 767; Karl Heinz Fezer, *Trademark Protection Under Unfair Competition Law*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2/1988, p. 192 - 215; Gerhard Schricker, *Protection of Famous Trademarks Against Dilution in Germany*, *International Review of Industrial Property and Copyright Law* 2/ 1980, p. 166.

²³ Hefermehl, W. наведени чланак, стр. 426, Meyer, A. *Der Begriff bekannte Marke im MarkenG*, Berlin 1999, p. 100.

²⁴ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, Opal - I ZR 4/59, од 8. 5. 1959, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 9/1959, p. 420.

реч „Oral” познаје као жиг, али по становишту овог суда утврђени проценат није био довољан.²⁵

У ситуацији непостојања јединственог става, поједини теоретичари постављају различите критеријуме за квалификовање неког жига чувеним. Тако, на пример, W. Hefermehl наводи да је, током шездесетих и седамдесетих година 20. века, Karl Becher као елементаран услов за постојање чувеног жига означио његову познатост у промету. У истом овом периоду, Friedrich L. Ekey је истицао његову јединствену позицију на тржишту, а у каснијем периоду Kathrin Samwer као услов издваја изузетну репутацију коју жиг ужива у широким потрошачким круговима.²⁶ Теоретичар Hefermehl појашњава да је неопходна кумулација више услова да би се одређени жиг квалификовао као чувени: доминантно важеће одређеног жига у промету, јединственост жига, особитост у односу на друге жигове, као и репутација жига у потрошачким круговима.²⁷

У седамдесетим годинама прошлог века интересовање становништва за жигове је значајно порасло. Тако, нпр. уважавајући нова демоскопска сазнања Савезни врховни суд Немачке у пресуди „Avon”²⁸ изнео је следећи став: „Одређена ознака биће веома позната и у случају да нека друга ознака из сличног тржишног сектора поседује виши степен познатости.”²⁹ У конкретном случају, степен познатости изнад 80% за козметички производ „Avon” био је довољан да се одговарајућа ознака квалификује као чувена, иако је у истом периоду, у оквиру истог тржишног сектора, ознака „Nivea” на основу демоскопске анализе поседовала степен познатости од 98,6%.³⁰

У нашој теорији постоји гледиште по ком је познат онај жиг којег добро познаје укупна популација неке земље, независно од њихових особина, односно од њиховог узраста, статуса, нивоа образовања, потрошачког круга и др. Притом, од битне важности је начело територијалности,

²⁵ Према тадашњим вештачењима највиши степен познатости износио је 80%, јер се сматрало да око 20% становништва уопште није било заинтересовано за жигове.

²⁶ Hefermehl W. Schutz der berühmten Marke gegen Neuanmeldung gleicher oder verwechslungsfähiger Zeichen im Eintragungsverfahren, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Int 6 - 7/1973, p. 425.

²⁷ Ibid, p. 428. О овим условима детаљније видети: Влашковић, Б. Правна заштита славних жигова, Савезни завод за патенте, Београд, 1992, с. 30-32.

²⁸ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, Avon - I ZR 111/89, од 21. 3. 1991, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 11/1991, p. 863.

²⁹ Наведена пресуда, тач. 29

³⁰ Наведена пресуда, тач. 35

по којем је такав жиг познат на домицилном подручју, без обзира на његову раширеност и ниво познатости изван граница домаће државе.³¹

По другом гледишту изостаје прецизно одређење познатих жигова које би вредело као општа дефиниција.³² Ово стајалиште преферира оне жигове који уз ниво познатости имају статус јединог знака према коме се везује општа представа посебности и јединствености. Међутим, на тржишту наилазимо и на оне жигове које не краси јединственост у њиховој појавности, али се ради или о посебно познатим жиговима, међусобно различитим по нивоу препознатљивости и карактеристичним по мањем ступњу доминантности, односно о изузетно познатим жиговима који су познати само ужем кругу публике или струке.

4.2. Појам опасности разводњавања

Оштећење дистинктивне моћи жига, односно разводњавање (нем. „Verwässerung“ енгл. „dilution“), представља појам је први употребио Frank I Schechter. Под овом посебном врстом повреде он подразумева поступно слабљење или отапање идентитета, или познатости неког жига. У класичном смислу, суштина разводњавања састоји се у томе да слабљење дистинктивне моћи жига значи да он више не изазива никакву непосредну мисаону везу са производима за које је регистрован и коришћен.³³

Појам опасности разводњавања је детаљно анализиран у чувеној пресуди „Quick.”³⁴ Тужиља је регистровала жиг „Quick” за обележавање своје илустроване ревије. Тужена је издавала недељник „Das Glück”. Захтев тужиље се односио на забрану коришћења овог наслова недељника.³⁵

³¹ Влашковић, Б. Правна заштита славних жигова, Савезни завод за патенте – Проналазаштво, Београд, 1992, с. 30

³² Friedrich, Besonders bekannte marken, Markenartikel, 53, p. 316

³³ Тако, нпр., уколико би се допустило да се чувена ознака Rolls-Royce региструје за ресторане, кафетерије, панталоне и бомбоне у наредних десет година, овај жиг као такав више не би постојао. Schechter своје мишљење заснива на пресуди Земаљског суда у Елберфелду у којој је титулару жига «Odol», пружена заштита са образложењем да би овај веома познати жиг изгубио своју продајну вредност у случају да га свако може користити за обележавање властите робе.

³⁴ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, Quick - I ZR 152/57, од 11. 11. 1958, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 4/1959, p. 182.

³⁵ Решавајући о захтеву тужиље Савезни врховни суд Немачке је изнео следећи став: „(...) појам опасности разводњавања се употребљава за оне типичне ситуације у којима се оштећује веома позната ознака и то употребом од стране трећих лица, при

Не ради се, дакле о спречавању опасности замене у погледу порекла, већ о спречавању нелојалног понашања у оквиру којег „(...) свако ко користи ознаку сличну чувеном жигу жели да искористи његову позитивну снагу и преусмери је у циљу да промовише своје производе. Као последица тога, особени карактер чувеног жига бледи, продаја њим обележених производа се смањује, тако да се промотивна аура постепено губи.”³⁶

Суштински, опасност разводњавања је девалвирање или слабљење дистинктивне и рекламне моћи која припада одређеном жигу. Наиме, дистинктивна моћ се испољава у томе да сам помен веома познатог жига, омогућава идентификовање производа и његовог порекла. а рекламна моћ се одликује тиме што су њом спојени у јединствену целину сам жиг, производ и представа о њиховој ваљаности. Рекламна моћ веома познатог жига има самосталну вредност, а повређена је и појавом само једног истоветног жига. Тада нестаје аутоматска реакција потрошача која се односи на повезаност жига, производа и представа о ваљаности. За наступање такве последице није нужно да се жиг употреби за обележавање истоврсних производа, већ је довољно је да се употреби за обележавање било које робе (услуге), јер је посебна рекламна моћ нераскидиво повезана са јединственим карактером конкретног жига.

Важно је напоменути да опасност разводњавања није у директној вези са опасношћу замене. Циљ заштите од опасности замене је да се избегне заблуда о пореклу производа, а циљ заштите од опасности разводњавања је очување јединствености жига. Међутим, опасност замене увек за последицу има опасност разводњавања. Наиме, опасност замене изазива директан пад продаје производа која је била обележена жигом. Разводњавање је, пак, дуготрајнији и спорији процес, чији ефекат постаје видљив и јасан тек касније. Судска пракса признала је и опасност разводњавања као самостално подручје заштите жига. То је образложено на следећи начин: „Такозвана опасност разводњавања је независна од

чему нема опасности замене ни у ужем ни у ширем смислу. Тада се може применити посебна заштита чувених жигова у чијој је основи процена да титулар таквог жига има оправдан интерес да му остане сачувана јединственост жига, коју је стекао уз велики утрошак времена и новца, те да се избегава све што може да утиче на разводњавање особитости и снаге обележавања жига, а тиме и његове рекламне моћи, која је заснована на таквом положају. Заштита од разводњавања је начелно независна од могућности да промет, на основу сличних ознака, буде доведен у заблуду. Оваква заштита се сме одобрити само у изузетним случајевима. Угрожавање рекламне моћи веома познатог жига могуће је само у случају да је нарушена његова јединственост употребом идентичних или битно сличних ознака.”

³⁶ Lehmann, M. op. cit., p. 753.

могућности забуне у релевантним прометним круговима на основу употребе сличних ознака. У случају веома познатих жигова мора се, напротив, признати неопходност заштите и када је повређен јединствен положај оваквог жига, јер је тиме оштећено његово рекламно деловање.”³⁷

Тако је у пресуди „Eucerin/Estarin”³⁸ речено: „Полазећи од становишта да регистровани жигови могу бити ослабљени употребом сличних жигова за производе исте врсте, установљени су за титулара захтеви за заштиту по праву жига само у случају опасности замене. Опасност слабљења моћи обележавања још увек не пружа титулару никакве могућности да захтева забрану коришћења. Насупрот томе, титулару се неће ни у ком случају пружити заштита против слабљења његовог жига, употребом других, сличних.” Уз све то, пракса Савезног врховног суда Немачке је била рестриктивна у пружању заштите против опасности разводњавања.

4.3. Критеријуми за утврђивање својства чувеног жига

Без обзира на постојање већег броја различитих гледишта око дефинисања чувених жигова, у правној теорији жиговног права искристализовала су се **четири кључна критерија** чије је присуство потребно да би одређени жиг стекао епитет чувеног или препознатљивог:

- доминатност на тржишту;
- јединственост жиг;
- изворност знака;
- посебна позиција (перцепција) жига у јавности.³⁹

За квалификацију чувеног жига нужна је његова доминантна позиција на тржишту, односно постизање изразито високог нивоа снаге означавања, чиме се декларише као препознатљива ознака неке фирме или одређеног производа. Код тога се тражи препознатљивост код укупног потрошачког корпуса, а не само оног који је усмерен на производе који су тим жигом означени.⁴⁰ Обично се сматра се да је жиг испунио услов

³⁷ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, Magirus - I ZR 157/53 од 11. 11. 1955, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 4/1956, p. 172.

³⁸ Пресуда Савезног врховног суда Немачке, Eucerin/Estarin - I ZR 127/55 од 5. 4. 1957, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 9/1957, p. 435.

³⁹ Слично и Hefermehl, Schutz der berühmten Marke gegen Neuanmeldung gleicher oder verwechslungsfähiger Zeichen im Eintragungsverfahren, GRUR Int., 6-7/1973, p. 425 .

⁴⁰ Изузетак су карактеристични производи који се искључиво везују само уз један

опште препознатљивости ако га познаје 70-80 % становништва земље у којој се тражи заштита.⁴¹

Надаље, тражи се јединственост појавности жига на одређеном тржишту, односно да се ради о једином таквом жигу. Ипак, не тражи се строго удовољавање овом критерију, него пре свега примереност жига перцепцији јавности, да ли је тај жиг познат у максималној мери, те да ли га јавност перципира као жиг одређеног носиоца.

Чувени жигови обавезно морају имплицирати и одеђени ниво изворности, особености или оригиналности. Као оригинални жигови могу се сматрати само они жигови који због свог садржаја или облика или због повезаности садржаја и облика представљају нешто ново и јединствено. О оригиналности се не може говорити онда кад је жиг сличан ознакама које су уобичајене на тржишту.

Као један од критеријума дистинктивности наводи се и углед жига у јавности, односно колико је један жиг цењен од потрошача и укупне јавности. Овај утисак зависи од перцепцији коју потрошачи имају о том жигу, независно од разлога који утичу на такав однос односно представу јавности. Дакле, утисак не мора нужно бити везан за квалитет производа, јер се ради о објективном критеријуму који се лако може тржишно утврдити. Критеријум цењености жига је општег карактера, а може се базирати на рангу и старости фирме, њеној величини, техничким могућностима, добро организованом сервисној служби итд.⁴²

Битно је истаћи да горенаведени критеријуми не морају бити кумулативно, односно симултано испуњени, али се ради о одредницама које у својој повезаности и интеракцијама могу битно утицати на ниво познатости неког жига. Тако и у ситуацији да неки жиг не испуњава један од наведених критеријума, изразито интензивно дејство других критеријума може ипак тај жиг сврстати међу чувене жигове.⁴³

Уз наведене битне критеријуме могу се користити и неки други, допунски критеријуми, као нпр. рекламна моћ жига. Ту се мисли на само

посебан круг конзументата, нпр. лекови и други фармацеутски производи. У том случају тражи се да препознатљивост буде у границама саме природе познатости припадајућег производа.

⁴¹ Baumbach-Hefermehl, Warenzeichengesetz, 12.Aulge, Munchen, 1985, p. 982.

⁴² Fezer, Der Benutzungswang im Markenrecht, Berlin, 1984, p.185.

⁴³ Тако, нпр. заштиту у статусу чувеног жига може уживати и такав жиг који је додуше изузетно познат, али не испуњава услов јединствености, уколико се ради о жигу с којим је повезана перцепција јавности да се њиме означавају нарочито квалитетне робе или услуге.

оне жигове чија је рекламна моћ изузетна, а њена тржишна вредност толика да и незнатна повреда узрокује штету титулару жига. Она, пак, у сваком случају далеко надмашује губитке који настају на страни трећих особа за случај да им буде забрањена употреба тог жига за означавање неистоврсних производа или услуга.⁴⁴

Може се закључити да су чувени жигови нека врста симбола за саму робу која је њима означена. Такви су жигови дубоко укорењена у свест публике, па и сам њихов спомен изазива асоцијацију на жиг, производ и одређено место производње. Жиг се приближава имену производа, али се од њега разликује управо по још очуваној функцији означавања порекла. Он се, дакле, трансформише у појам којим се означава предмет за задовољавање неке потребе. Тако, нпр., не купује се склопиви кишобран него „Kniprs”, не купује се неко освежавајуће пиће него „Coca-Cola” итд.⁴⁵

Дакле, да би неки жиг добио квалификатив чувеног жига, мора задовољавати минимум следећих критеријума: да је постао препознатљив симбол за један или више производа у круговима свих садашњих или потенцијалних учесника на тржишту, да је ушао у њихов језик на целој државној територији, као да се с њим изазива утисак.

Осим наведених доктринарних ставова о евалуацији, неке од критеријума за чувене жигове налазимо и у правним документима и актима, међународним и националним. прописима. Париска конвенција за заштиту индустријске својине, као и ТРИПС, остављају државама чланицама остављено да саме детаљније уреде предметну материју.

Постоје неке земље у којима су прописани детаљни елементи мерила евалуације намењених утврђивању добро познатих и чувених робних жигова. Навешћемо неке од тих земаља.

У Сједињеним Америчким Државама, у одредби члана 43 (с) (1) ревидираног Lanham Act-а (о жиговима, услужним ознакама и нелојалној конкуренцији) наведени су детерминишући елементи евалуације. Власник чувеног жига имаће право, а под условима начела правичности и оним условима које суд буде сматрао оправданим, захтевати изрицање мере забране (евентуално и друге мере) против комерцијалне примене у трговини жига или трговачкога имена од стране друге особе, а уколико наведена примена започне након што је жиг постао славан, па доведе до умањивања специфичног и дистинктивног квалитета чувеног жига.

⁴⁴ Влашковић, Б. *op. cit.*, стр. 32.

⁴⁵ *Ibid.*, стр.33.

Приликом утврђивања да ли је робни жиг карактеристичан и чувен, суд може у обзир узети нарочито следеће чињенице: (1) ниво карактеристичне или стечене својствености, односно дистинктивности жига; (2) трајање и обим коришћења жига с обзиром на робу или услугу уз које се жиг користи; (3) трајање и обим промоције и публицитета жига; (4) географски обим подручја трговања у оквиру кога се жиг користи; (5) путеви трговања робом или услугама за које се жиг користи; (6) ниво препознавања жига на подручјима и путевима трговања којима се користи носилц жига и лице против кога се тражи изрицање мере забране; (7) природа и обим примене истих или сличних жигова од стране трећих лица и (8) постојање регистрације у складу са Законом од 3. марта 1881. или Законом од 20. фебруара 1905. године или у главном регистру жигова.⁴⁶

Бразилски Законик о индустријској својини из 1996. године,⁴⁷ у свом члану 67.3. прописује садржај гарантне изјаве и прилоге у пријави за утврђивање жига чувеним, и то у виду следећих одредница: (а) вредност робног жига као имовине фирме, како се води у финансијским и пословним књигама; (б) трошкови рекламе директно повезани с робним жигом, на годишњој основи; (ц) опсег домаћих и међународних тржишта, с процењеним бројем потрошача и тржишни удео и позиција фирме у предметном сектору; (д) попис земаља у којима је жиг регистрован; и (е) први датум примене робног жига у Бразилу, праћен потребном доказном документацијом.

Канадски ревидирани Закон о робним жиговима из 1985. године,⁴⁸ прописао је да је следеће чињенице треба узети у обзир приликом процењивања да ли је жиг „учињен познатим”: уколико га користи то лице у земљи Уније, осим Канаде, у вези с робом или услугама, и (а) да се роба у Канади дистрибуира у вези с жигом, или (б) се роба или услуге рекламирају у вези с жигом у (и) било каквом штампаном издању које се дистрибуира у Канади у оквиру редовног тока трговине, и то, потенцијалним дистрибутерима или корисницима роба или услуга, или (и) путем радиопреноса чије је примање у Канади редовно могуће, и то, од стране потенцијалних дистрибутера или корисника роба или услуга, па је жиг, услед тога, постао добро познат на канадском подручју.

⁴⁶The Lanham Act, of July 5, 1946, as amended, Matthew Bender & Co., Inc., Rel.37-4/97, Pub.726.

⁴⁷ Доступан на интернет страници <http://www.araripe.com.br/law9279eng.htm>

⁴⁸ Доступан на интернет страници <http://www.trademark-law-canada.com/act.html>.

4.4. Заштита чувених жигова

Заштита чувених жигова могућа је по више основа. Пре свега, што је и логично, могућа је заштита по жиговном праву.

4.4.1. Опасност замењивања

Опасност замењивања у односу на порекло производа, која дефинише, границе, а уједно и основ заштите у оквиру жиговног права у већини земаља, представља опасност замењивања и директно зависи од снаге означавање жига.

Сагласно основним начелима жиговног права опасност замењивања жигова посебно је изражена када су у питању чувени жигови. Тако, чувени жигови уживају изузетно широку заштиту која се базира на једној од елементарних функција жига – означавање порекла робе. Ипак, у упоредном праву, као нпр. у земљама Бенелукса, није потребна допунска заштита познатих или чувених жигова по основу нелојалне конкуренције, односно општим правилима грађанског права, поред решења садржаних у жиговном закону. Дакле, очито да прописана заштита жигова који се односе на исте или сличне производе, него и је она проширена и на означавање неистоврсних роба или услуга, под условима да се ради о коришћењу идентичног знака у пословном промету, могућности настанка штете за титулара жига и непостојању оправданог разлога за коришћење, од стране каснијег корисника жига.

Смернице Савета ЕУ за хармонизацију правних прописа држава чланица, о жиговима, регулише заштиту жигова против њихове употребе за означавање неистоврсних производа, ако се њоме искоришћава или оштећује дистинктивност жига или његова вредност. Заштита се, дакле, пружа само за у случају употребе жига у сврхе разликовања робе или услуга, док се заштита против употребе, која нема за сврху разликовање робе или услуга, остварује на основу важећих националних прописа земаља чланица ЕУ.⁴⁹

4.4.2. Заштита чувених жигова по прописима о нелојалној утакмици

Чувени жигови уживају најширу заштиту против опасности разводњавања (замењивања) у односу на порекло означених производа. Али, ово се да применити само када се ради о употреби жига за означавање производа исте врсте. Проблем настаје када се чувени жиг користи за означавање неистоврсних производа. У том случају у дејство ступају прописи о нелојалној конкуренцији.

⁴⁹ Детаљније у: Tritton, G., *Intellectual Propety in Europe*, sec.ed., London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 445.

4.4.3. Заштита од опасности разводњавања по општим правилима грађанског права

Најзад, можемо наћи (истина ређе) примере стране судске праксе која заштиту ћувених жигова базира на примени општих правила грађанског права. Тако се немачка судска пракса у чувеном случају “Quick” позвала на општа правила грађанског права о накнади штете. Конкретно, примењен је чл. 823.i BGB-а, по коме онај ко намерно или ненамерно незаконито повреди живот, тело, здравље, слободу, власништво или неко друго право некога обавезан је да му накнаду штете која је настала из такве радње.

Литература

Baumbach A., Hefermehl W. (2001). Wettbewerbsrecht. München

Bentley L., Sherman B. (2009). Intellectual Property Law. Oxford

Berlit W. (2010). Markenrecht. München

Варга С. (2009). Појам и предмет жига с посебним освртом на законску терминологију. Гласник Адвокатске коморе Војводине. 81 (12). 525-541.

Варга С. (2013). Дистинктивност у праву жига Европске уније. Правне и инфраструктурне основе за развој економије засноване на знању. Крагујевац

Верона А. (1978). Право индустријског власништва. Загреб

Влашковић Б. (1990). Право индустријске својине-скрипта. Крагујевац

Влашковић Б. (1992). Правна заштита славних жигова. Београд.

Влашковић Б. (1996). Дескриптивни знаци у праву о жиговима. Крагујевац

Влашковић Б. (1995). Појам чувених жигова. Правни живот. 11. 803-813.

Влашковић Б. (1995). Начело специјалности у праву о жиговима. Право и привреда. 3-6.

Влашковић Б. (2011). Коришћење знака као услов за повреду робног и услужног жига. Зборник XXI век – век услуга и услужног права. Крагујевац

Влашковић Б. (2011). Обим заштите жига и права на индустријски дизајн и њихова колизија. Зборник XXI век – век услуга и услужног права. Крагујевац

Влашковић Б. (2012). Заштита познатих жигова у подручју сличних производа. Зборник XXI век – век услуга и услужног права. Крагујевац

Влашковић К. (2013). Заштита познатих жигова по директиви број 89/104/ЕЕЗ. Анали правног факултета у Београду. 1. 266-280.

Влашковић К. (2014). Облици одговорности за употребу познатих жигова као кључних речи у online услугама. Зборник радова „Услужни послови“. Крагујевац: Институт за правне и друштвене науке, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Влашковић К. (2014). Нова концепција заштите од опасности разводњавања жига. Право и привреда. 7-9. 99-107.

Goldmann M. (2014). Der Schutz des Unternehmenskennzeichens. München
Dissmann R. (2009). Der Schutz der bekannten Marken. Berlin

Dreiss U., Klaka R. (1995). Das neue Markengesetz – Entstehung und Erlöschen, Verfahren, Kollision und gerichtliche Durchsetzung.

Ekey F., Klippel D. (2002). Markenrecht. Heidelberg

Elsaesser M. (1959). Der Rechtsschutz berühmter Marken. Weinheim

Inderst C. (1999). Anmerkungen zur bekannten Marke. Baden-Baden

Zlatović D. (2007). Posebna zaštita dobro poznatih i čuvenih žigova. Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. 28 (1). 721-752.

Köhler H., Henning P. (2000). Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Preisangabenverordnung. München

Laredo G. (2006). Der markenrechtliche Schutz berühmter Marken in der Schweiz. Bern

Lerch D. K. (2005). Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Recht. Berlin

Марић В. (2009). Сличност жигова. Београд: Правни факултет Универзитета Унион

Марковић С., Поповић Д. (2020). Право интелектуалне својине. Београд

Марковић С. (2014). Право интелектуалне својине и информационо друштво. Београд

Марковић С. (2011). Начело специјалности жига и забрана разводњавања чувеног жига - правноекономско тумачење. Анали Правног факултета у Београду. 1. 35-54.

- Meyer A. (1999). *Der Begriff bekannte Marke im Marken.* Berlin
- Moster F. (2004). *Famous and well-known marks: an international analysis.* London (Одељак „Germany” - аутор - Wolfgang Büscher)
- Pagenberg, J, Munzinger, P. J. (1996). *Manual on the European Community Trade Mark.* Koel-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag
- Поповић С. (1969). *Заштита робних и услужних жигова у југословенском праву.* Београд: Институт за упоредно право
- Phillips J. (2003). *Trademarks Law: A Practical Anatomy.* Oxford
- Rohnke C., Ingerl R. (1998). *Markengesetz, Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen.* München
- Samwer K. (1977). *Der Rechtsschutz der berühmten Marke.* Göttingen
- Sosnitza O. (2010). *Deutsches und europäisches Markenrecht.* München
- Спасић В. (2023). *Право интелектуалне својине.* Ниш: Правни факултет
- Ströbele P., Hacker F. (2006). *Markengesetz.* Köln
- Schneider B. (2010). *Die Markenparodie in Deutschland.* Frankfurt am Mein
- Schubert W. (2008). *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen - den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft, für die Zeit von Januar 1915 bis März 1945.* Berlin
- Tritton, G. (2002). *Intellectual Propety in Europe, sec.ed.* London: Sweet & Maxwell
- Troller, A. (1959-1962). *Immaterialgütterrecht, Band I.* Basel und Stuttgart
- Fezer K. H. (2001). *Markenrecht, Kommentar zum Markengesetz, zur Pariser Verbandsübereinkunft und zum Madrider Markenabkommen, Dokumentation des nationalen, europäischen und internationalen Kennzeichenrechts.* München
- Friedrich, K. (1951). *Verwechslung oder Verwässerung.* Juristische Wochenschrift
- Hefermehl. (1973). *Schutz der berühmten Marke gegen Neuanmeldung gleicher oder verwechslungsfähiger Zeichen im Eintragungsverfahren.* GRUR Int. 6-7.
- Wiedmann E. (2002). *Der Rechtsmissbrauch im Markenrecht.* Konstanz.

dostupno na: www.dart-europe.eu/browse-results.php, (Electronische Ressource).

Winkhaus A. (2010). Der Begriff der Zeichenähnlichkeit beim Sonderschutz bekannter Marken. Frankfurt am Main

Prof. Vidoje Spasić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

LEGAL POSITION OF FAMOUS (REPUTABLE) TRADEMARKS

Summary

In the contemporary post-industrial society, trademark is an important industrial property right and an extremely important resource in the capital of large and reputable companies. Along with the indication of geographical origin, it belongs to the distinguishing marks. A trademark is a right which protects goods and services and distinguishes them from similar goods and services of other producers or service providers. In order to acquire the right to trademark protection, a trademark has to fulfil substantive and formal requirements. There is a large number of trademarks which are classified according to different criteria. There is no doubt that one of the most significant classification is the one where trademarks are classified into notorious (generally known) and famous (renowned, reputable) trademarks.

Famous trademarks are used to mark top-quality goods and services. Due to their long-term use, these trademarks have become synonymous with certain type of goods or services. The famous trademarks enjoy absolute protection in trademark law. As a result, the domain of such “supra-protection” covers not only the specific category of products (goods and services) but extends to all types of goods and services. In this paper, the author presents the characteristics of famous trademarks and the requirements for designating them as famous (reputable) trademarks. Due to the lack of explicitly prescribed parameters for designating them as famous trademarks, it is done on a case-to-case basis. The theoretical considerations on this matter and the positive law perspective are supported by the most significant examples from court practice.

Keywords: *sign, trademark, goods/services, famous trademark, protection.*

Др Сања Марјановић,¹
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,

Др Ивана Симоновић,²
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

UDK: 343.549-053.2
341.9:347.61/.64-053.2(497.11)

ДВОСТРУКА ОТМИЦА ДЕЦЕ - НОВЕ НЕДОУМИЦЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Након 32 године од ратификације Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце и 7 година од почетка примене Хашке конвенције о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце у Републици Србији, неочекивано се у нашој пракси јавио случај у коме наша држава није ни држава уобичајеног боравишта детета, а ни тзв. држава уточишта, већ држава у коју је дете доведено након тзв. двоструке отмице (држава новог уточишта). То је уједно наметнуло низ важних питања, почев од паралелне, односно истовремене примене наведених хашких конвенција, затим овлашћења централних органа за ове конвенције и њихове међусобне сарадње. С тим у вези, у раду се разматра ово специфично садејство двеју хашких конвенција у превазилажењу озбиљног проблема које двострука отмица представља за дете, додатно интензивирајући деликатност правног положаја детета које је незаконито одведено или задржано, најчешће од стране родитеља. Овакви случајеви захтевају хитну и ваљану реакцију државних органа, посебно у поступку признања и извршења одлуке о повратку незаконито одведеног или задржаног детета који се воде у држави новог уточишта.

Кључне речи: незаконито одвођење и задржавање деце, двострука отмица, *ipso iure* признање, хитне мере за заштиту деце, принудно извршење ради предаје незаконито одведеног или задржаног детета.

¹ sanjamarjan@yahoo.com

² ivana@prafak.ni.ac.rs

1. Увод

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (Конвенција о отмици деце)³ последња је у низу хашких конвенција ратификованих пре распада СФРЈ. Током нешто више од три деценије њене примене у Републици Србији, домаћи судови наилазили су на бројне тешкоће, од којих већина није била последица мањкавости одредаба сâме Конвенције о отмици деце, већ лутања наше судске праксе услед непостојања концентрације надлежности односно специјализованих одељења судова који би решавали прекограничне грађанскоправне спорове.⁴ У погледу тих колебања судова, интервенисао је и Врховни касациони суд,⁵ али су се грешке јављале још неко време.⁶

Када је реч о сâмој Конвенцији о отмици деце и несавршености њених одредаба, највише је замерки упућивано немоћи конвенцијског режима пред непопуларном трком за међународном надлежношћу држава уточишта (држава у коју је дете незаконито доведено или задржано) у погледу одлучивања о родитељском праву у меритуму.⁷ Наиме, према одредби члана 16 Конвенције о отмици деце, суд државе уточишта може одлучивати о родитељском праву у меритуму тек након што евентуално донесе одлуку којом одбија повратак детета. У међувремену се покренути поступак за одлучивање у меритуму мора обавезно прекинути. С обзиром на неписано правило да родитељ, који својеволјно одводи дете, уточиште тражи у држави чији је држављанин или у којој је раније живео, међународна надлежност за одлучивање у меритуму се релативно лако успоставља. У време када још увек није била донета Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце из 1996. године (Конвенција о заштити деце),⁸ али и све док јој респектабилан број држава није приступио,⁹ основи међународне надлежности за мериторно одлучивање о родитељском

³ Службени лист СФРЈ - Међународни уговори, 7/1991.

⁴ С. Марјановић, *Међународно приватно право хашких конвенција у Републици Србији*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2019, стр. 254-257.

⁵ Решење Врховног касационог суда Рев. 2239/2010(1) од 24.2.2010. године.

⁶ Марјановић, *op.cit.*, стр. 254-255.

⁷ *Ibid.*, стр. 251.

⁸ *Службени гласник РС - Међународни уговори*, 20/2015.

⁹ Према актуелним подацима, Конвенцијом о заштити деце обавезане су 54 државе, укључујући и Републику Србију (подаци се редовно ажурирају на посебном делу сајта Хашке конференције за међународно приватно право - <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>)

праву углавном су се црпели из законских прописа или, евентуално, неких других међународних уговора на снази између инволвираних држава. Да би се то онемогућило, у Конвенцији о заштити деце усвојене су одређене допуњујуће одредбе за случајеве незаконито одведене или задржане деце. Како њен пун назив експлицитно сугерише, Конвенција о заштити деце није примарно посвећена регулисању повратка незаконито одведеног или задржаног детета, већ уређењу знатно ширих питања родитељске одговорности, сходно аутономној квалификацији овог појма.¹⁰ Имајући у виду да она уређује редовне, хитне и привремене мере за заштиту деце - самим тим и право на старање и право на виђање детета¹¹ — у њене одредбе су уметнуте и оне које допуњују систем успостављен Конвенцијом о отмици деце.¹² Услед тога, садејство одредаба ових конвенција нужно води поштравању услова за успостављање међународне надлежности државе уточишта за мериторно одлучивање о праву на старање.¹³ Иако је то примарна сврха њихове сукцесивне примене, један део одредаба Конвенције о заштити деце једнако је применљив и у ситуацијама тзв. двоструке отмице, која инволвира сада и трећу државу, под условом да је и она обавезана наведеним конвенцијама. У том смислу, у раду се најпре указује на појам двоструке отмице (2), да би се, потом, анализирао могућност за признање одлуке о повратку када држава новог уточишта није обавезана Конвенцијом о заштити деце (3), као и онда када се, у случајевима двоструке отмице деце, конвенције могу истовремено примењивати (4). Напослетку, аутори разматрају актуелне практичне проблеме из угла међународног приватног и процесног права Републике Србије (5) у циљу давања предлога за њихово превазилажење (6).

2. Двострука отмица деце

Иако се случајеви незаконитог одвођења или задржавања детета и иначе сматрају деликатним, околности двоструке отмице још више интензивирају ту деликатност. Наиме, двострука отмица подразумева ситуацију у којој један родитељ, незадовољан одлуком суда у држави

¹⁰ Према аутономној квалификацији из члана 1 ст. 2 Конвенције о заштити деце, појам *родитељска одговорност* обухвата „родитељско право, као и сваки други сличан однос којим се одређују права, овлашћења и одговорности родитеља, старатеља или других законских заступника према личности и имовини детета.”

¹¹ Члан 3 ст. 1 тач. б) у вези са чланом 7 ст. 2 Конвенције о заштити деце.

¹² У погледу сукоба јурисдикција, то су одредбе чл. 7, 8, 11, 23-28, и Глава V Конвенције о заштити деце.

¹³ Члан 7 Конвенције о заштити деце.

уточишта којом је наређен повратак детета у државу у којој је имало уобичајено боравиште непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања, сада по други пут манипулише и успева да дете одведе у трећу државу, коју примарно није имао у виду. Из угла детета које је жртва сада већ поновљене родитељске самовоље, додатна трауматичност ове ситуације огледа се у томе што се оно најпре измешта из средине у којој живи (држава уобичајеног боравишта) у другу државу (држава уточишта), која му може бити и потпуно непозната, да би, након краћег или дужег времена проведеног у њој, поново било незаконито пресељено у следећу државу (државу новог уточишта). У зависности од трајања поступка за одлучивање о повратку детета, што може бити од пар недеља до, чешће, пар месеци, нажалост, некада и дуже,¹⁴ дете се навикава на ту нову средину у свакој од држава уточишта, мање или више, брже или спорије, а у зависности опет од његовог узраста.

Познато је да се млађа деца знатно брже прилагођавају новој средини од старије, те да протек времена виђен очима млађег детета, детета старијег узраста или одраслог лица никако није исти. Време које из визуре одрасле особе или детета од 13-14 година делује релативно кратко, из перспективе млађег детета може бити довољно да се оно прилагоди новој средини.¹⁵ Управо је то разлог због кога се тежи да поступак одлучивања о повратку према Конвенцији о отмици деце буде што ефикаснији и бржи. Иако је намера законодавца (у овом случају, међународног) ваљана, пракса може одступати од идеалног сценарија, те се, како је указано, тај поступак може пролонгирати. Конвен-

¹⁴ За глобалне статистичке податке видети детаљно податке анализирани на Седмој седници Специјалне комисије о практичној примени Конвенције о отмици деце и Конвенције о заштити деце, <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>. За националне извештаје видети <https://assets.hcch.net/docs/6ca61ff3-5ca6-4fbc-a79a-cb6e7485f4b0.pdf> (посебно стр. 8). Иако су последњи статистички подаци објављени 2018. године, не очекују се битне разлике ни у наредној анализи која би требало да се ускоро обави.

¹⁵ Европски суд за људска права је у више наврата заузео став да протек времена ствара непоправљиву штету за однос између детета и родитеља од кога је одведено. Видети *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7, INCADAT HC/E/336. Такође и праксу Европског суда за људска права наведену у P. Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*, Collected courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 335, стр. 29 и даље. Значајем протека времена из угла детета бавила се и Хашка конференција не само поводом Конвенције о отмици деце, већ и поводом међународног усвојења *Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission of June 2010*, стр. 17 (параграф 30); https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_en.pdf.

цијски рок од шест недеља за доношење коначне одлуке о повратку,¹⁶ инструкциони је и неретко се од њега у пракси одступа.¹⁷ С обзиром на више него респектабилан број држава уговорница,¹⁸ те различит степен ефикасности националних правосуђа, уједначавање судске праксе у погледу времена потребног за одлучивање о повратку још увек није у потпуности спроведено. Осим тога, родитељи могу утицати на дужину његовог трајања и својим понашањем у поступку. Чести су случајеви беспштедне борбе на терену материјалног и процесног права између родитеља који је дете самовољно одвео и родитеља који тражи повратак детета. Ако се свему томе дода могућност да родитељ, који ни по коју цену не жели да врати дете, поново пресели дете у нову државу и тиме почини тзв. двоструку отмицу, онда је интензитет трауматичности таквог развоја догађаја за дете очигледан.

3. Признање и извршење одлуке о повратку када државе уточишта обавезује само Конвенција о отмици деце

Уколико је између државе претходног уточишта и државе новог уточишта на снази само Конвенција о отмици деце, а не и Конвенција о заштити деце, онда се сарадња између њихових централних органа успоставља на основу механизма само Конвенције о отмици деце. У том смислу, од значаја су одредбе члана 7 Конвенције. Пре свега, овде се нарочито има у виду дужност централног органа (сада државе новог уточишта) да помогне у лоцирању детета, одређивању хитних мера за заштиту детета, пружању информација о садржини свог националног права, покретању или олакшању покретања судских и управних поступка који имају за циљ повратак детета, као и обезбеђење сигурног повратка детета и, у мери у којој је могуће, отклањање препрека за примену Конвенције.¹⁹

Двострука отмица деце уједно отвара и нову дилему - да ли се поступак по захтеву за повратак детета сада мора поново водити у држави новог уточишта или би требало одлуку суда државе претходног уто-

¹⁶ Рок за одлучивање према Конвенцији о отмици деце је шест недеља од подношења захтева за повратак, члан 11 ст. 2 Конвенције о отмици деце.

¹⁷ Европски суд за људска права је реаговао много пута и поводом кашњења са одлучивањем или извршењем одлуке о повратку. Видети одлуке Суда у случајевима *P.P. v. Poland*, Application no. 8677/03, INCADAT HC/E/ 941; *Karadžić v. Croatia*, Application No. 35030/04, (2005) 44 EHRR 896, INCADAT HC/E/ 819; *Iosub Caras v. Romania*, Application No. 7198/04, (2008) 47 E.H.R.R. 35, INCADAT HC/E/ 867.

¹⁸ Конвенцију о отмици деце ратификовале су 103 државе.

¹⁹ Члан 7 ст. 1 и ст. 2 тач. а), б), ц), е), ф), и) Конвенције о отмици деце.

чишта, без одлагања, извршити у држави новог уточишта, будући да између ових држава важи само Конвенција о отмици деце. Она не уређује посебно случајеве двоструке отмице (као што то не чини ни Конвенција о заштити деце). Инсистирање на новом поступку одлучивања о захтеву за повратак детета у држави новог уточишта апсолутно је неприхватљиво решење будући да би то значило ново пролонгирање повратка детета. С једне стране, то би било супротно начелу хитности на коме се заснива цео механизам Конвенције о отмици деце.²⁰ С друге стране, тиме би се практично „наградило” самовољно и незаконито поступање родитеља (сада актера двоструке отмице), који би добио на времену потребном да се дете прилагоди новој средини, чиме се обесмишљава конвенцијски механизам. У таквим околностима, озбиљно би се довела у питање целиходност повратка детета у државу у којој је непосредно пре отмице имало своје уобичајено бора-виште.²¹ Услед тога, спровођење принудног извршења одлуке суда државе претходног уточишта након њеног признања у држави новог уточишта једини је исправан приступ, у складу са циљевима Конвенције о отмици деце.

Међутим, ова конвенција не садржи унификоване услове за признање судских одлука. У том погледу, она једино предвиђа да се одлуке о праву на старање у погледу детета, које су од значаја за утврђивање да ли је одвођење/задржавање детета незаконито (у супротности са правом на старање), могу узети у обзир и онда када нису прошле формални поступак признања у држави уточишта.²² У случају двоструке отмице више није реч о утврђивању незаконитог карактера одвођења или задржавања детета, већ се ради о потреби спровођења поступка принудног извршења ради предаје детета, што без претходног признања одлуке није могуће. Како је наведена одредба Конвенције о отмици деце у овом случају недовољна, признање одлуке којом је одређен повратак детета мора се спровести на основу евентуално неког другог међународног уговора на снази између државе порекла одлуке и државе новог уточишта, или ако то није могуће, онда на основу националних правних прописа. Тек након тога би било дозвољено спровести принудно извршење, будући да је у оваквом случају илузорно говорити о добровољном извршењу или успеху медијације. Ако држава новог уточишта није уговорница Конвенције о заштити деце, то би значило да се при-

²⁰ Члан 11 ст. 1 Конвенције о отмици деце.

²¹ E. Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Acts et documents de la Quatorzième session (1980), Tome III, *Child abduction*, стр. 429.

²² Члан 14 Конвенције о отмици деце.

знање одлуке донете на основу Конвенције о отмици деце признаје, углавном, по општем режиму признања, заснованом на закону државе новог уточишта или другом међународном уговору закљученом између државе претходног и државе новог уточишта.²³ Такво решење је изразито неповољно, имајући у виду хитност поступка за повратак детета, Наиме, тада се углавном мора водити класичан поступак признања страних одлука и проверавати испуњеност традиционалних услова за признање, што није спојиво са принципом хитности.

Уколико је Република Србија држава новог уточишта, евентуално би се могло исходovati извршење на основу стране извршне исправе која није претходно призната, према одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу (ЗИО).²⁴ На тај начин, поступак одлучивања о признању би се, као претходно питање у извршном поступку, могао убрзати, уколико пре што је начело хитности битно обележје извршног поступ-

²³ На примеру Републике Србије и појединих држава које су обавезане само Конвенцијом о отмици деце, као што су, на пример, Белорусија, Алжир, Босна и Херцеговина, Монголија, Северна Македонија и Ирак, могли би се, на признање и извршење одлуке о повратку детета, применити двострани уговори који су са овим државама закључени у материји међународног приватног права (Белорусија - Уговор између Републике Србије и Републике Белорусије о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, 13/2013; Алжир - Уговор о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између СФР Југославије и ДНР Алжир, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, 2/1983, исправка објављена у *Службеном листу СФРЈ - Међународни уговори*, 10/1984; Босна и Херцеговина - Уговор између Србије и Црне Горе и Босне и Херцеговине о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, 6/2005 и *Службени гласник РС - Међународни уговори*, 13/2010; Монголија - Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске НР, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, 7/1982; Северна Македонија - Уговор између Републике Србије и Републике Македоније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, 22/2004; Ирак - Уговор о правној и судској сарадњи између СФР Југославије и Републике Ирака, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, 1/1987). Са другим државама које нису обавезане Конвенцијом о заштити деце и са којима немамо релевантан двострани уговор (не рачунајући Републику Србију, од 102 државе уговорнице Конвенције о отмици деце, 51 држава је уједно обавезана и Конвенцијом о заштити деце), могао би се применити само општи законски режим признања и извршења страних судских одлука. У овом случају, Конвенција Савета Европе о признању и извршењу одлука о старању о деци и поновном успостављању односа старања (*Службени лист СРЈ - Међународни уговори*, 1/2001) не би се могла применити јер се она односи на одлуке о старању. Видети детаљније С. Марјановић, *op.cit.*, стр. 247-249.

²⁴ Члан 46 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС*, 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење, 113/2017 - аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 - аутентично тумачење и 10/2023 - др. закон.

ка.²⁵ Извршни суд може одлучити да ипак одржи рочиште како би се уважила контрадикторност поступка признања и ваљано испитали услови за признање,²⁶ тим пре што се поштовање права на одбрану, као услов за признање, испитује само на основу приговора (сада извршног дужника).²⁷ У супротном, извршни дужник би могао да оспорава признање тек у поступку по правном леку. Имајући у виду да су рокови за правне лекове у извршном поступку веома кратки,²⁸ а да се, у исто време, примењује општи режим признања страних судских одлука, дисбаланс моћи извршног повериоца и извршног дужника доводи у питање остваривање процесног принципа једнакости у оружју извршног дужника. Иако би смисао одлуке о повратку, донете на основу Конвенције о отмици деце, налагао признање у што једноставнијем и бржем поступку, примена општег режима услова за признање стране судске одлуке није са тим циљем у потпуности спојива.

4. Признање и извршење одлуке о повратку када државе уточишта обавезују обе конвенције

Када је реч о конкретним одредбама Конвенције о отмици деце и Конвенције о заштити деце које су комплементарне у случајевима двеструке отмице, могућа су два случаја. Први подразумева да је поступак по захтеву за повратак детета још увек у току, али да је родитељу који је незаконито поступио већ тада јасно да неће успети у покушају да спречи повратак детета, те се одлучује да, заједно са дететом, напусти државу дотадашњег уточишта (државу суда). У другом случају, одлука о повратку је донета и незадовољни родитељ напушта дотадашњу државу уточишта (државу суда) како би спречио извршење одлуке о повратку.

У првој описаној ситуацији, може се очекивати окончање поступка по захтеву за повратак детета, али одлуку о повратку није могуће принудно извршити без сарадње државе новог уточишта. Упркос другачијим околностима, друга наведена ситуација у крајњем води истом резултату — немогућности извршења одлуке - с том разликом што је одлука о повратку већ била донета у тренутку када се родитељ са

²⁵ Члан 15 ст. 4 ЗИО.

²⁶ Посебно у овим случајевима који се тичу породичних односа. Члан 14 ст. 2 ЗИО.

²⁷ Члан 88 ст. 1 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Службени лист СФРЈ*, 43/82 и 72/82 - испр., *Службени лист СРЈ*, 46/96 и *Службени гласник РС*, 46/2006 - др. закон.

²⁸ Члан 25 ЗИО.

дететом самовољно упутио ка држави новог уточишта. С обзиром да оба примера захтевају сарадњу са државом новог уточишта, треба размотрити начине за њено ефикасно успостављање ради остваривања крајњег циља - повратка детета у државу његовог уобичајеног боравишта. У случају када су и држава претходног уточишта и држава новог уточишта обавезане обема конвенцијама, сарадња између централних органа и судова, као и могућности за признање и извршење одлуке о повратку ефикасније су и потпуније уређене.

Када је реч о сарадњи између централних органа, пре свега треба имати у виду дужност пружања помоћи у лоцирању детета, омогућавање медијације, саветовања и сличних метода ради заштите детета,²⁹ затим подношења извештаја о ситуацији у којој се дете налази,³⁰ али и пружања међусобне помоћи.³¹ Дужност која може бити од пресудне важности у случајевима двоструке отмице, иако је успостављена општом одредбом, односи се на ситуацију када дете промени боравиште, а налази се у ситуацији у којој је изложено озбиљној опасности. Онда, према Конвенцији о заштити деце, централни орган државе у којој је већ донета или се још увек разматра мера за заштиту детета обавештава централни орган друге државе у којој се дете налази о предузетим или разматраним мерама и озбиљној опасности која прети детету.³² У корелацији са одредбом о сарадњи централних органа, то би значило да и онда када је двострука отмица уследила током поступка за одлучивање о повратку детета у држави претходног уточишта, централни орган те државе мора о томе обавестити централни орган државе новог уточишта.

Конвенција о заштити деце флексибилно поставља основ међународне надлежности за хитне мере, те је тада довољно физичко присуство детета у држави уговорници.³³ Уколико родитељ самовољно одведе дете у државу новог уточишта док још није окончан поступак одлучивања о повратку, могло би се сматрати да је надлежни орган државе новог уточишта овлашћен да, узимајући у обзир све чињенице утврђене у поступку пред судом државе претходног уточишта као несумњиво доказане, донесе нову хитну меру за заштиту детета ако је то неопходно. С тим у вези, може се рећи да су државе обавезане Конвенцијом о заштити деце прихватањем приступања нове државе Конвен-

²⁹ Члан 31 ст. 1 тач. ц) Конвенције о заштити деце.

³⁰ Члан 32 Конвенције о заштити деце.

³¹ Члан 31 ст. 1 тач. а) Конвенције о заштити деце.

³² Члан 36 Конвенције о заштити деце.

³³ Члан 11 Конвенције о заштити деце.

цији већ изразиле своје поверење у правосудни систем те државе.³⁴ С обзиром да су у овој ситуацији обе државе обавезане и Конвенцијом о отмици деце, поверење у правосудни систем државе претходног уточишта и њихову процену о повратку детета појачано је чињеницом да се од држава уговорнице Конвенције захтева писмена сагласности за приступање нове државе.³⁵ Тако исказано поверење омогућава да се већ утврђене чињенице у поступку о повратку, који није окончан у држави претходног уточишта, узму у обзир као утврђене и у држави новог уточишта приликом разматрања хитних мера, те чак и одлуке о повратку.³⁶ Наиме, државе уточишта могу утврдити, током сарадње, да је целисходније донети одлуку о повратку у држави новог уточишта.³⁷ Оваквом сарадњом судова обеју држава спречио би се родитељ да бек-

³⁴ Конвенција о заштити деце предвиђа систем приговора у погледу приступања нове државе. То значи да државе које су већ обавезане овом Конвенцијом могу, ако немају поверења у правосудни систем државе која се накнадно прикључује Конвенцији, поднети приговор у року од шест месеци од обавештавања о приступању те државе. У том случају, Конвенција о заштити деце не важи између те две државе (члан 58 ст. 3 Конвенције о заштити деце).

³⁵ Члан 38 ст. 4 и 5 Конвенције о отмици деце. О проблему поверења између држава уговорница Конвенције о отмици деце и својевременом подозрењу између Аустрије и Мађарске видети детаљније С. Bruch, *Religious Law, Secular Practices and Children's Human Rights in Child Abduction Cases under The Hague Child Abduction Convention*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, Number 2, Winter 2001, стр. 51. За примере друге крајности када судови у држави уточишта практично имају неограничено поверење у судове државе уобичајеног боравишта детета видети критику у С. Bruch, *The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges*, Globalization of child law, The Role of the Hague Conventions (eds. Sh. Detrick, P.Vlaardingerbroek), Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, the Netherlands, 1999, стр. 40.

³⁶ У члану 13 Конвенције о заштити деце није решено питање међународне литиспенденције у оваквим случајевима. Наведена одредба уређује питање међународне литиспенденције само када је међународна надлежност заснована на критеријумима из одредаба чл. 5-10 Конвенције. У случају хитних мера, реч је о примени члана 11 Конвенције, који није обухваћен конвенцијским правилом о међународној литиспенденцији.

³⁷ Како саветује и званични Приручник Хашке конференције о примени Конвенције о заштити деце, у оваквим околностима државе уговорнице морају комуницирати и сарађивати уз помоћ централних органа или непосредном комуникацијом између судова, како би утврдиле најцелисходнији начин поступања, узимајући у обзир најбољи интерес детета. Иако се овакав приступ саветује за паралелне поступке у држави уобичајеног боравишта (покренутог ради повратка детета на основу Конвенције о заштити деце) и држави уточишта (покренутог ради повратка детета на основу Конвенције о отмици деце), по аналогији се може применити и у ситуацијама двоструке отмице које такође имплицирају примену обеју конвенција. *Practical Handbook on the Operation of the 1996 Child Protection Convention*, стр. 134 (параграф 13.12).

ством из једне државе у другу онемогући или знатно отежа повратак детета. Самим тим што је одлука о повратку хитна, у поступку за њено доношење по одредбама Конвенције о заштити деце, није неопходно прибавити мишљење детета, ни онда када је оно правно релевантно према прописима државе суда, као што није нужно поштовати ни контрадикторност поступка.³⁸ У случају двоструке отмице, координација судова обеју држава је неопходна, а може се спровести на основу већ наведене одредбе члана 36 Конвенције о заштити деце.

Уколико је, пак, одлука о повратку већ донета у држави претходог уточишта, на њено признање у држави новог уточишта примењује се конвенцијски систем *ipso iure* признања из члана 23 ст. 1 Конвенције о заштити деце. Као што смо већ напоменули, одлука о повратку се мора тумачити као хитна мера за заштиту детета из члана 11 Конвенције о заштити деце. Овакво тумачење потврђено је у упоредној судској пракси.³⁹ Хитне мере за заштиту имају екстериторијално дејство, за разлику од привремених мера за заштиту које су строго територијалног карактера,⁴⁰ иако је основ међународне надлежности према Конвенцији у оба случаја исти - физичко присуство детета. Екстериторијално дејство хитним мерама обезбеђује озбиљност ситуације у којој се дете налази, а која захтева неодложно реаговање због непосредне опасности по дете.⁴¹ То значи да се на основу хитне мере у овом случају може одмах покренути поступак за њено принудно извршење⁴² и дете вратити у државу у којој је имало уобичајено боравиште непосредно пре незаконитог одвођења или задржавања. Специфичност ове ситуације огледа се у томе што контрадикторност поступка одлучивања о повратку, у смислу *audeatur et altera pars* у корист родитеља који тврди да мера крши његово родитељско право, као и прибављање мишљења детета,⁴³ који су обавезни према Конвенцији о отмици деце, постају ирелевантни

³⁸Члан 23 ст. 2 тач. б) и ц) Конвенције о заштити деце.

³⁹UK Supreme Court (Lady Hale) In the matter of J (a child) [2015] UKSC 70 On appeal from [2015] EWCA Civ 329 (<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0176-judgment.pdf>).

⁴⁰Члан 12 ст. 1 Конвенције о заштити деце.

⁴¹Хитном ситуацијом се сматра она у којој би одлагање одлучивања проузроковало непоправљиву штету по дете. P. Lagarde, *Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention*, Proceedings of the Eighteenth Session (1996) - Protection of children, стр. 567 (параграфи 68-70).

⁴²*Ibid*, стр. 589 (параграф 132).

⁴³Ипак, мишљење детета као изузетка за одређивање повратка детета није без критика услед различите праксе држава уговорница. Детаљније нарочито N. Lowe, M. Everall, M. Nicholls, *International Movement of Children*, Family Law, Bristol, 2004, стр. 352.

за признање ове одлуке према Конвенцији о заштити деце. Одлука о повратку, донета на основу Конвенције о отмици деце, квалификује се као хитна мера према Конвенцији о заштити деце, а за њено признање постоји диспенсација од ове две сметње.

У оба наведена случаја, Конвенција о заштити деце пружа могућност да се у држави новог уточишта изрекну и додатне хитне мере за заштиту ако тако налажу околности. У том смислу, надлежни орган у држави новог уточишта може интервенисати одређивањем, примера ради, смештаја детета у хранитељску породицу, одређивањем старатеља, мера за заштиту од насиља у породици, мера за остваривање права на виђање другог родитеља и слично.

5. Координација конвенција у међународном приватном и процесном праву Републике Србије

Када је реч о практичним проблемима који би се могли јавити из угла домаћег међународног приватног и процесног права, треба, најпре, имати у виду да случајеви двоструке отмице деце захтевају стриктно координисани рад и сарадњу између сâмих централних органа Републике Србије. Наиме, дужности централних органа за ове две конвенције обављају различита министарства. Тако је Министарство правде централни орган за Конвенцију о отмици деце, док је Министарство за бригу о породици и демографију централни орган за Конвенцију о заштити деце. Иако се о корелацији наведених конвенција углавном говори с аспекта њихове сукцесивне примене, случајеви двоструке отмице налажу, у зависности од околности конкретног случаја, и истовремену примену обеју конвенција. Међународна сарадња за сваку од ових конвенција подразумева комуникацију између органа који су одређени као централни за конкретну конвенцију. У том смислу, централни орган државе претходног уточишта за Конвенцију о отмици деце обавештава наше Министарство правде о захтеву за повратак детета (према одредбама о сарадњи из Конвенције о отмици деце). Он би онда морао хитно да проследи информацију о новом одвођењу детета Министарству за бригу о породици и демографији. У супротном, лако се може десити да се касни са обавештавањем у ситуацији када је сваки тренутак драгоцен. Другим речима, да се централни органи не би „изгубили у преводу”, нужно је да блиско сарађују све до коначног решења случаја. Једино ако држава претходног уточишта има исти централни орган за обе конвенције, наши централни органи могу истовремено добијати релевантне информације од тог органа, применом механизма сарадње према свакој од конвенција.

Случај који је код нас недавно указао на ове проблеме тиче се девојчице коју је мајка незаконито одвела из Аустралије у Мађарску, а тамошњи суд је, поступајући по захтеву оца, донео одлуку о повратку детета у Аустралију.⁴⁴ Без разматрања начина на који се то уопште могло десити, мајка је са девојцом дошла у Србију ове године (2023) и тиме осујетила извршење мађарске одлуке о повратку у Аустралију. Стицајем околности, Република Србија је тако постала држава новог уточишта. Центар за социјални рад раздвојио је мајку и девојчицу, тако што је девојчицу сместио у хранитељску породицу. Из угла наших обавеза према обема хашким конвенцијама, поставило се питање дејства одлуке мађарског суда о повратку и могућности за њено признање код нас, као и удовољавање захтеву да се дете врати у Мађарску јер је у то време отац још увек био у Мађарској (у коју је дошао због поступка који се водио по Конвенцији о отмици деце). Недоумица се јавила и у погледу овлашћења централног органа за покретање поступка принудног извршења у Србији. Кренућемо од одговора на једноставније питање - да ли дете треба вратити у Мађарску (како се тражи у захтеву) или у Аустралију (како гласи мађарска одлука). У том погледу, сумње нема - дете се из Србије може вратити само у Аустралију, сходно диспозитиву мађарске одлуке.

Следећа, комплекснија дилема тиче се признања и извршења мађарске одлуке код нас. Као што смо већ навели, мађарска одлука о повратку, као хитна мера, аутоматски производи правно дејство у свим државама уговорницама Конвенције о заштити деце. Ово правило се може у конкретном случају донекле релативизовати могућношћу да се то ипак оспори. У том смислу, узимају се у обзир само сметње предвиђене одредбама члана 23 ст. 2 Конвенције о заштити деце. При томе, у овом случају се извршење може одбити само зато што нису испуњени наведени услови за признање.⁴⁵ У односу на две сметње, како смо указали, постоји диспозитивна у случају признања и извршења хитних мера, према изричитим одредбама Конвенције о заштити деце. Подсећања ради, реч је о мишљењу детета и начелу контрадикторности поступка одлучивања о хитној мери у односу на родитеља који тврди да се одлу-

⁴⁴ Имајући у виду да поступак у Србији још увек није у потпуности окончан, као и потребу заштите малолетног детета, нећемо наводити додатне податке о случају. Иначе се о овом случају расправљало и на недавном састанку поводом 25 година постојања Међународне хашке мреже судија при Хашкој конференцији за међународно приватно право (14.10.2023. године). Захваљујемо се Милицы Златковић, судији Апелационог суда у Нишу и представнику Републике Србије у Међународној хашкој мрежи судија на обавештењу о току дискусије на овом састанку.

⁴⁵ Practical Handbook on the Operation of the 1996 Child Protection Convention, стр. 105 (параграф 10.24).

ком крши његова родитељска одговорност. Остале сметње за признање, које би биле применљиве у случају извршења одлуке о повратку детета, подразумевају контролу директне међународне надлежности према конвенцијским критеријумима, као и јавни поредак државе признања, ограничен начелом најбољег интереса детета.⁴⁶ О обе сметње суд државе пред којим је признање оспорено води рачуна по службеној дужности. На основу одлуке о повратку детета може се одмах поднети предлог за принудно извршење на основу стране извршне исправе, и то на основу члана 36 Конвенције о заштити деце. Према нашем ЗИО, чије би одредбе, потом, биле релевантне за извршни поступак, суд има дискреционо овлашћење да одлучи о одржавању рочишта у поступцима принудног извршења који се тичу породичних односа, ако је то у најбољем интересу детета, као и о саслушању странке изван рочишта (члан 14 ст. 1 и 2 у вези са чланом 371 ст. 2 ЗИО). Међутим, у случају двоструке отмице деце то заиста не треба чинити јер свако одуговлачење поступка носи ризик по дете и није у његовом најбољем интересу.

Одредбе члана 46 ЗИО којима се омогућава извршење на основу стране извршне исправе под условом да је призната пред домаћим судом, односно након признања као претходног питања, треба тумачити у складу са одредбама чланова 23, 26 и 28 Конвенције о заштити деце. Имајући у виду да одлука о повратку производи дејство и без потребе да се спроводи било какав формални поступак, дакле *ipso iure*, треба сматрати да је реч о одлуци за коју важи претпоставка да је аутоматски подобна да буде правни основ за одређивање принудног извршења. Једино уколико би се у поступку пред извршним судом одлука оспорила, опет на основу већ поменутих одредаба Конвенције о заштити деце, извршни суд би одлучивао о томе, без одржавања рочишта, узимајући у обзир само проверу директне међународне надлежности и јавног поретка у смислу најбољег интереса детета.

Када се ради о могућности успешног оспоравања директне међународне надлежности, изгледи за то не постоје. Наиме, основ међународне надлежности за одлучивање о повратку незаконито одведеног или задржаног детета према Конвенцији о отмици исти је као и за одређивање хитних мера за заштиту детета према Конвенцији о заштити деце - физичко присуство детета у држави суда. Без тог услова, не би се могао ни покренути поступак за повратак детета према Конвенцији о отмици деце.⁴⁷ Друга сметња, оличена у јавном поретку државе извршења, у нашем случају Србије, додатно је ограничена тиме што се

⁴⁶Члан 23 ст. 2 тач. а) и д) Конвенције о заштити деце.

⁴⁷ Видети члан 9 Конвенције о отмици деце.

провера угрожености нашег јавног поретка своди, према Конвенцији о заштити деце, на заштиту најбољег интереса детета. С тим у вези, треба имати у виду да цео поступак одлучивања о повратку незаконито одведеног или задржаног детета према Конвенцији о отмици деце, почива управо на заштити најбољег интереса детета. Овај принцип је исказан у претпоставци да је у најбољем интересу детета да се врати у државу у којој је непосредно пре отмице имало уобичајено боравиште.⁴⁸ Корекцији ове *in abstracto* постављене конвенцијске претпоставке *status quo ante*⁴⁹ служе изузеци који могу водити одбијању повратка детета у конкретном случају.⁵⁰ Уколико се родитељ који је незаконито одвео или задржао дете позивао на било који од изузетака применљивих у датом случају, може се тврдити да, осим у заиста екстремним ситуацијама, када је правосуђе државе претходног уточишта потпуно подбацило, одлука о повратку значи да је *in abstracto* претпоставка о најбољем интересу детета потврђена *in concreto*.⁵¹ Управо због тога није реално очекивати да се извршење може успешно оспорити с позивом на сметњу јавног поретка омеђеног најбољим интересом детета.

Ипак, како је било евидентно и у случају девојчице из Аустралије чије је ново „уточиште” у Србији, поставља се важно питање процесне легитимације за покретање поступка принудног извршења у случају координисане примене Конвенције о отмици деце и Конвенције о заштити деце. Већ смо указали на изузетан значај протека времена из угла интеграције детета, те, последично, и на ризик од обесмишљавања поступка принудног извршења којим треба вратити дете у средину из које је самовољом једног родитеља отргнуто. Према ЗИО, предлог за принудно извршење подноси извршни поверилац, а по службеној дужности је то могуће само ако је предвиђено законом.⁵² За извршење ради предаје детета, овлашћени предлагач може бити, поред родитеља који врши родитељско право, још и друго лице или установа којој је дете поверено на чување и васпитање, као и центар за социјални рад, односно орган старатељства.⁵³ То би значило да поступак принудног извршења могу покренути и колизијски старатељ, чије је одређивање у случајевима

⁴⁸ Pérez-Vera, *op.cit.*, стр. 429.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Чл. 12 ст. 2, 13 ст. 1 и 2 и члан 20 Конвенције о отмици деце.

⁵¹ О најбољем интересу детета у смислу Конвенције о отмици деце и њеном посебном виђењу овог принципа нарочито К. Beevers, *Child Abduction – Welfare or Comity?*, Family Law, Volume 26, 1996, стр. 366-376.

⁵² Члан 3 ст. 1 ЗИО.

⁵³ Члан 369 ЗИО.

незаконитог одвођења или задржавања детета неопходно с обзиром на супротстављене интересе детета и родитеља као законског заступника (како је исправно учињено у случају девојчице из Аустралије).⁵⁴ Слично томе, за покретање поступка принудног извршења може бити овлашћен и хранитељ, ако је одлуком органа старатељства засновано хранитељство (што је случај са девојчицом из Аустралије). И старатељ и хранитељ имају дужност чувања и васпитања детета,⁵⁵ те је услов из ЗИО за активну процесну легитимацију ових лица испуњен. У поступку принудног извршења ради предаје детета практично је могуће спајање улога органа старатељства које се може јавити као предлагач, а уједно је по истом закону означен и као орган који принудно одузима и предаје дете, уз присуство и надзор суда.⁵⁶ Такође, одлуке о повратку незаконито одведеног или задржаног детета (у смислу грађанскоправне отмице детета), спадају у одлуке поводом којих суд у решењу о извршењу даје налог да се дете одмах преда.⁵⁷

Иако се чини да су основи извршног поступка према ЗИО концепцијски ваљано постављени за уобичајене сценарије прекограничне грађанскоправне отмице деце, поставља се питање да ли су они довољно ефикасни и поводом двоструких отмица. Као што смо видели, родитељ тада два пута поступа самовољно и незаконито одводи дете - први пут га доводи у државу у којој се одлучује о повратку, а затим и у другу државу, тј. државу новог уточишта. Фактор времена је, у оваквим ситуацијама, екстремно важан. Што се више времена изгуби, то су већи изгледи да се дете прилагоди средини у држави новог уточишта. Уколико изостане хитна, неодложна реакција надлежних органа државе новог уточишта, поступак принудног извршења се доводи у питање, будући да се и у њему мора водити рачуна о најбољем интересу детета. Исто тако, треба имати у виду да родитељ који захтева повратак детета није увек у прилици да благовремено поднесе предлог за извршење, нарочито уколико је страни држављанин који нема сазнања о садржини нашег права нити познаје језик на коме се води поступак. Те препреке се могу отклонити уз помоћ нашег централног органа који даје обавештења о садржини нашег права. Ипак, родитељ који тражи извршење, најчешће ће, као лаик, за потребе извршног поступка ангажовати пуномоћника. Све то изискује одређено време којег у околностима двоструке отмице

⁵⁴Члан 132 ст. 2 тач. 3 и 4 Породичног закона, *Службени гласник РС*, 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015.

⁵⁵Члан 119 ст. 1 и члан 136 ст. 1 Породичног закона.

⁵⁶Члан 376 ст. 2 ЗИО.

⁵⁷Члан 372 ст. 3 ЗИО.

једноставно - нема. Наше надлежно министарство може, као централни орган за Конвенцију о заштити деце, послати допис и органу старатељства, скрећући му пажњу на неопходност хитног покретања извршног поступка у складу са релевантним одредбама ЗИО, али и то опет захтева одређено време. У том интеррегнуму дете се може већ адаптирати на нову средину, а каткада се уписује и у школу или предшколске установе.⁵⁸ Закаснило спровођење извршног поступка представља нову озбиљну трауму за дете, а ваљаног правног разлога за кашњење нема.⁵⁹

6. Закључак

Крајње специфичне околности двоструке отмице деце, те потреба за нарочитом заштитом детета, као и остварења смисла обеју конвенција, односно намера њихових твораца да се у таквим правним стварима мора хитно поступати, намећу потребу разматрања могућности за проширење круга активно процесно легитимисаних лица у извршном поступку ради предаје детета. Управо хитност налаже непосредно деловање министарстава као централних органа, али и сâмог суда. Сви они требало би да буду овлашћени да покрећу поступак принудног извршења ради испуњења међународних обавеза које смо преузели ратификацијом ових конвенција. На то указује и сâма Конвенција о отмици деце која експлицитно предвиђа дужност централних органа да *покрећу или олакшавају* покретање судских и управних поступака у циљу повратка детета.⁶⁰ То подразумева управо и поступак принудног извршења ради предаје детета. Уосталом, поступак за одлучивање о повратку детета већ се сматра покренутим након што централни орган достави суду обавештење о захтеву за повратак који је поднет према Конвенцији о отмици деце. Нема разлога да иста аналогија не важи и за поступак извршења, након што наш централни орган обавести суд о томе да је неопходно покренути извршни поступак, истовремено му достављајући одлуку о повратку. Штавише, према одредби члана 26

⁵⁸ Управо се то десило у описаном случају двоструке отмице у Србији (девојчица је уписана у вртић).

⁵⁹ Штавише, у случају *Sylvester v Austria*, Европски суд за људска права је навео да обустава извршења одлуке о повратку детета може изузетно бити оправдана, али свакако не зато што су се околности промениле услед пропуста државе да одлуку изврши. *Sylvester v Austria* (App. Nos. 36812/97; 40104/98 (2003) 37 E.H.R.R. 17), INCADAT HC/E/ 502. За коментар видети Р. Beaumont, *The Art. 8 jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child*, *Nuovi Instrumenti del diritto internazionale privato*: Liber Fausto Pocar (eds. G. Venturini, S. Bariatti), Tome 2, Milano, 2009, стр. 84-85.

⁶⁰ Члан 7 ст. 2 тач. ф) Конвенције о отмици деце.

Конвенције о заштити деце, мере одређене у једној држави уговорници које су у њој постале и извршене се, на захтев *сваког заинтересованог лица*, оглашавају извршним или региструју за потребе извршења у другој држави уговорници, по поступку који предвиђа њено законодавство. На оглашавање одлуке извршном или регистрацију одлуке за извршење мора се применити једноставан и брз поступак.⁶¹ Држава уговорница којој је захтев за извршење поднет, може одбити да огласи одлуку извршном само на основу претходно наведених основа за одбијање признања мере (из члана 23 ст. 2 Конвенције о заштити деце). Након што се одлука о повратку огласи извршном, она се мора извршити као да је реч о домаћим мерама.⁶²

У случајевима двоструке отмице деце, наш централни орган за Конвенцију о заштити деце мора помагати нашем централном органу за Конвенцију о отмици деце. Ипак, чињеница да се уједно примењује и Конвенција о заштити деце не значи да је централни орган по тој конвенцији једини дужан да реагује. Дужности успостављене Конвенцијом о отмици деце и даље обавезују орган који је за њу именован као централни. Решење по коме су различити органи именовани као централни за ове две веома сродне конвенције није идеално, те и Хашка конференција за међународно приватно право препоручује да централни орган буде јединствен.⁶³ Нажалост, то у нашем случају тренутно није изводљиво из организационих разлога, мања људских ресурса у министарствима и интензивне обуке коју је неопходно претходно спровести. У таквим околностима, наши централни органи морају блиско сарађивати и координисано предузимати кораке ради заштите најбољег интереса детета у случајевима који имплицирају примену обеју хашких конвенција. У супротном, родитељ који незаконито поступа заиста може да „победи систем“⁶⁴ својим манипулацијама у циљу одуговлачења поступка и скривања детета.

⁶¹ Practical Handbook on the Operation of the 1996 Child Protection Convention, стр. 105 (параграф 10.24).

⁶² *Ibid*, параграф 10.25.

⁶³ *Ibid*, стр. 109 (параграф 11.3).

⁶⁴ P. Beaumont, L. Walker, *Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention, A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon*, Interesentia, 2013, стр. 23.

Литература

Стручни и научни радови

Elisa Pérez-Vera, *Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention*, Acts et documents de la Quatorzième session (1980), Tome III, *Child abduction*.

Kisch Beevers, Child Abduction – Welfare or Comity?, *Family Law*, Vol. 26, 1996.

Nigel Lowe, Mike Overall, Michael Nicholls, International Movement of Children, *Family Law*, Bristol, 2004.

Paul Beaumont, *The Art. 8 Jurisprudence of the European Court of Human Rights on the Hague Convention on International Child Abduction in relation to delays in enforcing the return of a child*, Nuovi Instrumenti del diritto internazionale privato: Liber Fausto Pocar (eds. G. Venturini, S. Bariatti), Tome 2, Milano, 2009.

Paul Beaumont, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction*, Collected courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 335, Nijhoff, 2009.

Paul Beaumont, Lara Walker, *Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention*, A Commitment to Private International Law – Essays in honour of Hans van Loon, Interesentia, 2013.

Paul Lagarde, Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, *Proceedings of the Eighteen Session (1996) – Protection of Children*, Hague.

Practical Handbook on the Operation of the 1996 Child Protection Convention (<https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf>).

Сања Марјановић, *Међународно приватно право хашких конвенција у Републици Србији*, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2019.

The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017 (<https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>)

Carol Bruch, Religious Law, Secular Practices and Children’s Human Rights, in Child Abduction Cases under The Hague Child Abduction Convention, *New*

York University Journal of International Law and Politics, Vol. 33, No. 2, 2001.

Carol Bruch, *The Hague Child Abduction Convention: Past Accomplishments, Future Challenges, Globalization of Child Law, The Role of the Hague Conventions* (eds. Sh. Detrick, p. Vlaardingerbroek) Martinus Nijhoff Publishers Dordrecht, the Netherlands, 1999.

Conclusions and Recommendations and Report of the Special Commission of June 2010, стр. 17 (параграф 30); https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010_rpt_en.pdf.

Прописи

Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење, 113/2017 - аутентично тумачење, 54/2019, 9/2020 - аутентично тумачење и 10/2023 - др. закон.

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, *Сл. лист СФРЈ*, 43/82 и 72/82 - испр., *Сл. лист СРЈ*, 46/96 и *Сл. гласник РС*, 46/2006 - др. Закон.

Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у материји родитељске одговорности и мера за заштиту деце, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, 20/2015.

Породични закон, *Сл. гласник РС*, 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015

Уговор између Републике Србије и Републике Белорусије о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, 13/2013.

Уговор између Републике Србије и Републике Македоније о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, 22/2004.

Уговор између Србије и Црне Горе и Босне и Херцеговине о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, 6/2005 и *Службени гласник РС - Међународни уговори*, 13/2010.

Уговор о правној и судској сарадњи између СФР Југославије и Републике Ирака, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, 1/1987.

Уговор о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима између СФР Југославије и ДНР Алжир, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, 2/1983, исправка објављена у *Службеном листу СФРЈ - Међународни уговори*, 10/1984.

Уговор о пружању правне помоћи у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Монголске НР, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, 7/1982.

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*, 7/1991.

Судске одлуке

Европски суд за људска права, *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, no. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7, INCADAT HC/E/ 336.

Европски суд за људска права, *Iosub Caras v. Romania*, Application No. 7198/04, (2008) 47 E.H.R.R. 35, INCADAT HC/E/ 867.

Европски суд за људска права, *Karadžić v. Croatia*, Application No. 35030/04, (2005) 44 EHRR 896, INCADAT HC/E/ 819.

Европски суд за људска права, *P.P. v. Poland*, Application No. 8677/03, INCADAT HC/E/ 941.

Решење Врховног касационог суда, Рев. 2239/2010(1) од 24.2.2010. године.

UK Supreme Court (Lady Hale) In the matter of J (a child) [2015] UKSC 70 On appeal from [2015] EWCA Civ 329 (<https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2015-0176-judgment.pdf>).

Prof. Sanja Marjanović, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,

Doc. Ivana Simonović, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

RE-ABDUCTION OF CHILDREN: NEW DILEMMAS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In the matter of legal relations involving children, the principle of the child's best interest is nothing but an echo of the general civil law principle: the legal principle of protection of the weaker party. The Hague Child Abduction Convention is already widely recognized and applied in cross-border cases of unlawful removal or retention of a child. The Convention mechanism aims to protect the best interest of the child by returning him/her to the country where the child had habitual residence immediately before the unlawful removal or retention. In this regard, the Convention mechanism is, to a certain extent, supplemented by the Hague Children Protection Convention. Both conventions bind the Republic of Serbia, and their correlation is generally regarded as the example of successive application. However, the cases involving re-abduction of children raise new challenges. In these cases, a parent who has already unlawfully relocated a child once performs the act again, after the decision on the return of the child has been rendered or when it is about to be rendered. In such circumstances, considering that the vulnerable position of a child is additionally aggravated, there is a simultaneous application of both Hague conventions. It may raise new dilemmas and test the actual efficiency of the existing system of Private International Law system and Civil Procedure Law in the Republic of Serbia. In order to fulfill the duties imposed by these Conventions, there is a need for urgent action of state authorities in these cases, which particularly refers to close and ongoing cooperation of central authorities, automatic recognition of the return decision, prompt and efficient enforcement procedure to surrender the abducted or retained child, and expanding the circle of authorities that have procedural legitimacy to initiate the enforcement procedure.

Keywords: *abduction and retention of children, re-abduction, ipso iure recognition, urgent child protection measures, forced enforcement.*

КАРАКТЕРИСТИКЕ ЗАКОНСКОГ УРЕЂИВАЊА ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ²

Апстракт: Са историјске тачке гледишта, повесни ток експропријације следи ток развоја правне државе западноевропскога културнога круга, с тим што би ваљало имати у виду да је током 19. и 20. века експропријација доживела знатне промене у погледу правног уређивања. Од „ лепе младости“, у поретку либералне правне државе, експропријација током двадесетог века достиже пуну зрелост, остварујући на уштрб „лепоте“, импозантну ширину присуства у унутардржавном праву. Промене захватају и законско уређивање експропријације, следствено чему се поред основног правног режима развијају и посебни режими експропријације. На почетку 21. века на делу је криза законодавства о експропријацији, која се манифестује као ширење непосредног законског уређивања експропријације – на штету телеолошке садржине правног института експропријације.

Кључне речи: формална експропријација, експропријација у материјалном смислу, квази експропријација, експропријација као правни институт, законско уређивање експропријације.

1. Експропријација као правни институт

Експропријација је правни институт са веома сложеном структуром и широком применом у постојећим правним поретцима европских држава – у бројним видовима испољавања и различитим режимима правног уређивања. У следству уставне гаранције приватне својине, **експропријација у формалном смислу (формална експропријација)**

¹ pricamilos@prafak.ni.ac.rs

² Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120 од 03.02.2023. године.

– као незаобилазни елемент правне државе – подразумева законом уређени правни пут за одузимање или ограничавање права својине у појединачном случају – у јавном интересу, при чему правни пут у питању обухвата: (1) утврђивање јавног интереса за одузимање или ограничавање права својине, (2) доношење појединачног правног акта о одузимању или ограничавању права својине, и (3) одређивање накнаде за одузету непокретност или ограничено право својине.

Према нашем схватању, јавни интерес је регулативна детерминанта правног поретка и статички израз општег добра! Општи интерес је динамички израз општег добра, док је приватни интерес динамички израз индивидуалних (приватних) добара.³ Општи интерес не би требало поистовећавати са јавним интересом, имајући у виду да предложена сврха експропријације са својством општег интереса може али и не мора бити у јавном интересу. Јавни интерес као регулативна детерминанта уткан је у све етапе правног уређивања експропријације, почев од испитивања предложене сврхе експропријације, а затим и у погледу поступка спровођења експропријације и особито у погледу обештећивања власника експроприсане непокретности.

Експропријација у формалном смислу подразумева да се испитивањем предложене сврхе експропријације у односу на друге правне интересе и правна добра утврди постојање јавног интереса за одузимање или ограничавање приватне својине у конкретном случају (правном предмету). Јавни интерес с тога представља регулативну детерминанту између супротстављених правних интереса у поступку експропријације. Тако, изградња болнице као израз општег добра представља општи интерес и оправдану сврху експропријације, али је неопходно испитати да ли је наспрам непокретности предложених за експропријацију – изградња болнице у јавном интересу. Уколико је одговор одречан, то значи да експропријација није у јавном интересу. Ако се пак утврди да је одговор на постављено питање потврдан, јавни интерес као регулативна детерминанта даље ће подразумевати доношење законите одлуке о експропријацији и доношење правоваљане одлуке о накнади за експроприсану непокретност. При томе, ако је у питању разлог који се не би могао имати карактер општег интереса као израза општег добра (нпр. изградња тржног центра или изградња комплекса стамбених и пословних објеката на једном подручју државе), то не значи да разлог у питању не би могао бити у јавном интересу. Али, будући да се не ради о општем интересу као изразу општег добра, у таквом случају

³ М. Прица, *Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови*, Зборник Матице српске за друштвене науке, број 184/2022, 521-537.

не би било допуштено покретати поступак експропријације, већ се остваривање дотичне сврхе може постићи на други правно дозвољен начин (нпр. правним уређивањем везаним за употребу непокретности у јавној својини и уговарањем на основу слободне воље у погледу објекта у приватној својини), да би правно уређивање у питању задобило карактер јавног интереса.⁴

Код правних института који по природи својој имају трајан карактер или сложену структуру, настаје мноштво правних предмета са различитим начинима њиховог правног уређивања (правним стварима). У том смислу, нигде се у правном поретку не показује сложеност правног уређивања као у случају правног режима формалне експропријације. На делу је снажно померање обележја правног уређивања експропријације: од управне ствари (у поступку поводом утврђивања јавног интереса и доношења решења о експропријацији), уговорне ствари (у погледу накнаде за експроприсану непокретност), судске ствари: ванпарничне (спрам накнаде за експроприсану непокретност) и парничне (у погледу спорних питања правног односа између експропријанта и експропријата), опет управне или уговорне и парничне у поступку деекспропријације.

Путем формалне експропријације успостављају се различити правни институти,⁵ а један од тих правних института је експропријација у материјалном смислу.⁶ То значи да је експропријација у материјалном

⁴ М. Прица, *Јединство правног поретка као уставни принцип и законско уређивање експропријације*, "Усклађивање права Србије са правом ЕУ": зборник радова, књ. 7, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020, стр. 157-186.

⁵ Примерице, службености у општем интересу (административне службености) се успостављају у поступку експропријације али се службености у питању надаље уподобљавају правном режиму службености, који уређује Закон о основама својинскоправних односа, као општи закон за све службености у правном поретку. То значи да административне службености према типичним грађанскоправним службеностима стоје у односу посебног правног института према општем правном институту. С друге стране, на закуп у општем интересу, који се заснива у поступку експропријације, не може се применити правни режим закупа као правног института проистеклог из Закона о облигационим односима, имајући у виду да је наш системски закон о облигационим односима искључио могућност примене својих одредаба на закупе уређене посебним прописима (чл. 568 Закона о облигационим односима). Дакле, административни закуп је посебан правни институт који не може према типичном грађанскоправном закупу стајати у односу посебног правног института према општем правном институту.

⁶ Експропријација у материјалном смислу постоји само када путем експропријације у формалном смислу наступа преображај приватне својине у јавну својину, ради остваривања једног прецизираног општег интереса, са могућношћу враћања у

смислу ужа од формалне експропријације. С друге стране, експропријација као правни институт испољава се и ван формалне експропријације, под окриљем ограничавања приватне својине до којег долази непосредним законским уређивањем појединих области правног поретка те и у следству правног уређивања појединих правних предмета у судским и другим правним поступцима.

Правне предмете који се у правном поретку заснивају ван формалне експропријације а који почивају на правном основу експропријације у формалном смислу, назвали смо **квазиекспропријацијом**, што је начин да се дати предмети раздвоје од случајева одузимања или ограничавања приватне својине – за које је у природи ствари да имају облик експропријације у формалном смислу. Под окриљем квазиекспропријације налазе се случајеви правно допуштеног одузимања и ограничавања приватне својине или других признатих права чије одузимање или ограничавање изискује обавезу да се пружи обештећење. Према томе, квазиекспропријација обухвата облике одузимања или ограничавања приватне својине праћене накнадом, у погледу којих важи правни карактер експропријације као правног института – њен правни основ или елемент њеног правног режима.

Откривање правних института долази у следству функционалне анализе правних основа и на тај начин се открива повезаност правног основа између правних режима из различитих области правног поретка. С тим у вези, наше је гледиште да експропријација као правни институт представља целину правних ствари и правних ситуација постојећих у различитим областима правног поретка (Прица, 2016: 83-365). Повезивање квазиекспропријације, експропријације у формалном смислу и експропријације у материјалном смислу остварује се на основу природе правног објекта, правног предмета и правног основа. Правни објект је приватна својина, док њезино конкретизовано одузимање или ограничавање има карактер правног предмета. Правни основ је прекомерна жртва титулара права својине, а експропријациона накнада служи постизању равнотеже између супротстављених правних интереса, при чему је важно имати у виду разлику између експро-

пређашње стање. Враћање у пређашње стање (деекспропријација) наступа по захтеву ранијег сопственика, ако се утврди да сврха експропријације није остварена. Управо могућност деекспропријације је *differentia specifica* која одваја експропријацију у материјалном смислу од других правних института припадајућих експропријацији у формалном смислу, као и од квазиекспропријације и других облика одузимања и ограничавања приватне својине. М. Прица, *Expropriation in a Material Sense*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 89/2020, 139-160.

пријације у формалном смислу, експропријације у материјалном смислу и квазиекспропријације.⁷

2. Експропријација у формалном смислу (формална експропријација)

Експропријација схваћена као одузимање или ограничавање приватне својине у корист општега добра – праћено обештећењем титулару одузетог или ограниченог права својине, настала је знатно пре либералне правне државе, али је тек у поретку либералне правне државе установљена експропријација у формалном смислу, као правни режим састављен од циљева, претпоставки, услова, правних правила и правних путева. Штавише, експропријација је сенка која прати приватну својину – тај снажни стуб на којему почива изградња јавног поретка либералне правне државе. При томе, током 19. и 20. века експропријација је доживела знатне промене у погледу свог правног устројства. Од „лепе младости“, у поретку либералне правне државе, експропријација током двадесетог века достиже пуну зрелост, остварујући на уштрб „лепоте“, импозантну ширину присуства у правном поретку.

У важећим континенталним правним поретцима, експропријација се, осим у виду одузимања права својине (тзв. потпуна експропријација), појављује и као ограничење права својине, путем института службености, закупа и привременог заузимања земљишта (тзв. непотпуна експропријација). Уз то, постојећим европским правним поретцима својствено је ширење правног режима експропријације, тако што, осим непокретности, формална експропријација обухвата покретне ствари, као и поједина права. Примера ради, у Француској ће се допустити експропријација патената на проналаске који се тичу националне одбране и поморских културних добара која се налазе на поморском добру.⁸ Правило је ипак да се одузимање покретних ствари може допустити само у стању нужде, у којем случају производи дејство реквизиција као посебан облик експропријације. Ван стања нужде, не постоји разлог који би оправдао обухват експропријације на покретне ствари, а да тиме не буде доведена у питање доктрина правне државе.

Када је реч о непокретности као предмету експропријације, постоји неколико облика формалне експропријације. Најпре, саобразно обухвату експропријационог захвата, формална експропријација се

⁷ М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2017.

⁸ R. Chapus, *Droit Administratif, Domat droit public*, Montchrestien, Paris, 1995, 618.

испољава као **потпуна и делимична**. Предмет експропријације не мора бити цела непокретност, већ то може бити један њен део, уколико се тиме општи интерес задовољава. Рецимо, ако се експроприше једна непокретност, а није потребно да се експроприше цела парцела, тада ће уследити подела парцеле, чиме ће бити конституисана једна нова парцела као предмет експропријације. У континенталним европским правним поретцима, и у нашем праву, власнику експроприсане непокретности допуштено је да, под законом предвиђеним условима, поднесе **захтев за експропријацију преосталог дела непокретности**.⁹

Затим се као облик експропријације у формалном смислу установљавају **службености у општем интересу (административне службености)**.¹⁰ Ради спровођења истраживачких радова може се путем експропријације у формалном смислу установити **закуп земљишта у општем интересу (административни закуп)**,¹¹ а ради јавног интереса може се допустити и **привремено заузимање туђег земљишта**. У нашем праву се као посебан облик експропријације у формалном смислу укоренио пренос својине између субјеката јавног права. Реч је о **тзв. административном преносу својине** (раније друштвене, данас јавне).¹²

Предмет експропријације у формалном смислу није исти у свим правним поретцима, при чему се и правни карактер појединих облика експропријације може разликовати у правним поретцима, без обзира на чињеницу што се сам предмет не разликује. Тако се у Француској службености не могу засновати у поступку експропријације, што је правило у нашем и многим другим правима. Исто тако, правној свести француског правника својствено је схватање, да експропријација преосталог дела непокретности по захтеву сопственика има карактер обичне

⁹ У правном поретку Републике Србије, орган који води поступак експропријације има дужност поучити сопственика, да може поднети захтев за експропријацију преосталог дела непокретности. Другачијим поступањем орган чини битну победу правила поступка, па ће се по жалби првостепено решење поништити. (Врховни суд Србије, У. 572/92 и У. 573/92 од 10. 6. 1991. Билтен судске праксе ВСС бр. 1/1993, стр. 69.).

¹⁰ „Експропријацијом се може установити службеност на непокретности на одређено време.“ (Пресуда Врховног суда Србије, У. 3951/2005. од 7.6.2006. године).

¹¹ „За истраживачке радове може се извршити само непотпуна експропријација и одредити закуп земљишта на одређено време.“ (ВСЈ Уж. 1933/65 од 11. 6. 1965., Билтен бр. 6/1966, стр. 49).

¹² „Организација која у моменту одређивања накнаде користи земљиште по основу административног преноса извршеног у смислу Закона о експропријацији је обвезник плаћања накнада за одузето земљиште.“ (Правно схватање Одељења за управне спорове Врховног суда Србије од 14. 4. 1993. године. Билтен бр. 1/2010, стр. 28.).

купопродаје и не улази у појам експропријације у формалном и материјалном смислу.¹³

Поврх тога, у европским правним поретцима нужно је постојање неколико правних режима формалне експропријације. Основни правни режим експропријације поставља се системским законом о експропријацији, чијим се одредбама предвиђа и посебан правни режим експропријације у ванредним ситуацијама са разлогом хитности (нпр. елементарне непогоде). У Француској, на пример, Закон о заштити животне средине из 1995. године прописује да држава може експроприсати земљишта којима прете одређени значајни природни ризици. Осим тога, од основног правног режима заснованог системским законом о експропријацији, ваљало би разликовати правни режим експропријације са елементом иностраности, имајући у виду његову заснованост у одредбама међународних уговора и међународних извора права. Уз то, у Швајцарској, осим формалне експропријације у општем интересу, као посебан правни режим постоји експропријација суседског права у јавном интересу.¹⁴

При свему наведеном, важно је имати у виду да су поједини облици експропријације у формалном смислу везани само за одређено правно подручје одн. одређени правни поредак. Као посебан облик експропријације у нареченом смислу заступљена је у француском праву - експропријација напуштених непокретности (*expropriation d'immeubles abandonnés*). Непокретности у питању подлежу експропријацији одлуком органа локалне самоуправе. За наше прилике, још је необичнија експропријација по захтеву сопственика у енглеском праву, као самосталан захтев, за разлику од нашега права у коме је захтев у питању секундаран. Реч је о томе да у енглеском праву власник непокретности, коме орган власти одбије захтев за издавање грађевинске дозволе, може захтевати од јавне власти да дотичну непокретност експроприше одн. у духу енглеског права да је откупи.

Дакле, односу на предмет и сврху експропријације, формална експропријација може да буде **трајна и привремена, потпуна и делимична**. Према одликама правног режима, дели се на **основну експропријацију, експропријацију са елементом иностраности и експропријацију у**

¹³ М. Gjidara, *L'acquisition des biens publics, notamment par expropriation, Le droit et la valorisation des biens publics*, Zbornik radova hrvatsko-francuskog pravnog simpozijuma, Split, 2008, 102; R. Hostiou, *Code de l'expropriation*, Paris, 2015.

¹⁴ G. Bovey, *L'expropriation des droits de voisinage, Du droit privé au droit public*, Lausanne, 1999; М. Vučković, *Deprivation (expropriation) of the neighbor's right*, Legal, social and political control in national, international and EU law, Niš, 2016, 659-674.

ванредним ситуацијама са разлогом хитности. Када се имају у виду правни институти који се успостављају путем експропријације у формалном смислу, ваљало би лучити **експропријацију у материјалном смислу од административних службености, административног закупа, привременог заузимања земљишта у јавном интересу и административног преноса својине.**

3. Формална експропријација као предмет уставног и законског уређивања

Са историјске тачке гледишта, повесни ток експропријације следи ток развоја правне државе западноевропскога културнога круга, с тим што би ваљало имати у виду да је током 19. и 20. века експропријација доживела знатне промене у погледу начина свог правног устројства. Од „лепе младости“, у поретку либералне правне државе, експропријација током двадесетог века достиже пуну зрелост, остварујући на уштрб „лепоте“, импозантну ширину присуства у унутардржавном праву.¹⁵

Експропријација схваћена као одузимање или ограничавање приватне својине у корист општега добра — праћено обештећењем титулару одузетог или ограниченог права својине, настала је знатно пре либералне правне државе, али је тек у поретку либералне правне државе установљена експропријација у формалном смислу, као правни режим састављен од циљева, претпоставки, услова, правних правила и правних путева. Штавише, експропријација је сенка која прати приватну својину – тај снажни стуб на којему почива изградња јавнога поретка либералне правне државе. То је било време, како Хелер вели, „у којем је поседовање још било образовано а образовање још имало карактер поседовања.“¹⁶

Следствено томе, основне претпоставке за спровођење експропријације постају важно својство уставности либералне правне државе. Темелј и кординате развоју експропријације у поретку либералне правне државе поставила је Декларација права човека и грађана из 1789. године, предвиђајући под снажним печатом идеологије, да се приватна својина — као „неприкосновено и свето право“, може одузети само ако то „очигледно захтева законито утврђена јавна потреба“, под условом „правичног и претходног обештећења.“¹⁷

¹⁵ М. Прица, *Историјски типови експропријације*, Тематски зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2020, стр.79-97.

¹⁶ Х. Хелер, *Правна држава или диктатура?*, Београд, 2011, стр. 11.

¹⁷ Видети: Д. Стојановић, *Основна права човека, људска права и слободе у уставима европских држава*, Ниш, 1989, стр. 25.

На том се темељу током деветнаестог века подиже правна зграда експропријације, под чијим зидинама се искључиво могло спровести одузимање својине на непокретностима, уистину као мера изискивана општим добром и праћена пуним обештећењем. Да овде поменемо Устав Кнежевине Србије из 1835. године, чија је судбина продорноме оку јамачно била јасан и довољан сигнал да је — из перспективе носилаца одлучујућих процеса тога времена — правна држава замишљена да буде више средство него циљ у поретцима европских држава! Сретењски Устав, у члановима 119. и 120. — својини и експропријацији посвећује следеће гаранције: „Имање сваког Србина, било какво му драго, јест неприкосовено. Ко се покуси, дирнути у туђе добро и имање, или присвајати га, или окрњити, онај ће се сматрати за нарушитеља општенародне безбједности, било он ко му драго и от куд му драго.“ (чл. 119). „Но у случају, ако би правитељство Србско потребовало имање чије на општенародну ползу, то има право, употребити га на такову, но почем даде имаоцу накнаду за њега, пошто вјештаци прецјене“ (чл. 120).¹⁸

Особито је важно овде нагласити да у поретку либералне правне државе уставне гаранције добивају своју пуну потврду у законском праву, саобразно идеји водили да одузимање приватне својине може уследити на основу закона, али не и непосредно законом. Да овде предочимо одредбе србијанског законског права из прве половине деветнаестог века, јер те одредбе нису само сведочанство о постојању напредне интелектуалне свести, већ без сумње се у тим одредбама открива правна култура и лепота правнога језика и стила. Србијански грађански законик нормира експропријацију у параграфима 20. и 217. — на следећи начин: „Биће свако дужан у случају нужде или особите општенародне потребе и ползе уступити своје добро, но Правитељство у том случају дужно је таквоме потпуну накнаду дати“ (§ 20); „Нико не сме натерати другога да своју ствар или своју баштину или једну чест уступи, било бадава, било у промену или за новце. Само ако би општенародно благо изискивало, и то би Књаз у сагласју са Саветом за добро и право нашао, да се чије добро на опште благо земље и народа употреби, мора поје-

¹⁸ Намеснички Устав из 1869. (чл. 30.): „Нико не може бити принуђен да своје добро уступи на државне или друге јавне потребе, или да се у томе ограничи, осим где закон то допушта и са накнадом по закону.“ Устав Краљевине Србије из 1888. (чл. 16): „Својина је неповредна, ма какве природе она била. Нико не може бити принуђен да своје добро уступи на државне или друге јавне потребе, нити се право приватне својине може ради тога ограничити, осим где закон то допушта и уз накнаду по закону.“ Устав Краљевине Србије из 1901 (чл. 31.): „Својина је неповредна, ма какве природе она била. Само у случајевима државне или друге јавне потребе може се српском грађанину ограничити или одузети право својине, али и тада се то може чинити само по одредбама закона и по претходној накнади.“

дини житељ опште благо свом сопственом претпоставити, и своје добро држави уступити, почем потпуну накнаду за то од државе добије“ (§ 217). Уз то, у § 1. Закона о заузимању приватних непокретних добара за општенародну потребу поред накнаде за иста од 15. марта 1866. са изменама и допунама од 17. јануара 1896. године) даје се основ за постављање правног режима експропријације: „Кад потреба изискује, држава, округ, срез, општина, село као и приватна и друга правна лица, којима је земаљским законима дато право експроприрања, имају право свако приватно добро у своју сопственост узети, пошто се имаоцу таквога да накнада за вредност његову, као што о томе §§ 21. и 217. говоре.¹⁹

С друге стране, ваљало би бити опрезан у погледу правног режима приватне својине, утолико што су у поретку либералне правне државе итекако постојала ограничења права својине, али су дотична ограничења била узрокована постојањем просторне заједнице непокретности и општих објективних циљева спрам употребе земљишта. То је важно нагласити да се не би пало у замку правне идеологије, садржане у формулацији права својине као „светог и неповредивог права“.²⁰ Но, ограничења у питању (законске службености, ограничења установљена посебним законима о шумама, земљишту, водама и др.)²¹ била су у „природи ствари“, па као непосредно уређена законом, она нису стајала у било каквој вези са експропријацијом, односно са интервенционистичком улогом државне власти.

Када након Првог Великог рата, на светло дана излази истина да „својина и обавезује“, то је једним делом у ствари значило напуштање правне идеологије и потврђивање правне истине о ограничењима права својине, док је, с друге стране, то ипак била најава да ће се улога држава променити у правцу ширења њене интервенције у друштвеном и економском поретку. Притом, иако није на нама да на овом месту то испитујемо, неће бити да је разлог промењене улоге државе долазио као

¹⁹ М. Петровић у сарадњи са М. Прицом, *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш, 2020. стр. 203-313.

²⁰ Ближе је збили казивање о својини као „светом и неповредивом праву“, оно које налазимо у Уставу Кине из 1982. године: „Социјалистичка јавна имовина је света и неповредива. Држава штити социјалистичку јавну имовину. Присвајање или оштећивање државне или колективне својине од стране било које организације или појединца на било који начин забрањено је (чл. 12.); ... Држава штити право грађана да поседују законито стечену зараду, уштеду, куће и другу закониту имовину. Држава штити законом право грађана да наслеђују приватну имовину. (чл. 13). Архив за правне и друштвене науке, 1982, стр. 506.

²¹ Ст. Максимовић, *О ограничењу својине у опште*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 6/1906, стр. 467.

потреба изискивана социјалним проблемима проистеклим из страхаота Великога рата.²²

Једну околност је важно имати у виду: после Првог Великог рата ствари се нису могле вратити натраг, концепт „либералне правне државе“ бива напуштен и на историјску сцену ступа „интервенционистичка држава“, што је разлог који доноси велике промене у погледу правног режима експропријације као правног института.²³ Према томе, за разумевање експропријације као правног института, особито за разумевање разлике између експропријације и квази експропријације, неопходно је поседовати свест о разликовању између либералне правне државе и интервенционистичке правне државе. Либерална правна држава (настаје крајем 18. и у свом изворном облику битише до почетка 20. века) била је крајње неинтервенционистичка држава; њени задаци састојали су се у остваривању циља моћи, циља безбедности и правнога циља (заштита државе, јавнога поретка и субјективних права појединаца). Придев „либерална“ у свом називу получила је захваљујући идеологији либерализма која је пропагирала аутономију појединца и грађанског друштва. Следствено томе, приватна својина у поретку либералне правне државе није могла бити предмет непосредне интервенције државне власти, не рачунајући законска ограничења у склопу уређивања правног режима просторне заједнице непокретности. То значи да су посреди уобичајена и очекивана ограничења што је био разлог који је одрицао обештећење.

Време либералне правне државе ишчезло је почетком 20. века, када долази до проширивања задатака државе. Осим задатака који чине нужно биће државне власти (одбрана, унутрашња безбедност, финансије, дипломатија и правосуђе), интервенција државе захвата све области унутардруштвеног живота. Такво стање, са извесним противдејствовањем (нео)либерализма (период након 2. светског рата и последња деценија 20. века), своју коначну потврду добива на концу 20. и у првој деценији 21. века, где стварност постојећих држава белодано показује да је интервенционистички концепт државе нужност. Остављајући по страни диктаторијалне режиме европских социјалистичких држава

²² Напуштање парадигме либералне правне државе неизоставно се морао догодити, у следству преображаја политичког система изазваног увођењем општег права гласа јер је тиме идеологија либерализма постајала несагласна јавноме поретку. Особито би се, при томе, морало узети у обзир гледиште „тајног властодршца“, с тим да гледиште у питању у овоме тренутку не можемо у потребној мери разумски изложити. О томе, видети код: И. Иљин, *Од демократије ка тоталитаризму*, Бела идеја, Београд, 2012.

²³ Видети, на пример: С. Кличковић, *Распадање појма експропријације у послератној Немачкој*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 2/1941, стр. 117-124.

— због непријатељски настројеног односа према приватној својини — правно уређивање приватне својине у интервенционистичкој правној држави доводи до установљавања и ширења непосредног законског задирања у приватну својину, при чему интервензионизам у питању намеће промене правног режима експропријације.

У суштини то значи да се клатно правног уређивања приватне својине и експропријације помера према законодавцу, дочим се та разлика види и у „погледу на свет“ уставних прокламација о приватној својини. Вајмарски устав допушта искључење права на обештећење.²⁴ Али Вајмарски устав никако не би требало узимати као пример негативног правног уређивања приватне својине, имајући у виду један висок стандард правне државе.²⁵

Историјско-политичка ситуација, настала у следству Првог Великог рата, опажа се и у поретку Прве Југославије, почевши од Устава Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца из 1921. године (Видовдански устав). У његовом тридесетседмом члану, прокламовано је: „Својина је зајемчена. Из својине проистичу и обавезе. Њена употреба не сме бити на штету целине. Садржина, обим и ограничења приватне својине одређују се законом. Експропријација приватне својине у општем интересу допуштена је на основи закона, уз правичну накнаду.“²⁶

Гледано у односу на питање начина уставног уређивања експропријације током 20. века, на делу су велике разлике у односу на либералну правну државу, у суштинском и правнотехничком смислу.²⁷ Суштински посматрано, на делу је начело интервенционистичке државе наспрам начела регулативне функције државне власти у поретку либералне правне државе. Из тог суштинског, дошло је до разлике и у правнотехничком смислу, у томе што се самим законом утврђује да је одузимање и ограничавање својине у јавном интересу, а разуме се, у најачем облику та промена се види када до одузимања приватне својине долази непосредно законом у следству мењања својинског и економског поретка.

²⁴ Д. Стојановић, *Основна права човека, људска права и слободе у уставима европских држава*, Ниш, 1989, стр. 41-42; 114-115.

²⁵ Д. Данић, *Устав Немачке републике с погледом на модерну демократију*, Архив за правне и друштвене науке бр. 6/1924, стр. 401-418. Ф. Станичић, *Опће уређење извлаштења у Њемачкој – поуке за Хрватску*, Правни вјесник бр. 3-4/2015, стр. 189.

²⁶ Устав из 1931. (чл. 22.): „Својина је зајемчена. Садржина и обим права својине одређују се законом. Експропријација приватне својине у општем интересу допуштена је на основу Закона уз правичну накнаду.“

²⁷ М. Тороман, *Одредбе о својини у савременим уставима*, Архив за правне и друштвене науке бр. 3/1963, стр. 402-413. М. М. Тороман, *Право својине несврстаних и земаља у развоју*, ЈРМП, бр. 1-2/1987, стр. 343-359.

У погледу уставнога регулисања експропријације током двадесетог века, читава лепеза решења се може наводити. **Постоје уставни правних држава који допуштају експропријацију без накнаде.** Пример тога је Устав Италије (ступио на снагу 1. јануара 1948.), који предвиђа могућност експропријације и без накнаде.²⁸ **Насупрот томе стоје уставни који не допуштају експропријацију без накнаде.** Амандман бр. 5. Устава Сједињених Америчких Држава јамчи приватну својину, нормирајући могућност одузимања приватне својине ако то налаже јавни интерес уз правичну накнаду.²⁹ Устав Немачке Демократске републике из 1968. године (чл. 16.): „Експропријација је дозвољена само у општекорисне сврхе на основу закона и уз одговарајућу накнаду. Она је дозвољена само онда ако општекорисне сврхе није могуће постићи на други начин.“³⁰

Бележимо и уставе који нормирају одговарајућу накнаду. Устав Румуније из 1965. (чл. 12): Земљишта и зграде могу бити експроприсани само за општекорисне циљеве и уз одговарајућу накнаду.³¹

Уочавамо и уставе који остављају слободан простор законодавцу у погледу накнаде и јавног интереса. Устав Народне Републике Бугарске из 1971. године (чл. 28): „Држава може да отуђује или да ограничава право својине на имовину грађана, задруга и друштвених организација за државне и друштвене потребе уз правичну накнаду. Поступак отуђивања и начин обештећивања одређују се законом.“³² Устав Демократске Републике Вијетнам из 1956. године (чл. 20): „У случају апсолутне потребе у јавном интересу држава задржава право откупа или реквизиције на свим средствима за производњу која се налазе у граду или на селу, уз плаћање одговарајућих накнада у границама и условима одређеним законом.“³³ Привремени Устав Уједињене Арапске Републике од 5. марта 1958. године (чл. 5): „Приватна својина је неприкосновена. Законом се регулише њена друштвена функција. Својина се не сме експроприсати сем за циљеве јавне користи и уз правичну накнаду у складу са законом.“³⁴ Устав народне републике Албаније

²⁸ Д. Стојановић, *Основна права човека, људска права и слободе у уставима европских држава*, Ниш, 1989, стр. 115-116.

²⁹ Устав Сједињених Америчких Држава, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, 1986-1987, стр. 5-46. Устав Сједињених Америчких Држава, Збирка новијих устава 3, Београд, 1966, стр. 57-74.

³⁰ Збирка нових устава, 5, Београд 1972, стр. 8.

³¹ Збирка новијих устава, Београд, 1966, стр. 33.

³² Збирка нових устава, 5, Београд, 1972, стр. 78.

³³ Збирка новијих устава, 1, Београд 1961, стр. 19.

³⁴ Збирка новијих устава, 1, Београд 1961, стр. 1-2.

од 14. марта 1946. (члан 9.): „Зајемчује се приватна својина и приватна предузимљивост у привреди. ...Приватна својина може се ограничити или експроприсати ако то тражи општи интерес, али само на основу закона. Законом ће се одредити у ком ће случају и у којој висини дати накнада сопственику. Под истим условима, законом се могу национализовати поједине привредне гране или предузећа ако то тражи општи интерес, али само на основу закона. Законом ће се одредити у ком ће се случају и у којој висини дати накнада сопственику. Под истим условима, законом се могу национализовати поједине привредне гране или предузећа ако то тражи општи интерес.“³⁵

Пажње је заслужна посебност правнотехничког израза о експропријацији, својствена Уставу Грчке од 29. септембра 1968. године; чл. 21 (чак 11 ставова): „Нико не може да буде лишен својине, сем из разлога прописано доказане јавне користи, у случајевима и на начин одређен законом, и увек уз претходно потпуну накнаду. Она мора да одговара вредности експроприсане ствари на дан када је објављен акт о експропријацији, како се то детаљније утврђује законом. О евентуалној промени вредности експроприсане ствари до које дође после објављивања акта о експропријацији и због њега, не води се рачуна. Накнаду увек утврђују грађански судови. До исплате коначне накнаде или привремено утврђене накнаде, сва права сопственика остају незастарива, а узимање у посед није допуштено. Утврђена накнада обавезно се исплаћује у року од највише годину и по дана од дана судске одлуке. Ако то не буде случај, експропријација се по службеној дужности укида. У случајевима експропријације због спровођења урбанистичких или комуналних планова, нарочито у великим центрима, законом се, уместо накнаде у готову, може предвидети да се сопственику уступи неко непокретно добро које се налази у региону експропријације и које има исту вредност као и експроприсана ствар. У случају оспоравања вредности овог противдавања, одлучују судови и они могу да одреде допунску накнаду у готову. Пренос својине противдате ствари врши се путем уписа одлуке којом се изриче експропријација. У погледу осталог по аналогiji се примењују одредбе ст. 2 и 3 овог члана. ...Посебним законима регулишу се модалитети реквизиција за потребе оружаних снага у случају рата или мобилизације, као и ради удовољавања некој непосредној друштвеној потреби, која би била у стању да доведе у опасност јавни ред или јавно здравље. Свако друго ограничење слободне употребе и коришћења својине у случајевима наведеним у претходном ставу мора да буде прописано законом. Законом се одређује лице

³⁵ Архив за правне и друштвене науке бр. 4/1947, стр. 537.

дужно да заинтересованима исплати противредност за употребу или коришћење, као и поступак који се има применити. Горенаведено ограничење укида се одмах чим престану разлози који су довели до њега. У случају да ограничење не буде укинато, Уставни суд се изјашњава на захтев сваког лица које има законски интерес. Законом се може дозволити експропријација по зонама у корист државе у циљу спровођења јавних радова или радова јавне користи. Истим законом се одређују претпоставке и услови ове експропријације, као и све што се односи на коришћење од стране државе површина експроприсаних преко онога што је било неопходно за обављање радова. Ради повољније експлоатације земљишта, дозвољено је приступити арондацији пољопривредних површина, по поступку утврђеном посебним законом. Експропријацији не подлежу пољопривредна имања светих манастира Ставропегиак, Свете Анастасије Фармаколитрија на Халкидику, Влатад у Солуну и Светог Јован Јеванђелисте у Патмосу, са изузетком метоха.³⁶ И Устав Републике Кипра од 16. августа 1960. године, опширно и посве прецизно регулише експропријацију покретних и непокретних добара у јавном интересу. Реч је о члану 23. поменутога Устава (чак 11 ставова).³⁷

Особеност правнотехничког израза уочили смо и у Уставу Индије од 26. јануара 1950. године (чл. 31): „(1) ниједно лице не може бити лишено своје својине, сем на основу закона. (2) ниједна ствар, покретна или непокретна, као ни деоница у неком трговачком или индустријском предузећу или друштву које таква предузећа има не може бити узета у државину нити у својину у јавном интересу на основу закона који допушта да се таква ствар узме у државину или својину ако закон не предвиђа накнаду за ствар која је узета у државину или у својину и ако не одређује висину накнаде или начела по којима и начин на који ће накнада бити одређена и дата.“ (3) ниједан закон наведен у ставу (2) који донесе законодавно тело једне државе неће ступити на снагу док, будући да треба да добије сагласност Претседника, не добије ту сагласност.“³⁸ Устави Француске у погледу својине и експропријације у преамбули потврђују важење Декларација о правима и слобода човека и грађанина.³⁹

³⁶ Збирка нових устава, 5, Београд 1972, стр. 28-29.

³⁷ Збирка новијих устава, 2, Београд, 1963, стр. 11-13. Види и Устав Републике Турске од 9. јула 1961. године (чл. 38.). Збирка новијих устава, 2, Београд, 1963.

³⁸ Архив за правне и друштвене науке бр. 3/1950, стр. 501-502.

³⁹ И. Крбек, *Устав V Француске Републике*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 4/1959, стр. 479-488.

Напоследку, постоје уставни који својим одредбама не предвиђају експропријацију (нпр. Устав Народне Републике Бугарске из 1947. године, као и Устав Чехословачке од 11. Јула 1960. године).⁴⁰

Као пример узорног правног уређивања, због укорењености тога уређивања у правних чињеницама, могао би се навести Устав Кубе из 1976. године (чл. 25): „Експропријација добара је дозвољена у случајевима јавне користи или друштвеног интереса, уз претходно обештећење. Законом се установљавају поступак за експропријацију и основи који одређују њену корисност и нужност, као и облик обештећења, уз вођење рачуна о економским и друштвеним интересима и потребама лично сти у питању.“⁴¹

Када је реч о негдашњим социјалистичким државама, уставне гаранције је требало узимати са опрезом, због сврхе намењене тим гаранцијама, да представљају правни симулакрум, скроз-наскроз протистављен правним чињеницама.

У погледу **законског уређивања експропријације**, ситуација се разликује од државе до државе, а могле би се у том погледу ставити једна знаковита напомена. На снази је, наиме, снажан талас пролиферације прописа о експропријацији, услед чега се у питање може довести смисао правних принципа на којима би требало да почива систем нормативног уређивања експропријације.

Код сложених држава, подразумева се да постоје прописи о експропријацији на нивоу савезне државе и на нивоу држава чланица. Тај однос између надлежности савезне државе и федералних јединица може бити различито постављен.⁴² Примерице, у Немачкој важи правило да експропријација није регулисана јединствено, већ се експропријација јавља у различитим правним областима (планирање и изградња, саобраћај, путна мрежа и др.), разуме се, у виду посебних закона којима су дотичне области регулисане. Али, важно је приметити да је у поменутих посебним областима успостављен компатибилан правни режим између савезног законодавства и законодавства немач-

⁴⁰ Збирка новијих устава, 1, Београд 1961, стр. 57-67.

⁴¹ Збирка новијих устава, 6, Београд, 1979, стр. 24.

⁴² Закон о експропријацији СР Србије („Сл. гласник СР Србије“, бр. 22/73) имао је начелне одредбе о експропријацији (члл. 1-19), а преостале његове одредбе уређивале су експропријацију на територији Србије без аутономних покрајина. То значи да су АП Косово и Војводина имале посебне законе о експропријацији, чији су општи део сачињавале поменуте одредбе Закона о експропријацији СР Србије.

ких држава. У Немачкој⁴³ се основне норме о експропријацији налазе у Закону о изградњи (*Baugesetzbuch*), а има их и у прописима који уређују поједине области, као што су закони о путевима, ваздушном, железничком и воденом саобраћају, енергији. У Аустрији се одредбе које се тичу експропријације налазе у читавом низу посебних прописа и то како у савезним прописима (као што је нпр. Закон о железници), тако и у покрајинским и локалним прописима.⁴⁴

С друге стране, за Сједињене Америчке Државе карактеристично је да се законодавство о експропријацији међ саставним државама у великој мери разликује.⁴⁵ Саобразно петом амандману из 1791. године – његовим завршним одредбама – забрањено је одузимање имовине у сврху јавног коришћења (*public use*) без правичне накнаде. Наведене гаранције имају чврсто упориште у правном поретку Сједињених Америчких Држава, али су големе разлике правног режима експропријације, од државе до државе.⁴⁶

У Француској се нормативно уређивање експропријације проводи од 1810. године, када је донесен први Закон о експропријацији. Важна карактеристика нормативног режима експропријације у Француској да је његово успостављање, поред закона, происходило из уредби, док је данас режим експропријације у Француској заокружен усвајањем Кодекса о експропријацији (*Code de l'expropriation*) из 1977. године.⁴⁷ Поменути кодексом није дошло до кодификације законодавства о експропријацији, већ су важеће одредбе о експропријацији систематизоване и објављене у јединственом тексту. Карактеристика француског система је велики ауторитет правних схватања судова, а сама устројеност поступка експропријације, као што ће се видети, посматрачу пружа слику једног узорног модела владавине права.

Ако је у Француској улога судова спрам експропријације важна, она је у Енглеској нужна. У Енглеској је правни режим експропријације

⁴³ Н. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2011, стр. 707-783.

⁴⁴ Д. Милков, *Експропријација – између приватног и јавног*, стр. 47. G. Meyer, *Das Recht der Expropriation*, Verlag der serigischen Buchhandlung, Leipzig, 1868.

⁴⁵ Т. Allen, *The Right to property in commonwealth constitutions*, University of Cambridge Press, 2000. А. Lenhoff, *Development of the Concept of Eminent Domain*, *Columbia Law Review*, vol. 42., br. 4., 1942, стр. 599.

⁴⁶ Преглед процесних одредби у појединим државама САД вид. код Z. D. Hudson, „*Eminent Domain Due Process*“, *The Yale Law Journal* 119, 6/2010, 1322– 1327.

⁴⁷ Текст Законика доступан је на адреси: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074224&dateTexte=20080505>

(compulsory purchase) постављен законима⁴⁸, али се правни режим дограђује и заокружује у јудикатури енглеских судова.⁴⁹ У Уједињеном Краљевству се експропријација назива „обавезном куповином“ (compulsory purchase), што је један јединствени уговорни тип експропријације.⁵⁰ У Енглеској, уопште узев, у погледу експропријације важи начело правне сигурности и правде наспрам постизања равнотеже супротстављених правних интереса.

Када се узме у обзир стање доктрине правне државе у европским државама на крају 20. и почетку 21. века, може се приметити све израженије присуство законске необориве претпоставке да је јавни интерес за експропријацију одређен самим законом, чиме се негира битна претпоставка експропријације у формалном смислу — да се без испитивања јавног интереса у сваком конкретном случају не може приступити експропријацији.

Три су битна разлога за постојање експропријације у формалном смислу. То су: 1) остваривање општег интереса у односу на конкретну непокретност без претходног испитивања постојања јавног интереса значило би угрожавање принципа једнакости пред јавним теретима и једнакости пред законом уопште; 2) како је у природи ствари да потреба ради које се предлаже експропријација представља питање целисходности, експропријација у формалном смислу је начин да се путем испитивања са учешћем јавности утврди да ли је предложена сврха експропријације у јавном интересу; 3) експропријација у формалном смислу је средство које треба да онемогући опасност тзв. бега државних органа у приватно право. Према томе, не постоји разлог који би пружио оправдање да наспрам експропријације у формалном смислу – важи могућност непосредног дејства закона. Одавде произлази закључак да је доношење индивидуалног правног акта одређујуће обележје експропријације у формалном смислу, следствено чему експропријација у формалном смислу одриче могућност непосредног одузимања приватне својине на основу законских императивних норми.

У погледу законског уређивања експропријације у формалном смислу, доношење основног (системског) закона о експропријацији служи уобличавању законског система правних правила и правних прин-

⁴⁸ Године 2004. донесен је *Planinf and Compulsory Purchase Act (2004.)*, а четири године доцније и *Planing Act*.

⁴⁹ V. Green Denyer, *Compulsory Purchase and Compensation*, EG Books, London, 2009, str. 11. Ф. Станичић, *Развој извлаштења у Хрватској*, стр. 405.

⁵⁰ R. Collier, „*Compulsory Purchase and Condemnation: a Comparison of Procedures*“, *The Appraisal Journal*, Washington, January 1968, 121.

ципа на којима почива правни режим експропријације у формалном смислу. Законски систем експропријације у формалном смислу особито је важан у поретку правне државе због интервенционистичког карактера државне власти и снажног таласа пролиферације прописа о експропријацији који запљускује европске државе на почетку 21. века.

Принцип законитости се на посебан начин испољава у погледу правног режима експропријације (експропријације у формалном смислу), имајући у виду да је експропријација у формалном смислу условљена претходним утврђивањем јавног интереса за експропријацију. Постојање законског система експропријације у формалном смислу управо долази као потреба одређивања облика испољавања правног интереса (сврхе експропријације) ради чијег остваривања је допуштено приступити одузимању или ограничавању приватне својине у конкретном случају. То значи да је природа ствари да се експропријација проводи на основу закона али ни у ком случају непосредно законом! У противном, законска необорива претпоставка да је јавни интерес утврђен законом, значила би обесмишљавање правног режима експропријације у формалном смислу, тако што би се одлука о вршењу експропријације могла донети без претходног утврђивања јавног интереса, што је посве неоправдано у поретку правне државе.

Према нашем схватању, како смо раније истакли — јавни интерес је регулативна детерминанта правног поретка и статички израз општег добра! Општи интерес је динамички израз општег добра, док је приватни интерес динамички израз индивидуалних (приватних) добара. Општи интерес не би требало поистовећавати са јавним интересом, имајући у виду да предложена сврха експропријације са својством општег интереса може али и не мора бити у јавном интересу. Јавни интерес као регулативна детерминанта уткан је у све етапе правног уређивања експропријације, почев од испитивања предложене сврхе експропријације, а затим и у погледу поступка спровођења експропријације и особито у погледу обештећивања власника експроприсане непокретности.

Установљавање законског система основних правила и правних принципа експропријације у формалном смислу превасходно подразумева нормирање облика (клаузула) правних интереса ради чијега остваривања се може приступити експропријацији, чиме се, између осталог, гарантује кауза поступања државних органа и субјеката јавнога права. Јер, у противном би наступила опасност тзв. бега субјеката јавнога права у приватно право, а како државни органи немају вољу нити приватну аутономију, дошло би до злоупотребе и самовоље као смртне болести правне државе.

Правни режим експропријације је једини исправан начин да се испитивањем предложене сврхе експропријације у односу на друге правне интересе и правна добра утврди постојање јавног интереса за одузимање или ограничавање приватне својине у конкретном случају (правном предмету).

Утврђивање јавног интереса за вршење експропријације најпре обухвата испитивање формалне правоваљаности предложене сврхе експропријације, под којом се подразумева утврђивање испуњености законом предвиђених услова, као и испитивање дејства предложене сврхе експропријације у следству принципа забране произвођења противзаконитог дејства експропријације у правном поретку. Утврђивање јавног интереса требало би, по природи ствари, да се испољи као испитивање целисходности и јавне корисности предложене сврхе експропријације, што је одлика развијених европских правних поредака.

Утврђивање јавног интереса за експропријацију путем испитивања јавне корисности експропријације на снази је данас у француском праву. Испитивање у питању, у својој бити, очитује свест о важности надилажења чисто апстрактне процене сврхе експропријације, тако што ће се у сваком правном предмету детаљно одмерити однос супротстављених правних добара и интереса, „сачињавањем биланса позитивних и негативних страна предложене операције“, а само одлучивање о јавном интересу за експропријацију је под принципом јавности и стручне процене, са правом многих да непосредно учествују у самом поступку утврђивања јавне корисности (*déclaration d'utilité publique*: „декларација о јавној користи“).⁵¹ На тај начин је у француској судској пракси успостављено „одмеравање интереса“ поводом утврђивања јавне корисности за експропријацију у конкретном случају, при чему на видело излази зрелост и дух институције француског Државног савета. Поврх свега тога, веома је важно подвући важност појма јавности у поступку утврђивања јавног интереса за провођење експропријације. Јер, потреба за провођењем експропријације је *per definitionem* питање целисходности, углавном у сфери рационалног и предвидљивог, тако да нема оправдања да само одлучивање не омогући учешће заинтересованих припадника заједнице, како би се на основу предочених мишљења и оцене стручних лица дошло до утврђивања јавног интереса као регулативне детерминанте супротстављених правних интереса у правном предмету експропријације.

Јавни интерес представља регулативну детерминанту између супротстављених правних интереса у поступку експропријације. Тако,

⁵¹ М. Прица, *Експропријација као правни институт*, *op. cit.* стр. 211-229.

изградња болнице као израз општег добра представља општи интерес и оправдану сврху експропријације, али је неопходно испитати да ли је наспрам непокретности предложених за експропријацију – изградња болнице у јавном интересу. Уколико је одговор одречан, то значи да експропријација није у јавном интересу. Ако се пак утврди да је одговор на постављено питање потврдан, јавни интерес као регулативна детерминанта даље ће подразумевати доношење законите одлуке о експропријацији и доношење правоваљане одлуке о накнади за експроприсану непокретност. При томе, ако је у питању разлог који се не би могао имати карактер општег интереса као израза општега добра (нпр. изградња тржног центра или изградња комплекса стамбених и пословних објеката на једном подручју државе), то не значи да разлог у питању не би могао бити у јавном интересу. Али, будући да се не ради о општем интересу као изразу општега добра, у таквом случају не би било допуштено покретати поступак експропријације, већ се остваривање дотичне сврхе може постићи на други правно дозвољен начин (нпр. правним уређивањем везаним за употребу непокретности у јавној својини и уговарањем на основу слободне воље у погледу објеката у приватној својини), да би правно уређивање у питању задобило карактер јавног интереса.

Узимајући у обзир предочено, принцип законитости у материји експропријације пре свега би морао подразумевати одрицање могућности да је јавни интерес прогласи на основу закона, без испитивања јавног интереса у конкретном случају. Јер, закон само поставља генералне клаузуле општег интереса за провођење експропријације, а њихова се правоваљаност и целисходност даље мора испитати у сваком конкретном предмету. Ако би генералне клаузуле у питању биле оснажене необоривом законском претпоставком да су у јавном интересу, то би значило да се постојање јавног интереса за експропријацију не може оборити, чак и у случају утврђивања неправоваљаности и нецелисходности експропријације у конкретном предмету, што је решење у суштини грубо несагласно јавном интересу као регулативној детерминанти правног поретка.

С обзиром на то да експропријација у формалном смислу почива на генералним клаузулама општега добра, само по себи се као нужно намеће да закони о експропријацији одговарају појму закона у материјалном смислу. Закон о експропријацији може да остави могућност спровођења експропријације у посебном режиму, из разлога хитности опредељених остваривањем општих интереса, али не може да буде основано да закон о експропријацији испољи посебност, усмеравајући своје дејство

према ограниченом броју предмета и одређеном броју лица. У следству јединства правног поретка као уставног принципа – правни принципи и основни правни институти системског (општег) закона о експропријацији везују законодавца приликом уграђивања решења у текст посебног закона о експропријацији. Јер, основни правни принципи и правни институти системског закона о експропријацији представљају зграду која не сме бити оштећена дејством посебних закона у материји експропријације.⁵²

Литература

Прица, М. (2017). Експропријација као правни институт, докторска дисертација. Ниш: Правни факултет

Прица, М. (2018). Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка – Уједно излагање о унутрашњем правном систему. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 78. 103-126.

Прица, М. (2018). Правни принципи у поретку правне државе – канони правног поретка и унутрашњег правног система. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 80. 135-180.

Прица, М. (2020). Криза законодавства у поретку правне државе. Правна традиција и интегративни процеси – зборник радова. Косовска Митровица. 111-131.

Прица, М. (2018). „Фактичка експропријација“ као угаснуће владавине права у правном поретку Републике Србије. Зборник радова „Универзално и особено у праву“. Косовска Митровица. 361-387.

Прица, М. (2019). Управна ствар и управно-судска ствар. Зборник радова: Право у функцији развоја друштва. Косовска Митровица. 597-639.

⁵² М. Прица, *Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 91/2021, 97-116; М. Прица, *Јединство правног поретка као уставни принцип и законско уређивање експропријације*, „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“: зборник радова, књ. 7, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2020, стр. 157-186; М. Прица, *Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка – Уједно излагање о унутрашњем правном систему*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 78/2018, 103-126; М. Прица, *Правни принципи у поретку правне државе – канони правног поретка и унутрашњег правног система*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 80/2018, стр. 135-180; М. Прица, *Криза законодавства у поретку правне државе*, Правна традиција и интегративни процеси - зборник радова, Косовска Митровица, 2020, стр. 111-131.

Прица, М. (2020). Јединство правног поретка као уставни принцип и законско уређивање експропријације. „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“: зборник радова, књ. 7. Ниш: Правни факултет. 157-186.

Прица, М. (2020). Expropriation in a Material Sense. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 89. 139-160.

Прица, М. (2020). Историјски типови експропријације. Тематски зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу. 79-97.

Прица, М. (2021). Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 91. 97-116.

Прица, М. (2022). Јавни интерес, општи интерес и приватни интерес као правни појмови. Зборник Матице српске за друштвене науке. 184. 521-537.

Петровић, М. у сарадњи са Прица, М. (2020). Посебно управно право са међународним управним правом. Ниш

Петровић, М. (1980). Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа. Београд: Савремена администрација

Allen, T. (2020). The Right to property in commonwealth constitutions. University of Cambridge Press

Vovey, G. (1999). L'expropriation des droits de voisinage, Du droit privé au droit public. Lausanne

Vučković, M. (2016). Deprivation (expropriation) of the neighbor's right. Legal, social and political control in national, international and EU law. Niš. 659-674.

Green D. B. (2009). Compulsory Purchase and Compensation. London: EG Books

Данић, Д. (1924). Устав Немачке републике с погледом на модерну демократију. Архив за правне и друштвене науке. 6. 401-418.

Gjidara, M. (2008). L'acquisition des biens publics, notamment par expropriation, Le droit et la valorisation des biens publics. Zbornik radova hrvatsko-francuskog pravnog simpozijuma. Split. 91-130.

Иљин, И. (2012). Од демократије ка тоталитаризму. Београд: Бела идеја

Кличковић, С. (1941). Распадање појма експропријације у послератној Немачкој. Архив за правне и друштвене науке. 2. 117-124.

Крбек, И. (1959). Устав V Француске Републике. Архив за правне и друштвене науке. 4. 479-488.

- Laband, P. (1911). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., II
- Lenhoff, A. (1942). *Development of the Concept of Eminent Domain*. *Columbia Law Review*. 42 (4)
- Meyer, G. (1868). *Das Recht der Expropriation*, Velag der serigschen Buchhandlung. Leipzig
- Maurer, H. (2011). *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München
- Максимовић, Ст. (1906). О ограничењу својине уопште. Архив за правне и друштвене науке. 6. 467-472.
- Милков, Д. (2011). Експропријација – између приватног и јавног. *Анали Правног факултета у Београду*. 2. 43-62.
- Станичић, Ф. (2015). Опће уређење извлаштења у Њемачкој – поуке за Хрватску. *Правни вјесник*. 3-4. 185-212.
- Станичић, Ф. (2011). *Развој извлаштења у Хрватској*, докторска дисертација. *Правни факултет у Загребу*
- Стојановић, Д. (1989). *Основна права човека, људска права и слободе у уставима европских држава*. Ниш
- Тороман, Т. (1963). *Одредбе о својини у савременим уставима*. Архив за правне и друштвене науке. 3. 402-413.
- Тороман, М. (1987). *Право својине несврстаних и земаља у развоју*. *ЈРМП*. 1-2. 343-359.
- Hudson, Z. D. (2010). „Eminent Domain Due Process“. *The Yale Law Journal*. 119. 6. 1322– 1327.
- Hostiou, R. (2015). *Code de l'expropriation*. Paris
- Хелер, Х. (2011). *Правна држава или диктатура?*. Београд
- Chapus, R. (1995). *Droit Administratif, Domat droit public*. Montchrestien, Paris
- Collier, R. (1968). „Compulsory Purchase and Condemnation: a Comparison of Procedures“. *The Appraisal Journal*. January
- Шмит, К. (2001). *Легалност и легитимност*, Карл Шмит и његови критичари. Београд
- Устав Сједињених Америчких Држава. (1986-1987). *Гласник Правног факултета у Крагујевцу*. 5-46.
- Збирка новијих устава, 1. (1961). Београд

Збирка новијих устава, 2. (1963). Београд

Збирка новијих устава, 3. (1966). Београд

Збирка нових устава, 5. (1972). Београд

Збирка новијих устава, 6. (1979). Београд

Билтен ВСЈ бр. 6/1966

Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 1/1993

Билтен Врховног суда Србије бр. 1/2010

Prof. Miloš Prica, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CHARACTERISTICS OF LEGAL REGULATION OF EXPROPRIATION

Summary

From the historical perspective, the historical development of the legal institute of expropriation follows the course of the development of the legal state in the Western European cultural circle. During the 19th and 20th century, legal regulation of expropriation experienced significant changes. Building upon its “beautiful youth” in the legal order of the liberal state of law (Rechtsstaat), expropriation reached its full maturity during the 20th century, gaining an impressive presence in national laws of European legal orders. The changes included the legal regulation of expropriation, whose scope was significantly extended. Thus, in addition to the basic expropriation regime, special expropriation regimes were developed. The beginning of the 21st century was marked by a legislative crisis concerning expropriation, manifested in the expansion of direct legal regulation of expropriation at the detriment of the teleological content of the legal institute of expropriation.

Keywords: *formal expropriation, expropriation in the material sense, quasi-expropriation, expropriation as a legal institute, legal regulation of expropriation.*

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

341.231.14(082)

342.7(082)

ЗАШТИТА људских и мањинских права у европском
правном простору : тематски зборник радова Правног
факултета у Нишу. Књ. 12 / [главни и одговорни уредник
Небојша Раичевић]. - Ниш : Правни факултет, 2023 (Ниш :
Графика Галеб). - 188 стр. ; 24 cm

Тираж 100. - Реч уредника: стр. 5. - Напомене и
библиографске референце уз текст. - Библиографија уз
сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-312-4

а) Људска права -- Међународна заштита -- Зборници

COBISS.SR-ID 133707529