

**INSTITUT ZA UPOREDNO PRAVO**

INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW

ISSN 0039 2138

UDK 34

**STRANI PRAVNI  
ŽIVOT**

3/2008

BEOGRAD  
2008

---

**Redakcija**  
*Editorial Board*

Prof.dr Tomas Fleiner (Friburg, Švajcarska)  
Prof.dr Vid Jakulin (Ljubljana, Slovenija)  
Prof.dr Jeryy Rajska (Varšava, Poljska)  
Prof.dr Đorđe Ignjatović (Beograd)  
Prof.dr Đorđe Đorđević (Beograd)  
Dr Dušan Popović (Beograd)  
Dr Branislava Knežić (Beograd)  
Dr Ivanka Spasić (Beograd)  
Dr Dragana Knežić-Popović (Beograd)  
Mr Jelena Čeranić (Beograd)  
Dr Jovan Ćirić (Beograd)

**Glavni i odgovorni urednik**  
*Editor in chief*

Dr Jovan Ćirić

**Sekretar redakcije**  
*Secretary of Editorial Board*

Mr Jelena Čeranić

**Lektura i korektura**  
*Proofreading*

Nevenka Žalac

**Izdavač**  
*Publisher*

Institut za uporedno pravo  
*Institute of Comparative Law*  
Beograd, Terazije 41  
E-mail: [institut@icl.org.yu](mailto:institut@icl.org.yu)  
Tel (011) 3233-213

---

# STRANI PRAVNI ŽIVOT

## 3/2008

### *Sadržaj*

**\* Prof. Dr Klaus Roxsin**

*Zlostavljanje u pravnoj državi – slučaj Dašner u Nemačkoj, -Da li državnim organima izuzetno može biti dopušteno da pribave iskaz prinudom ..... 7*

**\* Prof. Dr Radoslav Gaćinović**

*Pravno organizacioni aspekti anti-terorističkog delovanja ..... 27*

**\* Savo Manojlović**

*International Courts in The Hague: A Comparison Between The ICTY and The ICC and Their Respective Contributions to the Rule of International Law from the Perspective of Victims of International Crimes ..... 53*

**\* Dr Nenad Ž. Petrović**

*Doktrina „ograničenog suvereniteta“ u „hladnom ratu“ na primeru Čehoslovačke 1968. godine ..... 59*

**\* Ivana Rakić**

*Međunarodni sud pravde ..... 77*

**\* Mr Katarina Jovičić**

*Međunarodna trgovinska arbitraža ..... 99*

**\* Mr Ana Knežević-Bojović**

*Građanska, krivična i disciplinska odgovornost sudija – međunarodni dokumenti i pravo Srbije ..... 122*

**\* Prof Fernanda Florentino Fernandez Jankov; PhD, Andrea Radulović**

*Unfair Competition among Businesses in the Marketplace-Abuse of a Dominant Position ..... 139*

---

<b>* Prof. Dr Mileva Andelković</b> <i>Fundamentalna prava obveznika i njihova zaštita u savremenim informaciono-tehnološkim uslovima .....</i>	163
<b>* Prof. Dr Dragan Jovašević</b> <i>Krivična dela korupcije u uporednom zakonodavstvu .....</i>	179
<b>* Dr Ivanka Spasić</b> <i>Specifičnosti normativnog uređenja leasing posla u Belgiji .....</i>	214
<b>* Radosav Risimović</b> <i>Nužna odbrana u krivičnom zakonodavstvu Španije .....</i>	222
<b>*Prof. dr Milan Milošević</b> <i>Zakoni Republike Italije o obaveštajno-bezbednosnom sistemu i režimu državne tajne .....</i>	262

---

# FOREIGN LEGAL LIFE

## 3/2008

### *Contest*

- \*Prof. Claus Roxin, PhD**  
*Torture in a Rule of Law State – Dasner Case in Germany*  
*Can state authorities exceptionally be allowed to obtain statement*  
*by force* ..... 7
- \*Profesor, Radoslav Gaćinović, PhD**  
*Organisational Law Aspects of Anti- Terrorist Action* ..... 27
- \*Savo Manojlović**  
*International Courts in The Hague: A Comparison Between The ICTY and*  
*The ICC and Their Respective Contributions to the Rule of International*  
*Law from the Perspective of Victims of International Crimes* ..... 53
- \*Nenad Ž. Petrović, PhD**  
*Doctrine of „Limited Sovereignty” in the cold war on the example of*  
*Czechoslovakia in the year of 1968* ..... 59
- \*Ivana Rakić**  
*International Court of Justice* ..... 77
- \*Katarina Jovičić, MA**  
*International Commercial Arbitration* ..... 99
- \*Ana Knežević – Bojović, MA**  
*Civil, Criminal and Disciplinary Liability of Judges – International*  
*Documents and Serbian Law* ..... 122
- \*Prof Fernanda Florentino Fernandez Jankov; PhD, Andrea Radulović**  
*Unfair Competition among Businesses in the Marketplace-Abuse of a*  
*Dominant Position* ..... 139

---

**\*Prof. Mileva Anđelković, LL.D**

*The Protection of the Fundamental Tax Payers' Rights in the Contemporary World of Information Technologies* ..... 163

**\*Prof. Dragan Jovašević, PhD**

*Criminal Offences of Corruption in Comparative Criminal Law* ..... 179

**\*Ivanka Spasić, Ph.D**

*Characteristics of Legal Regime of Leasing in Belgium* ..... 214

**\*Radosav Risimović**

*Self-Defence in Criminal Law of Spain* ..... 222

**\*Prof. Milan Milošević, PhD**

*Italian Legislation on Information-Security System and State Secret* .. 262

## **ZLOSTAVLJANJE U PRAVNOJ DRŽAVI – SLUČAJ DAŠNER U NEMAČKOJ**

Da li državnim organima izuzetno može biti dopušteno da  
pribave iskaz prinudom

*Državnim organima zabranjeno je da pribegnu zlostavljanju (mučenju) čak i kada je to jedini način da se spasi život nedužnih. Oni koji se zalažu za dopuštenost zlostavljanja u izuzetnim prilikama previđaju da međunarodnopravni instrumenti izričito zabranjuju sve zamislive izuzetke od zabrane zlostavljanja, kao i činjenicu da je pojam zlostavljanja određen u više konvencija, te da se ne može po potrebi sužavati. No, i kada izuzeci ne bi bili izričito zabranjeni, dobri razlozi govore u prilog stanovištu da je zabrana zlostavljanja suštinski – i kao načelna – zamisliva samo ako je apsolutna. U praksi je nemoguće postaviti granice zlostavljanju – ili ga neće biti uopšte, ili će biti skinut lanac, pa će ga biti u nepredvidivom obimu.*

Ključne reči: tortura; apsolutna zabrana; pravna država; slučaj Dašner; Nemačka

### **I. Uvod**

Pokušaj zamenika šefa frankfurtske policijske uprave Dašnera (Daschner) da prinudom pribavi iskaz od okrivljenog polako postaje najkontraverzniji slučaj u nemačkoj posleratnoj krivičnopravnoj teoriji. Dašner je naredio da se Gefgenu (Gaefgen), mladom pravniku koji je oteo dete jednog poznatog bankara, pripreti silom, kako bi ovaj otkrio gde se dete nalazi. Kako stvari stoje, Dašner je bio spreman da naredi i primenu sile, odnosno telesno zlostavljanje. Pretnja je međutim urodila plodom. Zaplašeni Gefgen, čija je zamisao isprva bila da iznudi otkup, odao je lokaciju deteta. Dete je nađeno mrtvo. Gefgen ga je ubio nedugo nakon otmice.

Da li je prinuda u iznetom i sličnim slučajevima kažnjiva ili naprotiv dopuštena, predmet je žučne rasprave. Isprva se u svim (polu)zvaničnim saopštenjima insistiralo da takvo postupanje ne može biti dopušteno. Takvo je viđenje i nemačkog Saveznog ustavnog suda<sup>1</sup> i njegovog predsednika<sup>2</sup>, a i Zemaljskog suda (Landgericht) u Frankfurtu.<sup>3</sup> Taj sud je oglosio Dašnera krivim za krivično delo prinude (u Srbiji iznuđivanje iskaza), ali mu nije izrekao kaznu već samo sudsku opomenu. Društvo sudija Nemačke (Deutscher Richterbund)<sup>4</sup> zauzelo je u saopštenju za medije sledeće stanovište: »Svaki vid sile, pa i pretnja silom kojom se pokušava iznuditi iskaz od okrivljenog je zabranjen... Nikakva relativizacija te zabrane, uključujući i onu koja se predlaže za »vanredne okolnosti«, ne dolazi u obzir«. Mackenroth, predsednik Društva sudija, isprva je bio zauzeo drugačije stanovište, ali je od svog viđenja kasnije javno odustao.<sup>5</sup> I branioci u Nemačkoj su u stavu jedinstveni – pretnja da će biti upotrebljena sila nikad ne može biti dopuštena.<sup>6</sup>

U novijoj literaturi, nepobitno, ima sve više i više stavova koji nisu tako isključivi. Navešću samo nekoliko, ilustracije radi. Poznati komentatori našeg ustava (»Osnovnog zakona«) Herdegen<sup>7</sup> i Starck<sup>8</sup>, ali i neki drugi autori<sup>9</sup> drže da u svakom konkretnom slučaju treba sagledati situaciju u celini, te da se u određenim konstelacijama može uzeti da uopšte nema povrede ljudskog dostojanstva okrivljenoga, ili, ako je i ima, da zaštita žrtve u konkretnom slučaju ima prevagu u odnosu na zabranu zlostavljanja. Erb<sup>10</sup>

1 \*Profesor Klaus Roxin, jedno je od najznačajnijih imena današnjice u svetu krivičnopravne nauke. Između ostalog, on je 25.09.2008. dobio diplomu počasnog doktora nauka beogradskog Univerziteta.

NJW 2005, 657. [ključ skraćenica: juristische-abkuerzungen.de]

2 *Papier*, Frankfurter allgemeine Zeitung, 2.1.2006., s. 2: zabrana zlostavljanja je apsolutna; ni zakonodavac je ne može relativizovati, taman i da hoće..

3 NJW 2005, 692.

4 Saopštenje za medije od 23.2.2003.; DRiZ 2003, 123.

5 V. Saopštenje iz 4. fusnote.

6 Tako u Pozivu na godišnje savetovanje branilaca (2005), prema *Herzberg*, JZ 2005, 325, fn. 14.

7 *Herdegen*, u: Maunz/Düring, Grundgesetz, 42. svezak (2003), čl. 1 I, n. 43–45.

8 *Starck*, u: Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, čl. 1 I, n. 71.

9 *Brugger*, JZ 2000, 165 dd., koji se prvi u Nemačkoj založio za dopuštenost zlostavljanja u izuzetnim prilikama (v. *Roxin*, FS Eser, 2005, 461 dd.); *Götz*, NJW 2005, 953 dd.; *Wittreck*, u: Gehl (pr.), Folter – zulässiges Instrument im Strafrecht?, 2005, 37 dd.

10 *Jura* 2005, 24 dd.; *NStZ* 2005, 593 dd.; *Nitschke* (pr.), *Rettungsfolter im modernen*

na više mesta iznosi svoj stav da je u slučaju povrede ljudskog dostojanstva koju je učinio Dašner preteći telesnim zlostavljanjem protivpravnost isključena, jer je Dašner pomagao drugom u nuždi da se odbrani, što je vid nužne odbrane. Po Erbu iz tih razloga suštinski ne postoji ni povreda međunarodnih konvencija koje svaki oblik mučenja odnosno zlostavljanja zabranjuju. Za Jerouscheka<sup>11</sup> pretnja Dašnera nije krivično delo, jer je u kontekstu krivičnog prava protivpravnost isključena, ali predstavlja disciplinski prekršaj. Hilgendorf<sup>12</sup> pomišlja da u budućnosti »lakše slučajeve«, u koje bi mogao spadati i slučaj Dašner, »ne treba ni podvoditi pod zabranu zlostavljanja«. Herzberg<sup>13</sup> drži da se iz »čl. 1 Osnovnog zakona ne može ni izvesti zabrana upotrebe sile ili pretnje silom«. Za njega je pretnja silom – ali ne i sama upotreba sile (telesno zlostavljanje), do koje zapravo nije ni došlo – u slučaju Dašner bila dopuštena. I Kühl<sup>14</sup> i Otto<sup>15</sup> naginju shvatanju da u slučajevima nalik Dašnerovom treba uzeti da je ponašanje lica koja prete silom ili primenjuju silu opravdano, odnosno da je protivpravnost isključena.

Protivnici svake prinude su i dalje u većini.<sup>16</sup> Kako je rasprava koja se vodi burna i jedni i drugi skloni su ekstremnim formulacijama. Za Hassemera,<sup>17</sup> zamenika predsednika našeg Saveznog ustavnog suda, dopuštanje prinude makar i u sasvim izuzetnim slučajevima značilo bi »kraj jednoj uzvišenoj, božanskoj ideji. Prodire se tamo gde nijedna društvena zajednica ne sme

---

Rechtsstaat? Eine Verortung, 2005, n. 149 dd.

11 JuS 2005, 296 d.

12 JZ 2004, 331 (339).

13 JZ 2005, 321 dd. (322).

14 Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch<sup>25</sup>, 2004, § 32, n. 17 a; Kühl, Strafrecht – Allgemeiner Teil, <sup>5</sup>2005, § 7, n. 156 a.

15 JZ 2005, 321 dd. (322).

16 Bielefeld, u: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 95 dd.; Enders, u: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 133 dd.; Hecker, Kritische Justiz 2003, 210 dd.; isti, FS Verwaltungsfachhochschule Wiesbaden, 2005, 295 dd.; Heuchemer, JA 2006; isti, JA 2006 (Hausarbeit); Isfen, u: Esser idr. (pr.), Die Bedeutung der MRK für die nationale Rechtsordnung, 2004, 21 dd.; Jahn, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2004, 24 dd.; Jeßberger, Jura 2003, 711 dd.; Kaiser, Kriminologisches Journal 2003, 243 dd.; Kinzig, in: Gehl (pr.), (fn. 9), n. 35 dd.; Kretschmer, Recht und Politik, 2003; Kreuzer, u: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 35 dd.; Lüderssen, FS Rudolphi, 2004, 691 dd.; Marx, in: Gehl (pr.), (fn. 9), 95 dd.; Merten, JR 2003, 404 dd.; Neuhaus, GA 2004, 756 dd.; Norouzi, JA 2005, 306 dd.; Perron, FS U. Weber, 2004, 143 dd.; Saliger, ZStW 116 (2004), 756 dd.; Schild, in Gehl (pr.), (fn. 9), 59 dd.; isti, u: Nitschke, (fn. 10), n. 69 dd.

17 Süddeutsche Zeitung, 27.2.2003. (= DRiZ 2003, 122).

da se nađe, taman da i svi građani tako odluče«. Sam Savezni ustavni sud<sup>18</sup> povodom slučaja Dašner zaključio je da svako zlostavljanje u krivičnom postupku razara »one elementarne pretpostavke, bez kojih egzistencija čoveka i društva nije moguća«. Erb sa druge strane upravo u kažnjavanju prinude u slučajevima nalik Dašnerovom vidi »flagrantni totalitarizam«. <sup>19</sup> Po njemu, apsolutna zabrana prinude nezamisliva je bez nastojanja da se »potpuno (totalno) ovlada ljudima i njihovim ponašanjem« i zbog toga i sama takva zabrana pripada »totalitarističkoj ideologiji«. <sup>20</sup>

I sa jedne i sa druge strane dopiru, kako se vidi, teške reči. To je razumljivo. Imajući u vidu današnju političku situaciju u svetu, užasavajuća je pomisao da je zabrana zlostavljanja u krivičnom postupku, uopšte zabrana svakog oblika telesnog ili duševnog mučenja od strane države dovedena u pitanje. Sve to utoliko pre što, kako pokazuje primer SAD, zabrana o kojoj je reč nije večna već ljudi uvek iznova za nju moraju da se bore. Sa druge strane, užasavajuća je i sama pomisao da će neko možebiti umreti, jer onaj koji bi ga inače spasio – pribavljajući iskaz prinudom – to ne sme zbog zabrane svake prinude prilikom saslušanja, odnosno zabrane zlostavljanja uopšte.

Nedoumica nije jednostavna – otvara velike pravno-etičke dileme. Zbog toga i velikog broja novih viđenja koja su izneta u literaturi u poslednje vreme, rešio sam da se ovim problemom pozabavim još jednom. <sup>21</sup> Želim da podelim sa čitaocem svoj odgovor na tri pitanja. Da li je prema važećem pravu prinuda kao oblik zlostavljanja (mučenja) dopuštena (II)? Da li je u slučaju Dašner protivpravnost mogla biti isključena prema pravilima o nužnoj odbrani (III)? Kakva je ocena celog slučaja nevezano za važeće propise (IV)?

## **II. Da li zlostavljanje načelno može biti dopušteno kada se nastoji spasiti život nedužnih?**

Ne mali broj autora i institucija koje su zauzele svoj stav, uključujući i Zemaljski sud u Frankfurtu koji je presudio Dašneru, drži da je pravno sve jasno – zlostavljanje, bilo da se radi o upotrebi sile ili o pretnji silom, uvek

18 NJW 2005, 657.

19 Jura 2005, 30.

20 U: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 165.

21 Upućujem čitaoca na svoj raniji prilog u poklonici Ezeru (FS Eser, 2005, 461 dd.).

je zabranjeno, pa je tako moralo biti i u Dašnerovom slučaju.<sup>22</sup> Tako i ja mislim. Ustav – Osnovni zakon – je u prvom članu odredio da je ljudsko dostojanstvo »nedodirivo«. Čl. 104 I 2 Osnovnog zakona propisuje da lica lišena slobode »ne smeju biti zlostavljana ni telesno ni duševno«. Postoje i mnogobrojne međunarodne konvencije koje zabranjuju svaki vid zlostavljanja.<sup>23</sup> Takve odredbe su ratifikacijom postale ili su i inače kao opšta (opšteprihvaćena) pravila međunarodnog prava prema čl. 25 Osnovnog zakona sastavni deo našeg prava.<sup>24</sup> Nijedan od međunarodnih instrumenata ne imenuje nijedan izuzetak u kome bi zlostavljanje bilo dopušteno iako svako zna da postoje slučajevi u kojima pribavljanje iskaza prinudom može da spasi život nedužnih. Različiti instrumenti koji kod nas u Nemačkoj imaju pravnu snagu isključuju svaki izuzetak *expressis verbis*. Prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima, zabrana zlostavljanja (mučenja) ne može se suspendovati čak ni u slučaju rata ili nekog drugog vanrednog stanja u državi (»javne opasnosti«).<sup>25</sup> A u Konvenciji UN protiv mučenja i drugog okrutnog, nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja<sup>26[25a]</sup>, koja u Nemačkoj važi od 1990. godine, u čl. 2 II stoji: »vanredne okolnosti ma koje vrste, bilo rat i ratna opasnost, unutrašnja politička nestabilnost ili kakvo drugo vanredno stanje u državi, ne mogu biti opravdanje mučenju«.

U procesnom pravu, § 136 a I nemačkog Pravilnika o krivičnom postupku (Strafprozessordnung - StPO) zabranjuje svako zlostavljanje okrivljenog uključujući i pretnju silom. Tako pribavljen iskaz ne sme se ceniti u daljem postupku (§ 136 a III StPO). § 12 IV Zakona o javnoj bezbednosti (*Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*) savezne 22 LG (Zemaljski sud) Frankfurt, NJW 2005, 695: »zakon je jasan«. Javni tužilac *Schäfer*, NJW 2003, 947, naglašava da »je pravno sve jasno« i da zabrana zlostavljanja ne sme biti tek tako, usput, relativizovana. Advokat *Düx*, ZRP 2003, 180, kaže: »Sa stanovišta prava sve je jasno – upotreba sile prema licu koje je lišeno slobode kojom se nastoji pribaviti iskaz uvek je zabranjena, a isto u takvim okolnostima važi i za pretnju da će sila biti upotrebljena; nijedan izuzetak nije dopušten«. Naveo sam svega nekoliko primera.

23 V. *Kinzig*, in: Gehl, (fn. 9), 16 dd.

24 Prema čl. 7 I f, II e Rimskog statuta i § 7 I (5) nemačkog Kodeksa međunarodnih zločina (*Völkerstrafgesetzbuch*), zlostavljanje odnosno mučenje civila predstavlja »zločin protiv čovečnosti«.

25 I po Međunarodnom paktu o građanskim i političkim pravima iz 1966. godine (čl. 7) mučenje je zabranjeno i u slučaju da je u državi zavedeno vanredno stanje.

26 <sup>[25a]</sup> Sl. list SFRJ MU 9/1991 (prapatni srpskohrvatski prevod u nijansama ne odgovara autentičnom engleskom tekstu).

države Hesena (u kojoj se nalazi Frankfurt), koji uređuje policijsko delovanje, upućuje upravo na § 136 a StPO, a u § 52 II istog zakona izričito stoji da je svaki vid prinudnog pribavljanja iskaza zabranjen.

Retki su slučajevi u pravu da je neka zabrana ponovljena u tako velikom broju akata. Unatoč velikom broju propisa koji sadrže decidirane zabrane svakog zlostavljanja, nemali broj autora se zalaže za isključenje protivpravnosti zlostavljanja, odnosno pretnje telesnim zlostavljanjem u slučajevima nalik Dašnerovom. Među njima jedni polaze od toga da je u tim slučajevima opravdano dati prevagu spasavanju života, pa sam otuda tu koncepciju i nazvao koncepcijom prevage (u originalu »Abwegungslösung«). Drugi pak drže da, iako je država adresat zabrane zlostavljanja, to nije nužno i službeno lice koje pribegne zlostavljanju. Tu koncepciju nazvao sam koncepcijom zasebnog delanja (»Differenzierungslösung«). To su dve osnovne koncepcije kojima se nastoji utemeljiti isključenje protivpravnosti. U literaturi se sa velikim žarom zagovara i ograničenje pojma zlostavljanja, bilo kvantitativno (male muke nisu zlostavljanje), bilo kvalitativno (pretnja nije zlostavljanje). Nisam propustio da se osvrnem ni na takva shvatanja.

### *1. Pokušaji relativizovanja zabrane zlostavljanja – koncepcija prevage*

Autori poput Bruggera, Götza i Wittrecka<sup>27</sup> polaze od toga da zlostavljanje u obliku prinude jeste povreda elementarnog dostojanstva – »ljudskog dostojanstva« okrivljenog, ali da državi upravo čl. 1 Osnovnog zakona<sup>28[26a]</sup> nalaže da štiti ljudsko dostojanstvo svih građana. Država prema tome ima dve obaveze: jednu da pazi da ne povredi svojim delanjem elementarno dostojanstvo bilo kog pojedinca, i drugu, da štiti, štoćereći brani od raznolikih napada elementarno dostojanstvo svakog pojedinca. Naspram tih obaveza stoje prava – jednih da im država ne povređuje ljudsko dostojanstvo, drugih da uživaju državnu zaštitu svog dostojanstva. U slučaju Dašner, država nije mogla da ispuni obe obaveze. U takvim

27 V. fn. 9. Wittreck međutim drži da ubistvo nekog lica samo po sebi ne mora biti kvalifikovano kao povreda ljudskog dostojanstva, već smatra da treba da postoje naročite okolnosti koje vređaju ljudsko dostojanstvo.

28 <sup>[26a]</sup> Čl. 1 I: »Ljudsko dostojanstvo je nedodirivo. Dužnost je države da se susdrži od povreda i da ga zaštiti.«

situacijama treba odmeriti sve okolnosti i realizovati jače pravo odnosno dati prevagu jačoj obavezi: život otetog deteta vredniji je od telesnog i duševnog integriteta otmičara. Zbog toga zlostavljanje u obliku prinude, unatoč brojnim izričitim zabranama, nije protivpravno.

Na prvi pogled takav teorijski rasplet je vrlo ubedljiv, ali je takva koncepcija ipak pogrešna. Za početak se može primetiti da je obaveza države da sama ne povređuje elementarno dostojanstvo pojedinca neograničena, a obaveza države da od tuđih napada štiti elementarno dostojanstvo građana postoji samo kada je zaštita koja treba da bude pružena spojiva sa konceptom pravne države. Tamo gde bi obaveza zaštite ljudskog dostojanstva značila povredu ljudskog dostojanstva, takva obaveza uopšte ne može ni postojati. U krivičnom pravu je odavno prihvaćen princip da u slučaju kada se obaveza propuštanja (nečinjenja) ne može izvršiti a da se ne prekrši obaveza činjenja, prevagu uvek ima propuštanje. Tako na primer u poznatom slučaju lekara iz Trećeg rajha, o kome se u Nemačkoj diskutuje pod nazivom »Euthanasiefall«, lekari su manji broj pacijenata ubijali jer bi inače ti isti lekari bili zamenjeni osobljem koje bi vrlomoguće ubilo sve pacijente. Na taj način, oni su većinu pacijenata spasili od inače sigurne smrti. Većina autora uzima da u takvim slučajevima nema mesta isključenju protivpravnosti.<sup>29</sup> Prema tome, obaveza države da sama ne povređuje ljudsko dostojanstvo pojedinca jača je od obaveze države da zaštiti ljudsko dostojanstvo drugih od napada sa strane. U suprotnom bi zlostavljanje moglo za čas da se na velika vrata vrati kao opšti manir u postupanju državnih organa. Čim bi na vidiku bilo da je moguće nečiji život ugrožen, država bi mogla da pribegne mučenjima, odnosno prinudi kao vidu mučenja. Zabrana zlostavljanja postala bi od pravila izuzetak.

Koncepcija prevage je neodrživa iz još jednog razloga. Čak i ako bi se uzelo da treba ceniti prilike, pa u odnosu na njih dati jednoj ili drugoj obavezi prevagu, prevaga se ne može dati nečemu što po sebi uopšte ne postoji. Različiti propisi ne samo da ne predviđaju izuzetke od zabrane zlostavljanja, već izričito isključuju mogućnost da neki izuzetak postoji. Ako primerice u univerzalnoj Konvenciji UN protiv mučenja, u čl. 2 II lepo stoji da »vanredne okolnosti ma koje vrste« ne mogu da opravdaju zlostavljanje (mučenje), onda se ne može tvrditi da je u vanrednim okolnostima kakve su postojale u slučaju Dašner zlostavljanje i mučenje

---

<sup>29</sup> Sa daljom literaturom *Roxin*, Strafrecht – Allgemeiner Teil I, <sup>4</sup>2006, § 16, n. 33 dd., 117.

izuzetno dopušteno.<sup>30</sup> Donosioci konvencije su upravo imali vanredne okolnosti u vidu, pa su odredili da vanredne okolnosti »ma koje vrste« ne mogu opravdati zlostavljanje. Njihova želja je očito bila da u svakom slučaju isključe zlostavljanje (mučenje) kao opciju.

Pokušaji da se izuzeci, unatoč iznetom, opravdaju ne čine mi se uspješnim. Erb<sup>31</sup> drži da Konvencija, s obzirom na čl. 2 II u kome su izričito imenovani rat i druga vanredna stanja u državi kao razlozi koji ne mogu da opravdaju zlostavljanje, po svojoj prirodi, kada govori o vanrednim okolnostima, uopšte nema u vidu slučajeve nalik Dašnerovom, i to unatoč tome što je u tekstu Konvencije, kako Erb kaže, patetično naglašeno da se može raditi o vanrednim okolnostima »ma koje vrste«. Taj dodatak međutim uopšte nije patetičan već jasan, a i glasan. On kategorički deplasira sve zamislive »vanredne okolnosti« kao razloge koji mogu opravdati zlostavljanje (mučenje). Radnje zlostavljanja uvek su protivpravne.

Činjenica da su imenovani rat i druga vanredna stanja u državi ne može se shvatiti tako da u poređenju sa tim okolnostima manje vanredne prilike dopuštaju zlostavljanje. A *maiores ad minus*, ako u slučaju rata i ostalih velikih državnih neprilika ništa ne može opravdati zlostavljanje, onda to mora važiti i u vanrednim okolnostima koje se uklapaju u državnu svakodnevicu. Interesantno je da harvardski profesor Dershowitz, koji se često pominje kao veliki zagovornik prinude u ekstremnim situacijama, ne smatra da su prilike u slučaju Dašner bile naročito, odnosno dovoljno ekstremne: »Činjenica da je ugrožen život jednog čoveka, nije dovoljan razlog da se pribegne ekstremnim metodama kao što je mučenje«.<sup>32</sup> Erbovo tumačenje prema svemu izloženom niti je u granicama izraza, niti se po sebi bez obzira na propise može smatrati ispravnim.

## 2. *Pokušaji relativizovanja svojstva adresata zabrane – koncepcija zasebnog delanja*

Na ovom mestu preći ću na analizu koncepcije zasebnog delanja čiji je najangažovaniji zagovornik Erb. On ne spori da se upotrebom i pretnjom silom, štoćereći zlostavljanjem, povređuje ljudsko dostojanstvo i da država kao takva nema pravo da pribegava takvim merama. On kaže

30 Tako lepo Herzberg, JZ 2005, 324.

31 Jura 2005, 28.

32 Die Zeit, 15.12.2005. (br. 51), s. 58.

sledeće<sup>33</sup>: »Tačno je da svaki pokušaj da se okrivljeni natera da govori nanošenjem bola predstavlja povredu elementarnog dostojanstva čoveka, a država prema čl. 1 I Osnovnog zakona nikako ne može imati pravo da povređuje ljudsko dostojanstvo«. Država ne sme<sup>34</sup> »svojim radnjama da nipodaštava dostojanstvo građanina kao čoveka i to ni onda kada nastoji da zaštiti ljudsko dostojanstvo nekog drugog građanina«. No unatoč tome, Dašner je ipak opravdan (protivpravnost njegovog delovanja je isključena), i to po odredbama opšteg krivičnog prava nužne odbrane iz § 32 KZ Nemačke. Njegova namera je bila da odbije protivpravan napad otmičara koji se sastojao iz propuštanja otmičara da policiji omogući da spasi oteto dete koje može biti negde umire. Kada neko spašava tuđi život, protivpravnost njegovog delanja je isključena po pravilima same prirode (prirodnog prava), a ona su jača od svake državne zabrane.<sup>35</sup>

Po ovoj teoriji, država ni u kom slučaju ne sme za vanredne prilike predvideti izuzetke od zabrane prinude kao vida zlostavljanja, ali ne sme ni sprečavati svoje službenike kaznenim odredbama da ciljano upotrebe prinudu. Ali i sam Erb primećuje: »Priznajem da deluje paradoksalno državi uskratiti svaku mogućnost da u vanrednim okolnostima svojim službama dopusti zlostavljanje, ali istovremeno i pravo da zlostavljanje u tim slučajevima stavi pod kaznu. Ispada da nije državno delanje kada policajac »iskoči« iz svoje službene uloge, a zatim koristeći se instrumentima policijske organizacije uspešno zlostavlja nekoga«.

Zbog iznete unutrašnje protivrečnosti, Erbova koncepcija je neodrživa. Ono što je državi zabranjeno, ne može njenim službenicima kada postupaju u tom svojstvu po opštem režimu krivičnog prava biti dozvoljeno. Dašner nije delovao kao običan čovek za sebe već u svojstvu visokog državnog činovnika koji je svoju zamisao realizovao naređujući – u skladu sa ovlašćenjima zamenika šefa policije – drugima i angažujući policijske resurse. U takvim situacijama, u kojima se sasvim opipljivo vrši (državna) vlast, nije moguće uzeti da službeno lice – što, da naglasimo, i nije bila Dašnerova zamisao – iskače iz uniforme i u tom trenutku sve obaveze koje ono kao službeno lice ima padaju, jer je vršilac državne službe rešio da dela kao običan čovek čije radnje po opštem režimu krivičnog prava nisu protivpravne.

---

33 Jura 2005, 26.

34 Die Zeit, 9.12.2004. (br. 51), s. 15.

35 Jura 2005, 29 (odatle je i citat iz sledećeg pasusa).

Vežanost državnog delovanja međunarodnim pravom i naposve međunarodnim konvencijama i unutrašnjim propisima bila bi čista farsa ako bi svaki državni službenik koji vrši vlast mogao da reši da će u sred svog posla od jednog trenutka nastupati kao običan čovek i time prizvati opšti režim krivičnog prava da isključi protivpravnost njegovih radnji.

Erb pokušava da utemelji svoj koncept na prirodnom pravu i to tako što pravo na nužnu odbranu i pomoć (odbranu) u nuždi kao njen vid uzdiže na nivo prirodnog principa.<sup>36</sup> Kada država nije u stanju da spreči ubistvo, svako ko je rad da pomogne nalazi se u carstvu prirode i njenih zakona, dakle u situaciji »u kojoj kao da države i njenih propisa nema... Usled toga, svaka norma koja bi zabranjivala neophodan spasilački poduhvat onog ko je spreman da pritekne žrtvi u pomoć, nema u samom startu nikakv legitimitet«.

Međutim, pozivima na prirodno prvo ne mogu se izigravati u međunarodnom pravu i ustavu istinski pravne države utemeljena pravila. Ako se već i pominje prirodno pravo, mnogo je verovatnije da je u njemu utemeljena zabrana zlostavljanja, nego pravo učinioca da pritekne u pomoć (odbranu) drugom. Za pomoć u nuždi, kao vid nužne odbrane, u našem najvećem komentaru<sup>37</sup> suptilno se naglašava da se kao pravo ne podrazumeva. No pre svega želim da naglasim da nije tačno da država u takvim prilikama nije u stanju da pomogne, pa eto, na scenu stupaju zakoni prirode. Država može da pomogne, ali ne sme. Ako sama država, kako i Erb primećuje, ne sme da pomogne, onda ona ne sme ni dozvoliti svojim službenicima da vršeći državnu vlast učine nešto što ona ne sme.

Na kraju se može zaključiti da režim nužne odbrane, kada je u pitanju državna služba, mora biti tako koncipiran i tumačen da ne može biti isključena protivpravnost radnji odbrane koje predstavljaju povredu ljudskog dostojanstva u smislu ustava. Prema dosta zastupljenom mišljenju<sup>38</sup> protivpravnost delanja državnih organa nikad ne može da bude isključena po propisima o nužnoj odbrani. Na početku pasusa pomenuto ograničenje ima svoje opravdanje u socijalno-etičkom kontekstu nužne odbrane – u principu maksimizacije pravnog i očuvanja prava (Rechtsbewahrungsprinzip), koji je jedan od nosećih principa nužne odbrane uopšte. Pošto se pravo ne može čuvati kršenjem normi međunarodnog prava i gaženjem

36 Jura 2005, 29; opširno NStZ 2005, 593 dd.

37 Leipziger Kommentar - Hirsch, <sup>11</sup>1992, § 32, n. 12.

38 Više o tome Roxin, (fn. 27), § 15, n. 108 dd.

ustavnih garantija, zlostavljanje nikada ne može da bude »nužno« u smislu zakona to jest propisa o nužnoj odbrani.

Erb<sup>39</sup> je – previđajući da je sam zakonodavac<sup>40</sup> naglasio da izabranom jezičkom konstrukcijom kojom dva puta za redom insistira da radnja nužne odbrane mora biti po sebi i neophodna (»erforderlich«) i uopšte u datim okolnostima potrebna (»geboten«) želeo da postavi elementarne etičke granice odbrani u nuždi –, iznova naćeo stari spor oko znaćenja određenih izraza i jezićke formulacije u celini kojom se zakonodavac poslužio pri koncipiranju nužne odbrane. Nesporno je da nužna odbrana može biti dozvoljena samo u jednom širokom ali naglašenom etićkom okviru. Sporno je međutim da li te granice postavlja naznaka da nužna odbrana mora biti prikladna – u opštem smislu potrebna (»geboten«), ili pak, granice postavlja već sama naznaka da mora da se radi o radnji koja je adekvatna i najblaža – »neophodna«. Erb drži da se iz pojma »prikladnosti« ne mogu izvoditi ogranićenja etićke prirode, jer taj izraz (zapravo nem. »Gebotenheit«) u tom kontekstu ima sasvim neodređen sadržaj. On međutim previđa da je sam zakonodavac naglasio da izabrana jezićka konstrukcija treba da postavi etićke granice odbrani u slučaju nužde.<sup>41</sup> Isto tako, on previđa da o nedovoljnoj određenosti možda može biti reći u nekim granićnim slučajevima, ali ne i kada je u pitanju ponašanje koje najviši pravni akti izrićito zabranjuju, a upravo je takav slučaj sa zlostavljanjem. No, iako stavimo uslov opšte prikladnosti same nužne odbrane kao sporan po strani, granice nužne odbrane i pomoći u odbrani kao njenog vida proizilaze već iz same činjenice da svaka nužna odbrana predstavlja zaštitu pravnog poretka. Taj princip zaštite (oćuvanja) prava ugrađen je u temelje naše nužne odbrane. Svakim preduzimanjem neke radnje u sklopu nužne odbrane učinilac staje i u odbranu pravnog poretka. Nezamislivo je, međutim, da pravni poredak bude branjen sredstvom koje je strogo zabranjeno – zlostavljanjem.

Nezavisno od Erba, na sličan naćin rezonuje Jerouschek.<sup>42</sup> On drži da se zabrane utemeljene na mećunarodnom pravu ne odnose na »najnužniju odbranu«. Te zabrane se pre svega odnose na opšte opasnosti kao što je rat ili kakvo vanredno stanje u državi. Takve situacije jesu ekstremne, ali nisu primeri neizostavne nužne odbrane. Jerouschek nema pravo, jer striktna

39 NStZ 2005, 596.

40 Bundestag-Drucksache V/4095, 14.

41 Bundestag-Drucksache IV/650, 157.

42 JuS 2005, 296 dd.

zabrana izuzetaka u vanrednim okolnostima ma koje vrste obuhvata i – kvantitativno svakako ograničeno – zlostavljanje jednog lica – okrivljenog. Dalje, smatra Jerouschek, nigde ne stoji da država ima obavezu da instrumentima krivičnog prava suzbija razne vidove zlostavljanja. Polazeći od toga, on drži da je u Dašnerovom slučaju ispravno uzeti da je protivpravnost krivičnog dela isključenja, ali da svakako može biti reči o disciplinskom prekršaju.

Protiv toga govori činjenica da su prema čl. 4 I 1 Konvencije UN protiv mučenja »sve države-potpisnice obavezne da sankcionišu svaki vid zlostavljanja kao krivično delo«. Nemačka država nema dakle samo obavezu da zabrani radnje zlostavljanja, već i da ih krivičnopravno sankcioniše. Ako to i stavimo po strani, već smo naglasili povodom Erbovih stavova da u institutu nužne odbrane, kako je koncipiran u Nemačkoj, nema mesta radnjama »odbrane« koje se sastoje iz zlostavljanja. Ako bi se isključila protivpravnost radnji zlostavljanja, došlo bi se do etičkog apsurdna da su radnje policijskih službenika koji bi hteli da spreče mučenje protivpravne, jer radnje zlostavljanja ne mogu biti malo protivpravne, a malo ne.<sup>43</sup>

### 3. Pokušaji kvantitativnog ograničenja pojma zlostavljanja

Hilgendorf<sup>44</sup> je prvi predložio da se u slučaju pretnje upotrebom sile, do kakve je došlo u slučaju Dašner, može uzeti da se uopšte ne radi o radnjama zlostavljanja (mučenja), jer patnja koja se nanosi nije dovoljna velikog intenziteta, a upravo je – po njemu – veliki intenzitet bola i patnje pojmovna karakteristika zlostavljanja. Na taj način bi po njemu bilo moguće otvoriti put isključenju protivpravnosti. Hilgendorf drži da nanošenje bola ispod određene granice ne predstavlja povredu ljudskog dostojanstva; u slučaju povrede ljudskog dostojanstva i po Hilgendorfu bi bilo nemoguće pomišljati na isključenje protivpravnosti. Tako bi na primer rastezanje ručnog zgloba, koje je Gefgenu stavljeno u izgled, svakako predstavljalo nanošenje bola ali ne i zlostavljanje (mučenje). Slično i Otto<sup>45</sup> drži da otmičar zbog svog zlodela nije prepušten istražnim organima na milost i nemilost, ali ne može od prava da očekuje da zabrani svaku prinudu, pa i najmanje nanošenje bola, kojim bi se nastojala da se sazna lokacija i spasi život deteta.

43 Podrobnije i sasvim ispravno *Heuchemer*, JA 2006.

44 JZ 2004, 331 dd. (338).

45 JZ 2005, 481.

Protiv takvog rezonovanja govori sledeće. Prvo, u slučaju Dašner ne može ni pod razno biti reči o sitnoj odnosno podnošljivoj i inače prihvatljivoj pretnji. Otmičaru su uz naznaku da specijalista za mučenje samo što nije stigao u Frankfurt stavljeni u izgled strašni bolovi »kakve još nikad nije doživeo«. <sup>46</sup> Zemaljski sud u Frankfurtu <sup>47</sup> je utvrdio da su, prema onome što je okrivljenom rečeno, njemu u izgled stavljene tako velike muke da mu nikakav izbor nije preostao. Kako u čl. I 1 Konvencije UN protiv mučenja stoji da će se zlostavljanjem (mučenjem) smatrati nanošenje svakog »jakog telesnog... bola« sa ciljem da se pribavi iskaz, ne preostaje ni malo prostora da se drži da pretnje silom u slučaju Dašner nisu bile pretnje mučenjem u tehničkom smislu.

Ideja da se pojmu zlostavljanja iznađu kvantitativne granice neodrživa je iz još jednog razloga. Pretnja i nanošenje nevelikog bola koji žrtva može da izdrži nastojeći da uskrati iskaz po pravilu neće uroditi plodom. Ako se želi stvarno šta postići, bol mora biti neizdrživ. Nemoguće je međutim deliti jake i »neizdržive« bolove na one koji jesu mučenje, i na one koji nisu mučenje. Čak i kada bi takva podela bila teoretski zamisliva, u praksi bi je bilo nemoguće sprovesti i nužno bi došlo do zloupotreba čije je prisustvo i inače, ali naročito u ovako delikatnoj stvari za pravo neprihvatljivo. <sup>48</sup>

#### 4. Pokušaji kvalitativnog ograničenja pojma zlostavljanja

Herzberg <sup>49</sup> zastupa tezu da nije dopušteno telesno zlostavljanje, ali da je dopušteno pretiti zlostavljanjem. Za njega obaveza države da pazi da ne povredi ljudsko dostojanstvo nije apsolutna, već ima i povreda koje u širem kontekstu mogu biti opravdane. Zabranom zlostavljanja, po njemu, nije obuhvaćeno stavljanje u izgled telesnog zlostavljanja. Tačno je da, osim u § 136 a StPO, nigde ne stoji da je zabranjeno stavljanje u izgled – prećenje telesnim zlostavljanjem. Takva naznaka je međutim suvišna, jer moderni pojam zlostavljanja (»mučenja«), kakav određuje čl. 1 I Konvencije UN protiv mučenja, obuhvata »svako nanošenje jakog telesnog ili duševnog bola ili patnje«. Prema tome, duševno zlostavljanje spada u mučenje u tehničkom smislu.

46 V. detaljnija obaveštenja o činjeničnom stanju koja je *Heuchemer*, Gefgenov branilac, ugradio u zadatak za studente koji je objavljen u JA 2006.

47 NJW 2005, 693.

48 *Hilgendorf* nije našao način da ospori ovaj argument, JZ 2004, 338.

49 JZ 2005, 325.

U našem slučaju mora se uzeti da pretnja bolom kakav otmičar još nikad nije osetio već sama po sebi predstavlja »mučenje«, tako da je pretnja upućena od strane policijskih službenika pravno izjednačena, što će reći podjednako zabranjena, kao i samo nanošenje bola.<sup>50</sup> Cilj i rezultat i pretnje i telesnog zlostavljanja je prema tome isti – da se slomi volja licu koje uskraćuje iskaz. Nesporno je da nanošenje fizičkog bola nije pojmovna karakteristika zlostavljanja, već samo fakultativni element. I nanošenje samo duševnog bola može biti zlostavljanje.

Herzberg<sup>51</sup> je mišljenja da strah od telesnog zlostavljanja koje je stavljeno u izgled ne može nikada biti okarakterisan kao duševni bol, odnosno kakva duševna patnja, jer zastrašeno lice može da dà iskaz koji se od njega traži i time zlo stavljeno u izgled izbegne. Zastrašeno lice ne daje iskaz zato što oseća kakav duševni bol, već iz straha od priprećenog mu. Čini mi se da je nepobitno da je takav »pokretački« strah po pravilu velika duševna patnja. Šta bi se inače imalo smatrati »duševnim bolom ili patnjom«? Po Herzbergu duševnim bolom ili duševnom patnjom imale bi se smatrati na primer muke na kojima je okrivljeni koji je svestan da bi davanjem iskaza otkrio svoje saučesnike. Ne deluje mi ubedljiva teorija da lice kome je priprećeno silom više pati zbog pomenutih »drugarskih moralnih nedoumica«, nego zbog straha da će mu u slučaju da uskrati iskaz biti nanet neljudski bol.

Koncepcija po kojoj bi bilo dozvoljeno pripretiti silom, ali ne i upotrebiti silu u cilju pribavljanja iskaza, pomalo je besmislena, takoreći nekorisna, na šta sam ja već ukazao. »Jer, pretnja telesnim zlostavljanjem ne može podstaći učinioca da progovori, ako on zna da do telesnog zlostavljanja koje mu je stavljeno u izgled ne sme doći.«<sup>52</sup> Herzberg na to odgovara<sup>53</sup> da većina okrivljenih po pravilu ne zna da je zlostavljanje zabranjeno, te da i pucanj policije u vazduh nije besmislen i to ni onda kada je izvesno da policija ne sme da puca u učinioca«. Teško međutim da će nakon velike medijske pompe u buduće biti otmičara koji nisu čuli za zabranu zlostavljanja. Osim toga, hitac koji policajac ispali u vazduh niko ne shvata kao pretnju smrću. Reč je o zvučnoj opomeni. Poređenje i inače

50 Opšte je prihvaćeno da i pretnja zlostavljanjem može da predstavlja zlostavljenje; v. priloge u Gehl (pr.), (fn. 9): *Kinzig*, s. 16 dd.; *Schild*, s. 61 dd.; *Marx*, s. 102; *Esser*, s. 148-149. Dalje *Neumann GA* 2004, 532, fn. 70 i literatura u fn. 6 i 22.

51 JZ 2005, 328.

52 FS Eser, 2005, 464.

53 JZ 2005, 328.

nije uspeo, jer pucanje u vazduh nije način pribavljanja iskaza.

Po meni stvari stoje ovako: Stavljanje u izgled neizdrživog telesnog bola (pretnja) je već po sebi zlostavljanje, odnosno mučenje u tehničkom smislu. Takvo zlostavljanje čak i kada bi bilo dopušteno, ne bi nikad bilo efikasna preventivna mera, koju bi policija brzo i jednostavno po potrebi mogla da upotrebi.

### III. Da li je Dašner delao u stanju nužne odbrane?

Do sada sam razmatrao pitanje da li isključenje protivpravnosti u slučajevima nalik Dašnerovom načelno dolazi u obzir. Da li policija u svom delovanju uopšte može da se pozove na nužnu odbranu<sup>54</sup> i da li se ćutanje uopšte može smatrati protivpravnim napadom okrivljenog<sup>55</sup>, sporno je, ali može ovom prilikom da ostane po strani jer dobri razlozi govore u prilog takvim shvatanjima. Ali da bi u konkretnom slučaju došlo do isključenja protivpravnosti, potrebno je da budu ispunjeni strogi uslovi instituta koji protivpravnost isključuje. Ti uslovi u slučaju Dašner nisu bili ispunjeni. Niti je objektivno niti je po predstavi policije učinjena pretnja bila »neophodna« u smislu § 32 KZ Nemačke (nužna odbrana).

Ni zemaljski sud u Frankfurtu<sup>56</sup> nije propustio da naglasi da se u slučaju Dašner nisu stekle izvanredne okolnosti koje bi opravdale pretpostavku da je prinudno pribavljanje iskaza »neophodno«, odnosno da se bez njega život deteta ne bi mogao spasiti. Svoj stav Sud potkrepljuje činjenicom da su postojale brojne okolnosti koje u istrazi još nisu bile razjašnjene, da je bilo otvoreno da li Gefgen ima saizvršioce kojima je dete možebiti povereno i konačno da je nadležni resor policije bio izradio naročit plan u kome je bilo predviđeno nekoliko načina da se sazna lokacija deteta. Plan je između ostalog predviđao i da rodbina deteta porazgovara sa otmičarem. Da li su opcije predviđene planom stvarno obećavale uspeh ne može se ni tvrditi ni osporiti bez upoznavanja sa celim planom, ali je sasvim jasno da je ekipa oko Dašnera nastojala da iznađe druge načina da se sazna lokacija deteta i da dete na taj način bude spašeno.

Svemu tome valja dodati još jednu značajnu okolnost. Nakon što je otmičar lišen slobode, sigurno mu je jasno bilo da očekivani novac (otkup)

54 V. fn. 36.

55 O tome podrobno *Kretschmer*; Recht und Politik, 2003, 112: »neodavanje lokacije... nije napad«. Slično i *Schild*, u: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 85 dd.

56 NJW 2005, 695, 692.

više neće dobiti. Njegov cilj nadalje mogao je biti jedino da prođe što blaže i da izbegne doživotnu kaznu. Da je oteto dete još uvek bilo u životu, kako je Dašner pretpostavljao, kratka naznaka okrivljenog gde se dete nalazi pošteditela bi ga doživotne kazne zatvora i širom mu otvorila vrata različitim privilegijama koje predviđa režim dobrovoljnog odustanka i naročit privilegovani režim za pokajane otmičare koji predviđa § 239 a KZ. Da su policajci Gefgena jasno i podrobno poučili o tim zakonskim privilegijama, a on nastavio da čuti, moralo bi se zaključiti – da on ćutanjem prikriva da žrtva više nije živa, a to znači da bi svako zlostavljanje bilo besmisleno.

Sve u svemu, pretnja silom kako god se uzme nije bila »neophodna« pre pouke. Da su policajci ukazali Gefgenu na naklonost zakona koju bi uživao da im je omogućio da spasi dete ili bi saznali gde je dete, ili bi – u slučaju ćutanja – morali da zaključe da detetu više nema spasa, odnosno da je već mrtvo. Na to su mnogi autori, među njima i ja, već ukazali.<sup>57</sup> Jedini zagovornik prinude u slučajevima nalik Dašnerovom koji je pokušao da opovrgne ovaj argument je Erb.<sup>58</sup> »Mnogo toga... [govori] sada u prilog tome... da bi Gefgen nakon što bi mu bile stavljene zakonske pogodnosti u izgled i bez pretnje omogućio spasavanje deteta, da je dete još bilo u životu.« To međutim »nikako« ne znači da je ćutanje otmičara siguran pokazatelj da je žrtva mrtva. Iz vida se ne sme izgubiti da se prestupnici često pa čak i obično ponašaju više iracionalno nego racionalno.

Ja se sa time ne slažem. Ne govori »sada mnogo toga«, već od samog početka sve govori da bi otmičar bio itekako nadahnut zakonskom milošću da je o zakonskim privilegijama podrobno bio poučen. Ne može protivargument biti tvrdnja da se prestupnici često vode iracionalnim momentima. Čim se radi o tome da li će biti izbegnuta doživotna zatvorska kazna ili ne, svako se priziva pameti. Teško je prihvatiti da bi otmičar, pritom školovan pravnik, u takvoj situaciji ostao u sferi iracionalnog.

Sve to međutim nije ni bitno. Čak i da je bila dopuštena prinuda kao krajnje sredstvo, prvo se moralo pokušati sa svakim blažim sredstvom – na primer kvalitetnom poukom. Vremena za pouku bilo je na pretek. Otmičaru je naznačeno da se iščekuje da specijalista za mučenje pristigne u Frankfurt. Imajući u vidu da je bilo i drugih načina da se razjasni situacija, prinuda ne samo da nije bila opravdana, već nije bila ni neophodna.

57 Hamm, NJW 2003, 946; Lüderssen, Frankfurter allgemeine Zeitung, 25.2.2003., s. 13; Neumann, GA 2004, 539; Roxin, FS Eser, 2005, 469 d.; Fr.-Chr. Schroeder, ZRP 2003, 180.

58 U: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 149.

#### **IV. Opravdanost apsolutne zabrane zlostavljanja**

Taman i da jesam i da nisam u svemu što sam do sada rekao u pravu, poražavajuće je u neku ruku da postoje situacije u kojima se zbog zabrane zlostavljanja, a time i svake prinude, mora propustiti da se spase ljudski život. Nije li pravni poredak previše rigorozan ako mu je više stalo do apsolutne zabrane zlostavljanja nego do ma i jednog ljudskog života? Moja je pretpostavka da su upravo takve dileme nagnale nemali broj autora da se založe za dopuštenost prinude u izuzetnim okolnostima.

No ipak, postoje dobri i nezaobilazni razlozi koji govore u prilog apsolutnoj zabrani zlostavljanja. Dotaći ću se samo nakratko svega četiri takva razloga, a čini mi se uputnim da naznačim da se i Jan Filip Remcma (Jan Philipp Reemtsma), koji je i sam pre izvesnog vremena bio žrtva otmice, odlučno izjasnio protiv relativizacije zabrane zlostavljanja.<sup>59</sup>

Prvo želim da naznačim da je u našem pravu i u slučajevima u kojima za to ima mnogo manje povoda, odlučeno da se ljudski život ne spasava. Svi se slažu da krv nikome ne sme biti vađena bez pristanka, taman da je to i jedini način da bude spašen nečiji život.<sup>60</sup> Ja sam lično protiv takvog stanovišta, ali se sa mnom niko ne slaže. Još je ekstremniji primer zakonske regulacije davanja organa. Mnogi ljudi kojima su potrebni novi organi umiru samo zato što zakonodavac insistira da davaocu ne sme slediti nikakva naknada. Davanje i primanje naknade za organe je strogo kažnjivo (§ 17 Zakona o transplantaciji organa - TPG), iako bi isplatom naknade mogli na sebe u celosti da preuzmu zavodi za zdravstveno osiguranje, čime bi svaki privilegovani položaj bogatijih u kupovini života bio isključen. Štaviše, kažnjivo je i od živog i voljnog davaoca uzeti bez naknade organ za presađivanje, osim kada su primaoci organa najbliži srodnici davaoca ili njemu naročito bliska lica. Lekar koji uzme organ iz davaoca biće kažnjen (§ 19 II, 8 R 2 TPG). U iznetim primerima, pravo ne samo da ne podstiče spasavanje tuđeg života, već ga kategorički kažnjava, iako razlozi koji govore takvom maniru u prilog nisu ni izbliza očigledni i jaki kao kod opšte zabrane prinude i ostalih vidova zlostavljanja.

59 *Reemtsma*, *Folter im Rechtsstaat?*, 2005: : »Moderne pravne države ne može biti, ako građanima nije potpuno zagarantovano da nikada neće biti objekti radnji koje negiraju njihovo svojstvo sapravnika. To uvek čini onaj ko prelazi preko tuđe volje i daje sebi za pravo da je menja.« (s. 126). Ako bi dopustili zlostavljanje u krivičnom postupku naša pravna kultura bila bi toliko promenjena »da ni sami više ne bi mogli da je prepoznamo« (s. 129).

60 *V. Roxin*, (fn. 27), § 16, n. 48 d.

Drugo, zabrana zlostavljanja je jedna dobro utvrđena brana. Njena apsolutnost je njena najjača utvrda. Ko pomera utvrde, mora biti spreman da brana bude probijena. Počelo bi se izuzecima u najizvanrednijim okolnostima, a brzo bi se moglo stići do sa stanovišta pravne države potpuno neprihvatljivog obima zlostavljanja.<sup>61</sup> Previše je mnogo terorista, pobunjenika i raznih oblika organizovanog kriminala, da bi u slučaju dopuštanja zlostavljanja u izuzetnim slučajevima moglo biti reči o »izuzetnosti«. Koliko je tanka granica između razumnog i sumanutog, pokazuje primer američke borbe protiv terorizma. Predstava o brani koja puca, o potopu koji kroz njene ruševine nadolazi, najjači je argument u prilog zadržavanju apsolutne zabrane svakog zlostavljanja. Za Erba<sup>62</sup> je ta predstava samo »ni u čemu utemeljeno nagađanje iz mašte«. Po njemu je sasvim moguće ograničiti proboj zabrane zlostavljanja na one slučajeve u kojima postoji napad koji je u toku (srpski zakonodavac kaže »istovremeni napad«) i koji je uperen protiv sasvim određene žrtve, slikovito govoreći, sa imenom, prezimenom i adresom. No, takvo rešenje je neprihvatljivo. Ako se u slučaju Dašner i ostalim slučajevima u kojima spasioци tačno znaju ko je žrtva ima uzeti, kako hoće Erb, da je zlostavljanje kao radnja spašavanja dopušteno, neobjašnjivo je da zlostavljanje ostane zabranjeno u slučaju kada se nastoji spasiti hiljadu života nedužnih od terorističkih napada koji se nalaze tek u početnoj fazi planiranja kada uopšte ne znamo ko će biti ljudske žrtve, iako je sigurno da će ih biti.

Treće, nezgodni bi bili slučajevi u kojima bi pogrešno bilo uzeto da je u toku protivpravni napad. To se dogodilo upravo u slučaju Dašner. Erb<sup>63</sup> vidi rešenje u tome da uvek bude kažnjen svako »ko drugog zlostavlja bez da je svojstvo napadača zlostavljanog lica sasvim očigledno (nesumnjivo)«. Ali tada upravo u slučaju Dašner ne bi moglo da bude govora o isključenju protivpravnosti, za koje se Erb inače baš u tom slučaju zalaže. Osim toga, nije uputno za jednu ograničenu grupu slučaja stvarati poseban režim zablude, drugačiji od onog koji inače važi u krivičnom pravu. Opšti režim zablude međutim obesmišljava Erbovo rešenje, jer svako ko bi pogrešno, pa makar i usled nemarnog previda uzeo da su ispunjeni uslovi za dopušteno

61 Taj scenario sasvim ubedljivo razradio je Poscher, JZ 2004, 756 dd. Up. i Hilgendorf, JZ 2004, 336, koji naglašava: da je »za zlostavljanje pojmovno karakteristično da su mu strane svake pravne granice; zlostavljeni za tren postaje samo objekat izložen svakoj zamisli svog mučitelja«.

62 NStZ 2005, 601.

63 U: Nitschke (pr.), (fn. 10), n. 155.

zlostavljanje, nalazio bi se u stvarnoj zabludi i samim tim ne bi delao umišljajno – ako bi pripretilo silom ne bi bio kažnjen uopšte; ako bi primenio silu, mogao bi biti kažnjen samo za nehatno nanete telesne povrede. Niko savestan ne bi dakle mogao da bude kažnjen baš za zlostavljanje, a u jeku istrage se često sasvim savesno pogrešne pretpostavke uzimaju za istinite, sigurne indicije ne postoje, a u žurbi se greši još više.

Četvrto, ako bi se prinuda u slučajevima nalik Dašnerovom želela dopustiti, to ne bi smelo da bude učinjeno bez da sam čin zlostavljanja u celini bude pravno uređen.<sup>64</sup> Morao bi biti donet propis u kome bi precizno bila određena dopuštena sredstva i prihvatljiv obim zlostavljanja. Tako je to na primer učinjeno u jednom pravilniku koji je izdao komandant američke vojske u Iraku.<sup>65</sup> Potrebni bi nam bili profesionalni »zlostavljači«, odnosno mučitelji i lekari posebno školovani za te prilike. Ukratko: probudili bi smo se u kulisama horora koje niko kome se dopada ideja pravne države ne bi trebalo da priželjkuje.

Svako ko ima u vidu četiri okolnosti na koje sam skrenuo pažnju, zagovarajući apsolutnu zabranu zlostavljanja. Pa ipak, barem su u glavi zamislivi slučajevi u kojima važeće pravo nailazi na granice. Takav je slučaj kada je najavljen poguban teroristički napad na nuklearni reaktor koji bi imao nesagledive posledice u sadašnjosti i budućnosti. Ako bi takav napad bilo moguće sprečiti samo pribavljanjem iskaza prinudom od jednog od organizatora napada, treba razmotriti, kao što sam već predložio<sup>66</sup>, da se u tako ekstremnim situacijama – do kojih nadam se nikada neće doći – uzme da su lica koja primenjuju prinudu ekskulpirana. Za takvu ekskulpiraciju nema osnova u zakonu, pa ni u ekskulpirajućem vanrednom stanju<sup>67[64a]</sup> iz § 35 KZ, već se ima uzeti da ekskulpiracija proizilazi iz jednog nadzakonskog instituta vanrednog stanja koji obuhvata i slučajeve nalik iznetom. Za detaljnije obrazloženje u okvirima ove rasprave nema mesta.

Što se pak zamenika šefa frankfurtske policije Dašnera tiče, koji je sa svojim slučajem postao nezaobilazna tačka pravne istorije, za njega ne dolazi u obzir ni opravdanje (isključenje protivpravnosti), ni ekskulpiracija, odnosno isključenje krivice. Njemu u korist idu brojne olakšavajuće okolnosti, a pre svega dobra i iskrena namera da spasi nedužan život i veliki

---

64 V. Hilgendorf, JZ 2004, 335 f.

65 V. Poscher, JZ 2004, 761.

66 FS Eser, 2005, 468 d.

67 <sup>[64a]</sup> Kod nas često, ali neadekvatno: »ekskulpirajuće stanje nužde«.

psihički pritisak pod kojim je morao da donosi odluke. On je međutim za svoje postupke sasvim dobro prošao imajući u vidu da mu je izrečena samo sudska opomena. To mu je što mu je – za bolje nije.

Sa ovim bih završio ovaj prilog koji uz srdačne želje povodom 65. rođendana predajem Kajju Nemu. On nije čitavih 12 godina bio samo prvi među našim javnim tužiocima, već je i, baš onako kako treba, bio i revnosan čuvar zakona naše Republike. Zbog toga verujem da će moj skroman prilog njegovoj poklonici odmah privući pažnju našeg slavljenika.

(preveo Luka Breneselović)

*Claus Roxin, PhD*

*Professor emeritus, Faculty of law Munich*

## **TORTURE IN A RULE OF LAW STATE – DASNER CASE IN GERMANY**

**Can state authorities exceptionally be allowed to obtain statement by  
force**

*State organs are prohibited to harass (torture) people even if this is the only way to secure life of the innocent. Those who promote harassment in special circumstances tend to overlook the fact that international legal instruments explicitly prohibit all conceivable exceptions from prohibition of harassment and that the concept of harassment is determined in several conventions and therefore cannot be narrowed in the case of need. However, even if exceptions to harassment were explicitly prohibited, there are good reasons which speak in favor of the stance that the prohibition of harassment is substantively – as a general concept – conceivable only if it is absolute. In practice, it is impossible to set boundaries to harassment – or there will be no harassment, or the chain will be taken off and it will exist in its unforeseeable scope.*

*Key words: torture; absolute prohibition; rule of law; case of Dasner; Germany*

**Prof. Dr Radoslav Gaćinović**

Naučni savetnik u  
Institutu za političke studije  
u Beogradu

Primljeno 01.06.2008

udk: 341.1

343.3

## **PRAVNO ORGANIZACIONI ASPEKTI ANTITERRORISTIČKOG DELOVANJA**

*Tamo gde se slobode sukobljavaju,  
dužnost je države da zaštiti one  
kojima je potrebna zaštita.*

**Lord Gardin**

*Rad je psvećen pravno organizacionim aspektima antiterorističkog delovanja. Prvenstveno problemima definisanja savremenog terorizma i antiterorizma, te državnim i međunarodno pravnim antiterorističkim meraama. Analizirane su međunarodne konvencije koje su definisale i usvojile UN, njihova uloga i značaj u antiterorističkim aktivnostima. Ukazano je na značaj pomenutih dokumenata kao i na probleme njihove implementacije. Dakle, autor dokazuje da Konvencije, Rezolucije i ostala pravna dokumenta nisu ostvarila očekivane rezultate. Prema postojećem međunarodno pravnom okviru za kontrolu terorizma autor ovog rada je kritički analizirao problem sa nekoliko aspekata. Prvo, postoje poteškoće u proceni šta je predmet kriminalizacije kroz definisanje ‘terorizma’. Drugi problem postojećeg pravnog okvira je u tome što konvencije favorizuju delovanje nacionalnih tela i ne omogućuju eksteritorijalnu jurisdikciju. Dakle, ako država odluči da ne izruči pojedince ili grupe optužene za terorizam u drugoj državi, država koja ih traži ne može ostvariti cilj, jer državi koja odbije izručenje ne prete konkretne sankcije. I treći problem je utome što opšta priroda konvencija ostavlja državama neopravdano velie slobode u njihovoj interpretaciji i primeni. Autor na kraju smatra da Organizacija UN mora imati mnogo značajniju ulogu u antiterorističkoj borbi i odgovornost za donošenje opšteprihvatljive definicije terorizma.*

**Ključne reči:** *Terorizam; Antiterorizam; Teroristička aktivnost  
Međunarodno pravna dokumenta; Rezolucija, Konvencija;*

## UVODNA RAZMATRANJA

Savremeni terorizam kao jedan od vidova političkog nasilja postao je najznačajniji izazov kako za državu i njene organe zaštite, tako i za Ujedinjene nacije. Terorističke aktivnosti su u XX veku bile enigma i veliki problem za međunarodni sistem bezbednosti, ali će biti još veći problem u XXI veku pa je svaki pomak u iznalaženju metoda i sadržaja terorizma značajan napredak ka stvaranju pretpostavki za uspešno suprotstavljanje tom vidu nasilja.

Znači, neophodna je intenzivna priprema država kroz kompletnost teorije i prakse u prepoznavanju i suprotstavljanju sve opasnijem nasilju. Proučavanjem ove vrste nasilja dolazi se do spoznaje da je terorizma bio problem XX veka, da su se iz različitih razloga pothranjivali individualizacija čoveka i njegova otuđenost, nacionalni sukobi, tenzije, zloupotrebe vlasti i nefunkcionisanje pravnih država.

Politički stav da cilj opravdava sredstvo obležio je celokupnu istoriju, sa užasnim posledicama za čovečanstvo. Nažalost, od svog postanka do danas, taj princip nije nestao, u suštini se nije promenio, samo su se menjale forme i modaliteti njegovog ispoljavanja. Dakle, njegova antihumana suština je i dalje prisutna, usmerena protiv osnovnih ljudskih prava i građanskih sloboda čoveka, zato što je on sveden na objekat i upotrebljen za ostvarivanje političkog cilja.<sup>1</sup>

Dakle, suštinska aktivnost zemalja ponaosob i Ujedinjenih nacija uopšte, treba biti usmerena na afirmaciji ideje koja će se boriti za prava i slobode čoveka. U tom smislu politička kultura mora doživeti preporod i svoju aktivnost sprovesti u skladu sa civilizacijskim normama, što znači da će odbaciti nasilnu borbu za vlast putem represije, zavere, terora i terorizma.

Dakle, fenomenologija savremenog terorizma postaje sve više predmet interesovanja savremene pravne nauke. Pošto je fenomenologija po Kantu pojava ili po novijim teorijama nauka o pojavama - opisivanje i analiza pojava u nekoj naučnoj oblasti, savremeni terorizam je posatao jedna veoma opasna pojava.

Znači, neophodna je intenzivna priprema svih a ne samo nekih država kroz povezivanje teorije i prakse u prepoznavanju i suprotstavljanju sve češćem i opasnijem nasilju. Savremene oblike međunarodnog i

---

1 Mikel Dufrenne, "Za čoveka", Nolit Beograd, 1972, str. 340

unutrašnjeg terorizma treba pojmovno razlikovati od drugih, na izgled sličnih aktivnosti, kao što su gerila i teror.

Za razliku od terorista, gerilci nose iste uniforme i formacijsko naoružanje; javno se pojavljuju – nikada se ne skrivaju i javno saopštavaju ciljeve svoje borbe. U Ženevskoj konvenciji od 12. avgusta 1949. godine gerilska dejstva su definisana u članovima 4, 1 i 13, a gerilci moraju ispunjavati i uslove iz člana 1. Haškog pravilnika i to: moraju na čelu imati lice odgovorno za svoje potčinjene; moraju imati određeni znak raspoznavanja – amblem koji se može uočiti sa rastojanja; moraju se pridržavati odredaba međunarodnog ratnog prava.

U nedemokratskim društvima država primenjuje teror i prema svojim građanima radi nasilnog uticaja na javno mnjenje u cilju iznuđivanja nekih političkih odluka koje u demokratskim okolnostima građani te države ne bi prihvatili. Nekada država primenjuje teror i protiv sopstvene opozicije, tj. kad u njoj postoje dovoljno jake političke ličnosti koje bi u datim političkim okolnostima za režim predstavljale političke probleme. Treba razlikovati dve osnovne vrste terora: Genocidni teror i teror kao način vladanja. Genocidni teror ima za cilj potpunu likvidaciju jedne nacionalne, etničke ili verske grupe. Za razliku od genocidnog terora, teror kao način vladanja je racionalniji, jer uništenje i nije pravi cilj vladanja ljudima, jer kada akter terora sve uništi onda nema nad kim da vlada. Krug žrtava je uži od ukupnog stanovništva, dok se pod širu metu može podvesti manipulacija i zastrašivanje.<sup>2</sup>

Terorističke aktivnosti su veoma složene i još uvek nisu dovoljno razjašnjene, naročito kada je reč o njihovim nosiocima i uopšte razlozima za njihovo postojanje, sem toga objekti napada i metodi koji se primenjuju podležu stalnim promenama. Zbog toga je za uspešno suprotstavljanje terorističkim aktivnostima rad u kontinuitetu uslovljen brojnim okolnostima i zahteva odmerenost, strpljenje, ozbiljan naučnoistraživački rad, vrhunsku organizaciju zaštite i kontrole kako bi se na vreme uočili ciljevi i metode delovanja savremenog terorizma.

## **DEFINISANJE SAVREMENOG TERORIZMA**

Savremena nauka ulaže velike napore da ponudi opšte prihvatljivu definiciju terorizma. Međutim, i pored toga što terorizam predstavlja

2 Vojin Dimitrijević, "Strahovlada", Rad, Beograd 1985. god. Str.105 – 167.

pravu pošast savremene civilizacije politika mnogih moćnih država odlaže definisanje savremenog terorizma. U pitanju su dvostruki standardi, kada neke države koriste terorizam tj. planiraju bez angažovanja sopstvenih vojnih snaga izazvati sukobe i nestabilnost u regionima. Dakle, nema dobrih i loših terorista, pravednog ili nepravednog terorizma (svi su teroristi loši i nepravedni), bez obzira što nekada velike sile svojim neprincipijelnim tumačenjem ovih pojava dovode u zabludu javno mnjenje prilikom prepoznavanja savremenog terorizma. U pojmovnom određenju savremenog terorizma prisutne su akademske i administrativne definicije.

Akademske definicije terorizma potvrđuju da su najčešći elementi definicije terorizma nasilje kao **metod**, građani i vlada kao **mete**, izazivanje straha i iznuđivanje političkih ili socijalnih promena kao **ciljevi**, a veliki broj žrtava kome teže teroristi ukazuje na **spektakularnost** kao definicioni element terorizma.

Dakle, politički motiv izvršioca, je uslov da bi se neka radnja označila kao teroristička, jer je to jedina definicijska komponenta koja razdvaja terorizam od običnog kriminala. Budući da se značenje reči terorizam kroz istoriju menjalo kako bi se prilagodilo političkom riziku svakog narednog perioda, pa nije nikakvo iznenađenje što je veoma teško odrediti jednu trajnu definiciju terorizma.

Najveći broj autora koji su izučavali fenomen terorizma smatra da je politička komponenta jedan od bitnih elemenata terorizma. Ovo se može zapaziti i u bilateralnim ugovorima, zatim u zakonodavstvima velikog broja zemalja, kao i u dokumentima represivnih sdržavnih organa.

Analizirajući dosadašnje definicije terorizma, jasno se uočavaju elementi pojma terorizma i to **nasilje, strah, cilj i motiv**.

Terorističke aktivnosti, sve dok su terorističke, nikada nemaju masovnu podršku građana i stanovništva. Ako je pak imaju onda to više nije terorizam već gerila ili masovni ustanak stanovništva. Veoma je bitno pri tom znati da zahtevi terorista nikada nisu realni niti na zakonu utemeljeni.

Akademske definicije su zasnovane na naučnom tumačenju problema savremenog terorizma. Većina akademskih definicija se oslanja samo na strah kao definicioni element terorizma. Međutim, ima idrugih oblika nasilja, pretnji, pa čak i samoiniciranih doživljaja koji mogu izazvati strah zbog čega terorizam u ovim definicijama nije precizno definisan, niti je dovoljno razgraničen, od drugih političkih, socijalnih pa i psiholoških fenomena.

Uočava se takođe poistovećivanje terorizma i kriminala, terorizma i terora, što svakako odlaže opšteprihvatljivo definisanje terorizma u svetskoj nauci.

Administrativne definicije terorizma iako sa nedostacima, jedino egzistiraju u praksi, npr: Stejt department( US State department), FBI(*Federal Bureau of Investigation*), Tim potpredsednika SAD, Ministarstvo odbrane SAD, Obaveštajna agencija Ministarstva odbrane SAD, Priručnik američke vojske za borbu protiv terorizma različito definišu terorizam.

Dakle, tkz. administrativne definicije terorizma (ili definicije po naređenju) su one koje su proizvod određenih državnih ili međudržavnih institucija. Njihov nedostatak je u reflektovanju ideologiziranih političkih stavova državnog ili nekog drugog rukovodstva u opštosti, što takvu definiciju čini manje generalnom i time manje primenljivom na neku novu, i u mnogo čemu različitu situaciju.

#### **KOMPARATIVNOM ANALIZOM DO PRIHVATLJIVE DEFINICIJE TERORIZMA**

Analizirajući dosadašnje definicije terorizma, može se zaključiti da je on usmeren protiv civilniog stanovništva i institucija države u borbi za ostvarivanje političkih ciljeva. Veoma je značajno da se sistematski terorističke aktivnosti razlikuju od radnji kriminalaca i patoloških ubica. Kriminalac, kao i terorista, koristi nasilje kao sredstvo za postizanje sopstvenog cilja. Bez obzira na to da li kriminalac koristi nasilje kao sredstvo za sticanje novca ili materijalnog bogatstva, ili ubija ili nanosi povrede određenoj žrtvi za novčanu naknadu, uvek deluje prvenstveno iz sebičnih (ličnih) razloga.

Za razliku od terorizma, nasilni čin običnog kriminalca nije sračunat na izazivanje posledica – naročito ne psiholoških – izvan samog čina. Kriminalac koristi neki nasilni čin za, na primer, “terorisanje žrtava”, kao što je pretnja nožem trgovcu pred kasom koja je puna novca da bi ga primorao da mu da novac. Zato se pod aktivnošću kriminalca ne podrazumeva izazivanje efekata prema masi ili okolini, pa je najznačajnija razlika između teroriste i kriminalca u tome što kriminalac nije zainteresovan za uticaj na javno mnjenje – jedino želi da uzme novac i pobjegne, i da, pri tome, bude što manje zapažen.

Takođe, da bi se mogao uspešno definisati terorizam neophodno je razlikovati terorizam od terora (strahovlade) kao nasilja države i njenih institucija prema sopstvenim građanima.

Razlikovanjem terorista od drugih oblika zločina, dolazimo do zaključka da je terorizam: neizbežno politički motivisan; nasilan ili preti nasiljem; usmeren ka dalekosežnim psihološkim posledicama van neposredne žrtve nasilja; vođen od strane neke terorističke organizacije čiji pripadnici ne nose uniforme ili oznake.

Terorist, po pravilu, misli da sam nije kriv za zločin koji je počinio, nego onaj koji nije ispunio njegov zahtev, pa je zato zločin nastao. Nažalost, apsolutni zaštitni sistem protiv terorizma ne postoji. On je feniks fenomen. Lako se obnavlja-regeneriše ako njegov jedan deo ostane živ. Prilikom određivanja-definisanja terorizma mora se uzeti uobzir činjenica, da je terorista obavezno intrizično motivisan.

Dakle, sve dosadašnje definicije terorizma imaju svoj kvalitet, ali nijedna još uvek nije opšteprihvatljiva u Organizaciji UN. Ima za to opravdanja, jer su mnoge definicije protkane političkim motivima od strane onoga ko definiše terorizam, ili pak nisu ubedljive u definisanju terorističkih radnji, pa se tako dobija prostor za primenu dvostrukih standarda i odlaže početak definitivnog obračuna sa terorizmom na globalnom nivou.

Međutim, u cilju što prihvatljivijeg definisanja terorizma treba imati u vidu i sledeće:

- Da terorista vrši nasilje ili preti nasiljem, da je neizbežno politički motivisan (**animus terrorandi**) i **da pripada nekoj organizaciji,**

- Akcije terorista su usmerene ka dalekosežnim psihološkim posledicama (teroristi nije važna sama meta napada koliko politički odjek akcije),

- Terorizam nikada ne podržava većina stanovništva, a ako konkretnu vrstu nasilja podržava većina stanovništva to više nije terorizam već gerila ili masovni ustanak,

- Zahtevi terorista nikada nisu realni niti su na zakonu utemeljeni, oni su uvek plod političkih motiva – separatizam ili pak oslobađanje njihovih članova iz državnih zatvora,

- Teroristi smatraju da je preplašenom čoveku lako nametnuti svoju volju i na tim premisama grade svoju strategiju, držeći stalo tenziju u javnom mnjenju jer niko se ne boji onoga što je prošlo već neizvesnosti koja dolazi,

- Terorizam – taj opasni fenomen uvek je za korak ispred organa državne zaštite, između ostalog i zato što državni službenici razmišljaju o tom problemu samo za vreme radnog vremena a teroristi 24 časa, što potvrđuju mnogi šrimeri iz prošlosti,

- Teroristi se nekada spremaju i godinama za akciju koja nekada traje u minutima,

- Teroristi su u prednosti u odnosu na organe državne zaštite. Oni se spremaju koliko treba, sami biraju metu napada, biraju vreme napada. Napadaju onda kad obično postižu iznenađenje, napadaju obično tkz. Meke mete,

- Jedan od najvažnijih a verovatno i presudni element od kojeg zavisi budućnost terorizma je reakcija društva a ne samo reagovanje državnih organa, već ponašanje javnog mnjenja. Vojska i policija ne mogu iskoreniti terorizam. Nažalost, to je dans nemoguće uraditi, ali samo odlučnost javnog mnjenja savremeni terorizam može držati pod kontrolom.

Dakle, uvažavajući između ostalog navedene činjenice, definicija terorizma bi po mišljenju autora ovog rada bi bila: „**Terorizam je organizovana primena nasilja (ili pretnja nasiljem) od strane politički motivisanih izvršilaca, koji su odlučni da kroz strah, zebnju, defetizam i paniku nameću svoju volju organima vlasti i građanima.**”<sup>3</sup>

## POJAM ANTITERORIZMA

U literaturi se mogu sresti različita tumačenja aktivnosti koja se naziva „Antiterorizam”. Za ovu vrstu delatnosti koriste se dve reči antiterrorism (engl. **an\*ti\*['aentij]** (prefih)-protiv (an), protivnički, suprotan);<sup>4</sup> Pa je po toj logici antiterorizam skup odbrambenih mera koje se preduzimaju u zaštiti lica i imovine, ili kao znanje, upoznatost sa terorističkim pretnjama i merama koje se sprovode da bi se njihov udarac redukovao, ovaj termin se odnosi na defanzivne mere zaštite od terorizma ili pak borba protiv terorizma na sopstvenoj teritoriji. U naučnoj terminologiji se koristi i termin counter-terrorism(engl. **counter II** [ˈkauntÀ(r)] – protivudarac, **counter IV adv** – suprotno, **counter V v tr** odbiti; *to*

3 Radoslav Gaćinović, “Savremeni terorizam”, Grafomark, Beograd, 1998. god, str, 31.

4 Ž. Simić, Englesko-srpskohrvatski rečnik, Beogradski izdavačo-grafički zavod, 1977.

~ *an attack* odbiti napad.<sup>5</sup> Dakle, termini counter-terrorism/counterterror/counter-attach najviše se odnose na ofanzivne mere u cilju sprečavanja savremenog terorizma i izvan teritorije sopstvene države, što obično primenjuju velike sile poput SAD, Rusije i Velike Britanije. Za države koje proklamuju antiterorističku strategiju, tj. borbu protiv terorizma na svojoj teritoriji adekvatan je termin antiterorizam koji objedinjuje preventivne, represivne i borbene mere organa državne zaštite.

Međutim, u akademskim i administrativnim definicijama ne postoji saglasnost ni jasno razlikovanje pojmova anti-terrorizm/counter terrorism. Tako napr. David Vitaker(D.J. Whittaker)u principe, programe, pristupe koje stavlja u kontekst termina counter terrorism( *counter-terrorism principles, programs, approaches*) a izvodi iz planova i programa UN, EU.. ubraja i defanzivne kao što su obaveštajno informisanje, kontrola, pravljenje baza podataka, unutrašnje i međunarodne zakonodavne delatnosti ili diplomatske i ekonomsko-socijalne mere.<sup>6</sup> Takođe i Džon Ričard Thackrah (J.R. Thackrah) u svom rečniku terorizma, anti-terorizam i kontraterorizam analizira uporedo posmatrajući ih nerazdvojno jedan od drugog i ne praveći među njima razliku.<sup>7</sup> Međutim ovi pojmovi se moraju suštinski razlikovati, jer ih sve zemlje ne mogu primenjivati. Antiterorizam je prihvatljiv za sve, a kontraterorizam za one najjače i najmoćnije države sveta koje zbog svoje vojne i ekonomske moći nisu **defacto pod kontrolom Organizacije UN.**

Odbrana od terorizma, tj. ‘‘Antiterorizam’’ se sastoji od odbrambenih mera i postupaka, koji imaju cilj podizanje nivoa zaštite pojedinaca i imovine od terorističkih aktivnosti. Sastoji se od primene mera bezbednosti i poštovanja zakonitosti u odbrani objekata, izviđanja, osmatranja i obaveštajnog obezbeđenja, radi pravovremenog upozoravanja na opasnost, i shvatanja opasnosti od terorizma.<sup>8</sup> Antiterorizam je aktivnost koja objedinjuje sve radnje koje primenjuju državne institucije i međunarodne organizacije u borbi protiv terorizma. Dakle, **‘‘Antiterorizam predstavlja skup mera, aktivnosti i postupaka koje sprovode Organizacija UN i državne institucije na svojoj teritoriji u cilju pravovremenog**

5 Morton Benson, Engesko-srpskohrvatski rečnik, elektronsko izdanje

6 Whittaker D. J. *Terrorists and Terrorism-in the contemporary world*, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2004. str.129-143

7 Thackrah J. R. *Dictionary of Terrorism*, Routledge, Taylor& Francis Group, London and New York, 2004, second edition.

8 Petković M. V. *Tajni ratnici*, Tetra GM, Beograd, 1996, str.92.

**prepoznavanja i iskorenjivanja savremenog terorizma, primenom strategije odvracanja i uzvraćanja**<sup>9</sup> To je veoma složen proces koji zahteva preventivno, represivno i borbena delovanje bezbedonosnih struktura države uz primenu međunarodno pravnih akata koje je donela Organizacija UN. Ciljevi antiterorizma su jasno utvrđene vrednosti koje treba sačuvati, ostvariti ili steći antiterorističkom aktivnošću. Osnovni cilj antiterorističkih aktivnosti je eliminacija terorizma kao masovne pojave. *Cilj antiterorističkog dejstva-akcije je u direktnoj suprotnosti sa ciljem terorističke organizacije.* On se izvodi od trenutka kad se uoči pojava terorizma i identifikuje organizovana teroristička aktivnost. Cilj, kao izvedeni činilac iskazuje se kroz hijerarhijsko stepenovanje po nivoima: opšti cilj, posebni cilj i konkretan cilj antiterorističke aktivnosti.

Međutim, uslovi za realizaciju antiterorističkih aktivnosti se ispoljavaju kroz određenu formu i sadržaj. Kao neophodni za uspešno izvođenje antiterorističkih aktivnosti, posebno su značajni sledeći uslovi:<sup>10</sup> 1) prostorna organizacija, pretpostavlja disperzioni raspored neophodnih delova nadležnih državnih institucija i specijalizovanih elemenata sistema države, koje moraju da obezbede pravovremenost i kontinuitet antiterorističkih aktivnosti; 2) pouzdana informacija, kao ‘kapitalni resurs moderne organizacije’.<sup>11</sup> Ona je neophodna za blagovremenu spoznaju stanja, procenu situacije, realno planiranje, pravovremenu akciju, koordinaciju i celovitu analizu; 3) strukturna organizacija je projektovani sistem posebno grupisanih sastava koji regulišu određenu vrstu problema i poslova značajnih za efikasnu realizaciju antiterorističke akcije; 4) funkcionalna organizacija, kao uslov, zasnovana je na skupu aktivnosti kojima se realizuju zadaci u okviru postavljenog cilja antiterorističke aktivnosti; 5) osposobljenost je naučno zasnovana, planski organizovana i sistematski realizovana delatnost edukacije i psihofizičke izgradnje nadležnih organa i specijalizovanih jedinica za antiteroristička dejstva; 6) moral kao poseban oblik društvene svesti, sistem normi i skup pravila ponašanja ljudi.

---

9 Dr Radoslav Gaćinović, *Antiterorizam*, Draslar partner, Beograd, 2006, str. 31

10 Ibid.. str. 55.

11 Gregory, R. and R. Van Horn, *Value and cost of information*, Systems Analysis Techniques, John, Willey, New York, 1974.

## **DRŽAVNE ANTITERORISTIČKE MERE**

Države i njihove institucije imaju najodgovorniji zadatak da zaštite sopstvene građane i institucije od svih vrsta nasilja, posebno savremenog terorizma koji je u proteklom periodu opasno zapretio civilizaciji, pa će bezbedonosni izazovi u XXI veku biti izraženiji više nego ikada do sada. Poznato je da se terorizam ne može iskoreniti, ali da bi se bar držao pod kontrolom svi subjekti međunarodnih odnosa moraju dati svoj doprinos. Organizacija ujedinjenih nacija mora doživeti transformaciju i u narednom periodu ispunjavati obaveze zbog kojih postoji. Države se moraju pridržavati međunarodnih pravnih dokumenata, koje su same ratifikovale a koje su donele OUN. Uvažavajući međunarodno pravo i sopstvene pravne propise države u borbi protiv savremenog terorizma moraju primenjivati preventivne, represivne i borbene mere.

### ***PREVENTIVNE ANTITERORISTIČKE MERE***

Prevenција obuhvata otklanjanje ili ublažavanje simptoma (neposredna ili posredna prevenција). Uklanjanje uzroka može se smatrati opštom prevencijom. Prevencijom bi trebalo da se: otkloni podrška iz inostranstva nosiocima terorističke delatnosti; istraži uloga sredstava za masovno komuniciranje i spreči njihovo korišćenje od strane terorističkih organizacija. Terorističke aktivnosti bi se znatno smanjile kad sredstva javnog informisanja ne bi prenosili posledice njihovih akcija; veoma je bitan edukativni rad sa mladim ljudima, kako bi se sprečilo njihovo uključivanje u terorističke organizacije, kao i odvracanje uz pretnju primene oštrih krivičnih sankcija.

Preventivne mere u borbi protiv svremenog terorizma predstavljaju veoma značajnu delatnost demokratskog društva, koje je istinski opredeljeno za trajno suprotstavljanje savremenom terorizmu. Ove aktivnosti su najteže, njihovi rezultati se ne vide omah, oni dolaze tek nakon dužeg vremena i zato mnogi izražavaju skepticizam prema demokratskoj preventivi u borbi protiv terorizma.

Demokratskom preventivom se ulazi u tamne vilajete nasilja, osvetljavaju se njihove dubinske dimenzije i stvaraju se uslovi za dugotrajni proces iskorenjivanja nasilne delatnosti kod tih ljudi. Veoma

je bitno spoznati psihološki profil teroriste, njegove motive i razgraditi kod njegove ličnosti takozvani intrizički motiv za sprovođenje nasilja. Celokupno društvo mora ispoljiti odlučnost u borbi protiv savremenog terorizma, a ne samo vojska, policija i njihove službe bezbednosti. Nužno je da se bezbednost integriše u politički sistem zemlje, kako bi se stvorili povoljni uslovi za efikasno funkcionisanje svih činilaca odbrambeno-zaštitinog sistema države.

Osnovni preduslov za uspešnu zaštitu od savremenog terorizma su: viso-koprofesionalna i organizovana služba zaštite; objektivna (realana) procena opasnosti (odnosno ugroženosti), s tim da se terorističke organizacije ne smeju potceniti niti pak preceniti; zalaganje za profesionalno i uspešno obavljanje svojih dužnosti na radnim mestima građana; dosledna primena zakonskih propisa smanji će prostor za terorističke aktivnosti, što je veoma važan činilac u zaštiti društva; razvijanje demokratske društvene svesti u svim strukturama zemlje; neprekidna aktivnost na razvijanju bezbednonosne kulture, pod kojom se podrazumeva znanje i motivisanost pojedinca da se lično i samoinicijativno suprotstavlja, te da preduzima mere i postupke za sprečavanje terorističkih aktivnosti; stalno preduzimanje i unapređivanje mera zaštite u svim kolektivima i u svim sredinama; sticanje određenih znanja o metodima i sredstvima, koje teroristi koriste pri izvođenju svojih aktivnosti.

Ostvarivanje navedenih preduslova ne isključuje već, naprotiv, obavezuje na preduzimanje određenih konkretnih mera i postupaka odbrane i zaštite u borbi protiv terorizma. One su neophodne, a efikasnije su utoliko koliko polaze od navedenih preduslova. Moglo bi se reći da dobro organizovana i sveobuhvatna samozaštita efikasno deluje u funkciji odvratanja od terorističkih aktivnosti. To podrazumeva da se na svim zadacima, u miru i ratu, organizovano angažuje civilno stanovništvo i sve političke partije.

### ***ULOGA OBAVEŠTANIH SLUŽBI U PREVENTIVNOM ANTITERORISTIČKOM DELOVANJU***

Obaveštajna služba je posebna organizacija državnih organa, čija se delatnost ogleda u prikupljanju i izučavanju podataka o drugim državama. Obuhvata sve strukture društva i sve društvene aktivnosti (političke,

ekonomske, vojne naučno-tehničke i druge) države prema kojoj je usmerena. Sadrži i obaveštajnu delatnost, usmerenu na otkrivanju i suzbijanju delovanja stranih obaveštajnih službi prema sopstvenoj državi.<sup>12</sup> Pojam obaveštajne službe se ne može poistovećivati sa pojmom špijunaže koja je samo deo obaveštajne delatnosti i, u najužem smislu reči, podrazumeva posedovanje tajnih podataka korišćenjem agenata (špijuna). Špijunažom se smatra onaj deo obaveštajnog rada koji je po međunarodnom pravu ili prema zakonodavstvima nekih zemalja u miru inkriminisan.

Obaveštajna delatnost je tokom razvoja ljudske civilizacije bila predmet brojnih rasprava istraživača koji su nastojali da objasne tu pojavu i daju naučno određenje. Međutim, u procesu razmatranja uloge obaveštajnih službi u antiterorističkim aktivnostima nauka mora makar na specifičan način učestvovati u obrazovanju kadra za antiterorističko delovanje, jer će naučne metode zaisigurno obogatiti smisao i sadržaj delovanja obaveštajnih službi uopšte, a u antiterorističkim aktivnostima posebno. Jer, obaveštajne službe se moraju baviti istraživanjima pojava, kako bi došle do do novih spoznaja, a u tome će znatno pomoći metode naučnoistraživačkog rada. Pogotovo što terorističke organizacije vrše dugotrajne tajne pripreme za akciju koja veoma kratko traje sa svim elementima iznenađenja. Dakle, obaveštajna služba je društveno istorijska i klasno uslovljena specijalizovana organizacija koja u okviru svog delokruga rada sprovodi tajne obaveštajne, kontraobaveštajne i subverzivne sadržaje prema vitalnim interesima protivnika, koristeći pri tome specifične metode i sredstva, sa ciljem ostvarivanja određenih političkih interesa i zaštite unutrašnje i spoljne bezbednosti.<sup>13</sup>

Obaveštajno-bezbedonosna aktivnost u borbi protiv savremenog terorizma se manifestuje kroz javnu i tajnu komponentu, jer teroristi nastoje da pokažu kako je neka vlada nesposobna da zaštiti ljude i imovinu. Sakupljanje obaveštajnih podataka i njihova analiza, su ključ za rešavanje problema terorizma.

Normalnom i efikasnom funkcionisanju obaveštajnog rada u borbi protiv terorizma u mnogome doprinose društvene nauke, koje proučavaju i time rasvetljavaju različite aspekte terorističke aktivnosti, njihovo ponašanje i osobenosti što je poseban predmet interesovanja obaveštajnih službi. Osim toga, sami metodi društvenih nauka uspešno se koriste u

12 "Vojni leksikon", Vojnoizdavački zavod, Beograd, 1981. str.336.

13 Andreja Savić, *Uvod u državnu bezbednost*, Viša škola unutrašnjih poslova Beograd, 2002. str. 42

fundamentalnom radu obaveštajnih službi.

Obaveštajne službe najvažnije podatke o terorizmu pribavljaju primenom tajne metodologije (tajanog prikupljanja podataka, metode prikrivenog prikupljanja podataka). Međutim znatan procenat obaveštajnih podataka dobijaju korišćenjem legalnih izvora, kao što su sredstva informisanja, javni skupovi, naučne tribine, razni intervjui građana, posebno lica zaposlenih u državnim institucijama.

Agenturni obaveštajni rad je nužno obavijen tajnošću, pa je istraživanje ove oblasti objektivno otežano. U obaveštajnom procesu, agenturni rad zauzima važno mesto. Agenturni rad je, takođe, deo vladinog obaveštajnog sistema. On se može odvijati iz inostranstva i iz zemlje koja je predmet obaveštajnog napada u procesu otkrivanja terorističkih organizacija i grupa na njenoj teritoriji. Rad se odvija u strogoj tajnosti, kako ne bi izazvao poremećaj u međunarodnim odnosima, kakvih je primera bilo u praksi. Tim radom se želi doći do najvažnijih tajnih podataka o nekoj terorističkoj organizaciji koji se veoma brižljivo čuvaju, što pričinjava veliku poteškoću onima koji se takvim poslom neposredno bave. Uloga obaveštajaca je da uđu u posed određenih kvalitetnih informacija vezanih za prevenciju terorizma. U borbi protiv savremenog terorizma veoma je bitna saradnja obaveštajnih službi iz više zemalja. Jedan vid saradnje postoji u okviru Kluba Bern koji predstavlja forum u kome razgovaraju šefovi službi bezbednosti zemalja Evropske unije.<sup>14</sup> Sličan forum pod nazivom Međunarodni forum tajnih službi održan je 2001. godine u Sent Petersburgu, kada su ruske obaveštajne službe ugostile stotinu šefova i predstavnika obaveštajnih službi iz 39 zemalja.<sup>15</sup>

Međutim saradnja između obaveštajnih službi nikada nije potpuna i uvek je ograničena mnogim faktorima. Neki od njih su različiti interesi i percepcija spoljne politike, različite pozicije u međunarodnim odnosima, pravna ograničenja, strah da se razmenom informacija ne ugroze sopstveni izvori i ne otkriju metodi, kao i strah da druga strana ne zloupotrebi podatke izvan postignutog dogovora. Oni koji ne veruju u ovakvu vrstu saradnje razmišljaju, kako navodi Ričard Oldrič (R.J. Aldrich) u da 'nema

---

14 Lefevre S. *The Difficulties and Dilemmas of International Intelligence Cooperation*, International Journal of Intelligence and Counterintelligence, 16, Taylor & Francis, 2003, p 530.

15 Kalugin O.A. *Window of Opportunity: Russia's Role in Coalition Against Terror*, Harvard International Review, Vol. XXIV, No. 3, fall 2002.

prijateljske tajne službe, samo tajne službe prijateljske države.”<sup>16</sup> Kao primer neiskrene saradnje obaveštajnih službi Milivoje Levkov navodi primer delovanja izraelske obaveštajne službe MOSAD prilikom planiranja terorističkog udara u Bejrutu 1983. godine u kojem je poginulo 241 marinac iz osmog bataljona pri UN snagama. Ispostava ove službe u tom gradu je kako navodi Levkov imala podatke na koji će način biti izveden udar i kojim prevoznim sredstvom, jedino nije znala tačnu metu. Centrala MOSAD dala je direktivu da se američke službe obaveste uopšteno pa su mere bezbednosti ostale na istom nivou kao pre upozorenja, jer je takvih i sličnih upozorenja mnogo.<sup>17</sup>

### ***REPRESIVNE ANTITERORISTIČKE MERE***

Pored preventivnih mera koje imaju za cilj odvracanje teroriste od akcije, država preduzima i represivne mere, koje se odnose na primenu krivičnih, administrativnih i drugih mera prema izvršiocima terorističkih aktivnosti. Iako se državna zaštita mora sve više orjentisati na preventivnu akciju, ona se ne može odreći represivne funkcije. Primena krivičnih sankcija je neophodno sredstvo zaštite društva i pojedinaca od društveno opasnih ponašanja, pa se stoga društvo ne može odreći kaznene funkcije državnih organa, niti se ta funkcija može do kraja svesti na elemente krivično-pravne prevencije i resocijacije, iako one moraju stajati sa njima u komplementarnom odnosu. Društvo je prinuđeno da poziva na odgovornost i kažnjava, da primenjuje krivične, administrativne i druge kaznene mere, koje su objektivne, represivne, ali i nužne u konfliktima i uslovima u kojim deluju terorističke organizacije.

Prilikom primene svih mera, bitno je imati jasnu predstavu o snazi terorističke organizacije i stepenu opasnosti od njene aktivnosti. Potcenjivanje, odnosno zanemarivanje negativnih pojava ima štetne posledice. Ukoliko se društvo ne bori protiv njih odgovarajućim (efikasnim) merama, one postaju sve učestalije, intenzivnije i sa većim pritiskom na društvo, što može izazvati kolebanje javnog mnjenja i slabljenje otpornosti društva. Da bi društvo na vreme sprečilo ovakve pojave i tendencije, ono mora insistirati na egzaktnoj, empirijski identifikovanoj proceni mera, koje su neophodne za njegoovu zaštitu. Odatle proizilazi da je društvo pozvano,

<sup>16</sup> Aldrich R. J. *Dangerous Liaisons Post-September 11 Intelligence Alliances*, Harvard International review Vol. XXIV, No. 3, fall 2002.

<sup>17</sup> Levkov M. *Izraelska tajna služba*, Filip Višnjić, Beograd, 2001. str. 162-163.

kada je reč o društveno opasnim ponašanjima i radnjama, da i dalje razvija kaznenopravne instrumente u okviru svoje politike, koji opravdano služe i ciljevima zaštite. Pored ostalog, neophodno je: dograđivanje pravnih propisa i usvajanje odgovarajućih međunarodnih konvencija i donošenje novih; razvijanje sistema bezbednosti, kako bi uz pomoć sistema zaštite bio sposoban otkloniti opasnost od najtežih oblika ugrožavanja; primena krivičnih sankcija prema svim učesnicima terorističkih aktivnosti. Borba protiv terorističkih aktivnosti stalan je zadatak, a njen uspeh zavisi od profesionalizma nadležnih službi, ekonomske stabilnosti, jačanja odbrane i zaštite, međunarodnog ugleda i vojno političkog položaja zemlje, pogođene terorističkim aktivnostima. Veoma je bitna saradnja građana u procesu identifikacije okolnosti i lica koja mogu organizovati terorističke aktivnosti.

Državni organi, kao neposredno odgovorni za ukupnu bezbednost zemlje i građana, moraju preduzeti najefikasnije mere zaštite od terorizma kroz: procenu mogućih nosilaca terorizma; pravovremenu i realnu procenu jačine i stvarne moći terorističke organizacije u cilju pripreme anti-terorističkih mera i aktivnosti; pravovremeno predstavljanje javnosti ciljeva i načina delovanja terorističke organizacije prema civilnom stanovništvu, kako bi ona doživela osudu i diskreditaciju u svetskoj i domaćoj javnosti kao i efikasno sprečavanje jedinstvenog "nastupa" unutrašnjeg i spoljnog terorizma, ali i međunaronu procenu naročito međunarodnog odnosa u datom trenutku. Ove aktivnosti moraju dobiti svoju konkretizaciju kroz donošenje normativno-pravnih; političko-diplomatskih; bezbedonosno-obaveštajnih; policisko-represivnih; tehničko-tehnoloških, fizičkih i borbenih mera.<sup>18</sup>

U okviru realizacije koncepta samozaštite, do izražaja dolaze dve vrste mera: društveno preventivne i represivne, koje bi trebalo da se optimalno transformišu u prevaspitnu funkciju. To su dva nužna, komplementarno i funkcionalno povezana segmenta politike i prakse zaštite od inkriminiranih i drugih kažnjenih radnji. Njihova komplementarna povezanost upozorava da nisu dozvoljene apsolutizacije bilo jednog ili drugog metoda postupanja. Socijalna preventiva, uzeta za sebe, bez primene administrativne i kaznene funkcije, još uvek predstavlja neprihvatljivo rešenja sa aspekta zaštite, što je neročito slučaj u vreme plime terorističkih aktivnosti. Isto tako, insistiranje na represivnoj

<sup>18</sup> Radoslav Gaćinović, *Savremeni terorizam*, Grafomark, Beograd, 1998. godine, str. 212

funkciji, u odsustvu preventivne akcije, vodilo bi traženju jedinog rešenja u represiji, u shvatanjima i praksi prošlosti, što je takođe neprihvatljivo. U savremenom demokratskim društvima treba očekivati da mere državne represije sve više isčezavaju, gube društveni smisao i opravdanje, ukoliko jača unutrašnja snaga društva i kako ono postaje jedinstvenije i stabilnije. U takvim društvenim okolnostima terorističke aktivnosti sve više dobijaju karakter napada na celo ili gotovo celo društvo, koje će moći, zahvaljujući svojoj homogenosti i kompaktnosti, da ih rešava ili otklanja na bezbolniji i jednostavniji način, uz pomoć savremeno opremljenih i vrhunski obučениh i motivisanih jedinioca za protivteroristička dejstva.

Pored ovih mera država primenjuje i „borbene antiterorističke mere”. Na početku XXI veka, terorističke organizacije su postale ozbiljna pretnja svetskom miru, zato borbene mere antiterorističkih vojnih i policijskih jedinica imaju veoma značajnu ulogu. Kada preventivne i represivne mere ne daju rezultate, vojne i policijske antiterorističke jedinice stupaju u akciju, kako bi se na vreme neutralisala teroristička grupa a građani i državne institucije koje su meta terorističke organizacije pravovremeno zaštitili.

## MEĐUNARODNO PRAVNA DOKUMENTA KOJA SANKCIONIŠU TERORIZAM

Ujedinjene nacije su u XX veku donele niz međunarodnih dokumenata (Konvencije, Rezolucije..) za suprotstavljanje međunarodnom terorizmu. Ova važna dokumenta nisu našla dovoljno uporišta u praksi, dakle njihova implementacija nikada nije bila sprovedena do kraja. Još na Trećoj međunarodnoj konferenciji u Briselu 1930. godine i okviru Pete komisije, izučavan je delikt nazvan terorizam.<sup>19</sup> Pod tim pojmom je tada navedena serija različitih zločina, kao što su: izazivanje opšte opasnosti za život, zdravlje i imovinu ljudi. Sledeće godine, na Četvrtoj konferenciji u Parizu, naglašeno<sup>20</sup> je da će se svako ko u terorisanju stanovništva ili protiv nekog lica ili njegove imovine upotrebi bombe, mine, eksplozivne naprave, požar, vatreno oružje ili druge ubilačke ili razorne naprave, ili

<sup>19</sup> Actes de la III me Conference pour l' Unification du Droit penal, Sirey, Paris, 1933. godina.

<sup>20</sup> Actes de la IV me Coference pour l'Unification du droit penal, Sirey, paris, 1933. godina

ko bude izazvao ili pokušao da izazove, širi ili pokuša da širi epidemiju, stočnu zarazu ili slično zlo, ili ko prekine ili pokuša da prekine javnu službu ili njeno obavljanje, koji su od opšte koristi, kazniti za krivično delo terorizma.

Posle anentata na Jugoslovenskog kralja Aleksandra I i Luisa Borthona ministra spoljnih poslova tadaše Francuske u Marselju 9. oktobra 1934. godine međunarodne antiterorističke aktivnosti su intenzivirane. Marseljski anentat je bio povod da se pristupi izradi međunarodne konvencije o terorizmu u Društvu naroda. Na zasedanju Saveta Društva naroda 10. oktobra 1934. godine doneta je rezolucija<sup>21</sup> koja je osudila atentat u Marselju a potom je istakla obavezu država da ne potpomažu i ne tolerišu na svojoj teritoriji nikakve terorističke aktivnosti. Savet je u svojoj rezoluciji saopštio da osniva Komitet stručnjaka od 11 članova koji bi imali dužnost da izrade prednacrt međunarodne konvencije o suzbijanju terorizma. Komitet jedanaestorice stručnjaka se sastao u maju 1935. godine prvi put, a ztim u januaru 1936. godine.

Savet društva naroda je 10. oktobra 1936.<sup>22</sup> godine doneo rezoluciju u kojoj ističe da je svaka država dužna da se uzdrži od bilo kakvog uplitanja u politički život druge države. Ohrabren pomenutom rezolucijom Saveta društva naroda, Komitet jedanaestorice stručnjaka je redigovao tekstove dva prednacrta u aprilu 1937. godine, a savet Društva naroda svojom rezolucijom od 27. maja 1937. godine je sazvao Međunarodnu konferenciju za 1. novembar 1937. godine u Ženevi.

Međunarodna konferencija posvećena terorizmu održana je od 1 do 16. novembra 1937. godine u Ženevi uz učešće 35 država. Konferencija je usvoila 16. novembra 1937. godine dve konvencije na potpis. Prvu, koja je osuđivala terorizam potpisale su 24 države, a drugu, o ustanovljenju Međunarodnog krivičnog suda za suđenje počiniocima terorističkih aktivnosti potpisao je 13 država.<sup>23</sup> Ove konvencije nisu nikada stupile na snagu, jer nisu nikada ratifikovane.

Pretpostavlja se da do ratifikacije nije došlo zbog toga što pojam terorizma u njima nije detaljno ni precizno određen, ali i zbog događaja koji su predhodili otpočinjanju Drugog svetskog rata i skrenuli pažnju država od borbe protiv terorizma.

---

21 K. S.Chandan, *Le terrorisme devant la Societe des Nations, Paris, 1935, p. 405*

22 Ibid.

23 Dušan Jakovljević, *Terorizam s gledišta krivičnog prava*, Službeni list, Beograd, 1997. godine, str. 73

Odmah nakon Drugog svetskog rata OUN je pristupila razmatranju problema međunarodnog terorizma, ispunjavajući zadatak koji joj je Generalna skupština OUN postavila 1947. godine. Komisija za međunarodno pravo pristupila je izradi Nacrta kodeksa zločina protiv mira i bezbednosti čovečanstva.

Poslije intenziviranja terorizma u zemljama Zapadne Evrope, krajem šezdesetih godina XX veka, a naročito posle masakra izraelskih sportista na Olimpijskim igrama u Minhenu 1972. godine, u OUN je obnovljena aktivnost usmerena na formiranje međunarodnih pravnih instrumenata za suzbijanje terorizma: **Konvencija o krivičnim delima i nekim drugim aktima izvršenim u vazduhoplovima** doneta u Tokiju, 14. septembra 1963. godine, stupila je na snagu 1969. godine, a do kraja 1986 godine ratifikovalo ju je 127 država među kojima i Jugoslavija; **Konvencija o suzbijanju nezakonite otmice vazduhoplova** koja je doneta u Hagu, 16. decembra 1970, godine, stupila je na snagu 1971. godine, a do kraja 1986. godine ratifikovala ju je 121 država među kojima i Jugoslavija; **Američka konvencija o terorizmu** doneta u Vašington, 2. februara 1971. godine; **Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju krivičnih dela protiv lica pod međunarodnom zaštitom, uključujući i diplomatske agente**, doneta je u Njujorku, 14. decembra 1973. godine, stupila na snagu 1977. godine, a kraja 1987. godine ratifikovalo ju je 71 država, među kojima i Jugoslavija 1978. godine. **Evropska konvencija o suzbijanju terorizma** je doneta u Strazburu 27. januara 1977. godine; **Međunarodna konvencija protiv uzimanja talaca** doneta u Njujorku 17. decembra 1979. godine, koja je stupila na snagu 1983. godine, a do kraja 1987. ratifikovalo ju je 45 država, među kojima i Jugoslavija 1984. godine; **Međunarodna konvencija o sprečavanju terorističkih napada bombama** nastala je u Njujorku 15. decembra 1997. godine; **Međunarodna konvencija o suzbijanju finansiranja terorizma** doneta je takođe u Njujorku 9. decembra 1999. godine; **Međunarodna konvencija o sprečavanju akata nuklearnog terorizma**, br. 59/290 doneta je u Njujorku 14 septembra 2005. godine.<sup>24</sup>

Pored navedenih dokumenata Organizacija UN u nameri da doprinese definitivnom suprotstavljanju savremenom terorizmu donosi i sledeća dokumenta o terorizmu: rez. br. 48/122 Ljudska prava i terorizam, 20. 12. 1993. godine; Rez. br. 47/31 Razmatranje mera koje treba preduzeti, 25. 11. 1992. godine; Rez. br.46/51 Mere za eliminisanje međunarodnog

24 Radoslav Gaćinović, „Terorizam”, Draslar partner, Beograd, 2005. godine, str. 230 – 232.

terorizma, 9. 12. 1991. godine; Rez. br. 42/154 Razmatranje mera koje treba preduzeti, 7. 12. 1987. godine; Rez, br. 42/22 Deklaracija o jačanju, 7. 12. 1987. godine; Rez. br.38/130 Mere za prevenciju međunarodnog terorizma, 19. 12. 1983. godine; Rez. br.36/109 Mere za prevenciju međunarodnog terorizma, 10. 12. 1981. godine.

Savet bezbednosti je takođe, doneo dokumenta koja nagoveštavaju uspešniju borbu protiv međunarodnog terorizma i to: Rez. br. 1267/1999 Sankcije uvedene protiv Avganistana zbog pružanja utočišta Bin Ladenu, 15. 10. 1999. godine; Rez. Br. 1269/1999. Osuda svih dela terorizma, bez obzira na motiv, odnosno, kad i ko ih je izvršio. Ovom rezolucijom se pozivaju sve države da potpuno primene antiterorističke konvencije koje su potpisale i da preduzmu odgovarajuće mere – da ‘otkažu utočište onima koji planiraju, finansiraju i čine terorističke akte, obezbeđujući njihovo hapšenje, gonjenje i ekstradiciju.’<sup>25</sup>; Rez. Br. 6559 Savet bezbednosti UN – stroga osuda bombaških terorističkih napada u Najrobiju i Dar es Salamu 7. 8. 1998. godine i 13. 8. 1998. godine; Rez. br. 748 Sprečavanje akata međunarodnog terorizma, 13. 3. 1992. godine; Rez,br. 638 Incidenti sa uzimanjem talaca, 31.7.1989. godine; Rez. br 635 Posledice terorističkih dela, 14. 6. 1989. godine; Rez. Br. 579 Incidenti sa uzimanjem talaca, 18.12. 1985. godine.<sup>26</sup>

Deklaracijom 2131, od 21. decembra 1965. Generalna skupština OUN naložila je državama da se ne smeju mešati u unutrašnje poslove drugih država: ‘Nijedna država neće organizovati, pomagati, podsticati, finansirati, podstrekavati ili tolerisati subverzivne, terorističke ili oružane aktivnosti usmerene na nasilno svrgavanje režima druge države, ili mešanje u građanski sukob u drugoj državi.’ Takva zabrana ukazuje na mogućnost da država može biti nosilac terorističkih aktivnosti – ‘država terorist’. Rezolucija SB UN 1189 od 13. 8. 1998. godine takođe obavezuje države da se uzdrže od organizovanja, podsticanja, pomaganja i učestvovanja u terorističkim akcijama protiv druge države. Savet bezbednosti UN je doneo i rezoluciju br. 1373 od 28. 9. 2001. godine, prema kojoj sve države treba da sarađuju u borbi protiv terorizma.

---

25 Unazad tri decenije, Generalna skuština OUN je radi suzbijanja terorizma usvoila osam rezo-lucija (18. februar 1972, 15.decembra 1976, 16 decembar 1977, 17. decembar 1979, 10 decembar 1981, 19. decembar 1983, 9. decembar 1985, 13. avgust 1998 i jednu deklaraciju 9. decembra 1994. godine.

26 Dokumenta su prikazvana u bazi podataka UN (*United Nations Gopher*), a objavljena u Vojnom informatoru br. 4-5/2002.

## **PROBLEMI IMPLEMENTACIJE ANTITERORISTIČKIH PRAVNIH AKATA**

Analizirajući sadržaj ovih međunarodno – pravnih dokumenata, posebno konvencija i rezolucija, može se zaključiti da je glavna karakteristika koja osvetljava njihov smisao „element inostranosti” – sklanjanje počinioca u inostranstvo; da je krivično delo proizvelo efekte u inostranstvu; da su žrtve strani građani itd. Ovaj spektar elemenata ograničava broj država koje mogu i treba da gone počinioce terorističkih dela, a zaštita opšteg međunarodnog dobra se ostvaruje posredstvom akcije pogođenih država.

Značajna karakteristika ovih konvencija je u tome što one daju objektivno bezvredonosne (*value free*) definicije pojedinih tipova krivičnih dela, kada ni motiv počinioca ne uzimaju u obzir. Na taj način su konvencijama obuhvaćena dela koja mogu biti izvršena i bez stvarnih terorističkih motiva (politički motiv, odnosno **animus terrorandi, koji je bitna, suštinska odrednica terorizma**). Takvim nedorečenim definicijama se dodatno zamagljuje problem definisanja same terorističke aktivnosti. Na taj način se stvara mogućnost namenskog, jednostranog pristupa definisanju terorističke radnje, stvarajući opasnost da se izvedena teroristička aktivnost proglasi kriminalnom radnjom i obrnuto.

Zajednička obeležja većine konvencija, usvojenih i pripremljenih pod okriljen Ujedinjenih nacija i Međunarodne organizacije za civilno vazduhoplovstvo, vrlo su naglašena. Ona sve svode na cilj da izvršilac bude svakako kašnjen, ali ne i na uniformnu i obaveznu ekstradiciju<sup>27</sup> (načelo *aut dedere aut punire*). Na taj način potpisnicama ostavlja mogućnost da očuvaju

---

27 Ekstradicija je: prvo, formalni, tj. zakonskom formom propisani proces; drugo, to je odnos između dve suverene države; treće, izručuje se pojedinac koji je osimnjičen, optužen ili proglašen krivim od strane države koja ga potražuje za krivično delo na osnovu zakona zemlje koja potražuje; četvrto, da je krivično delo za koje se pojedinac tereti počinjeno van jurisdikcije zemlje koja izručuje, a u okviru jurisdikcije zemlje koja potražuje i peto, da je svrha ekstradicije omogućavanje državi koja zahteva izručenje da provede sudski postupak saglasno svom zakonodavstvu i privede počinioca dela zakonskoj kazni. Prema tome svrha ekstardicije je kažnjavanje zločina (Branislav R. Srdanović, *Međunarodni terorizam*, Službeni list SRJ Beograd, 2002.str. 56-57). Ekstradicija (lat. *extraditio*) izadavanje, predaja; izdavanje krivca, koje se sastoji u tome što vlasti jedne države predaju vlastima druge države izvesno lice radi vođenja krivičnog postupka protiv njega ili radi izvršenja kazne nad njim (Milan Vujaklija, *Leksikon stranih reči i izraza*, Prosveta, Beograd, 1980.str.267).

pravo azila i izbegnu ishode koji bi bili nepravični ili neprohvatljivi za njihovo javno mnjenje. Da ne bi bilo utočišta za teroriste, proširuju se osnovi za krivičnu jurisdikciju,<sup>28</sup> tako da praktično dostižu univerzalni karakter.<sup>29</sup> Dakle, države ugovornice su pitanje krivičnog gonjenja i kažnjavanja krivaca rešile zadržavanjem diskrecionog prava da ocene prirodu dela i da same odluče da li će da udovolje eventualnom zahtevu za ekstradiciju ili će same pokrenuti krivični postupak. Antiterorističke konvencije nisu uverljivo sugerisale Organizaciji UN da osnuje međunarodni sud nadležan za suđenje počiniocima određenih tipova terorističkih radnji, pa nadležnost za krivično gonjenje ostaje u ingerenciji država, kojima u mnogim slučajevima nije u interesu inkriminisanje terorističke aktivnosti. Iako opšte karakteristike antiterorističkih konvencija zaključenih na globalnom nivou ukazuju na određene nedostatke (nisu potencirani uzroci, motivi, ciljevi terorističke radnje), one su ipak dale određeni doprinos razvoju međunarodnog prava u oblasti suzbijanja međunarodnog terorizma.

Međunarodno-pravni antiteroristički dokumenti ipak, nisu precizni u obavezivanju država u načinu borbe protiv međunarodnog terorizma na globalnom planu, što u narednom periodu treba promeniti. Narušeni sitem bezbednosti od strane terorističkih skupina ugrožava osnovna ljudska prava i slobode građana, što je u suprotnosti sa proklamovanom politikom i demokratskim težnjama savremenog društva. Antiterorističke konvencije predstavljaju, pored određenih nedostataka, izraz volje da se nacionalna krivična zakonodavstva dograde, i da se u realnim mogućim okvirima pojača međunarodna saradnja za kažnjavanje krivaca kao i za preventivno delovanje u suprotsavljanju terorističkim aktivnostima.

Međutim, mnoga međunarodno pravna akta i dokumenta su obično donošena nakon izvršenih terorističkih aktivnosti, dakle bavila su se posledicama, a ne uzrocima i motivima, kao preduslovima za definisanje terorističke radnje i primenu adekvatnih, pre svega preventivnih, a potom i represivnih mera države prema počiniocima nasilja ili pak onima koji prete nasiljem. Bez obzira na mnoga antiteroristička pravna dokumenta broj terorističkih napada u svetu u 1995. godini je povećan za 37 % u odnosu

---

28 Jurisdikcija (lat.jurisdiction) pravda, pravo, pravosuđe sudstvo, pravo suđenja, nadležnost suda;oblast javnog suda, delokrig suda(Milan Vujaklija, Leksikon stranih reči i izraza, Prosveta, Beograd, 1980.str.378).

29 Vojin Dimitrijević, *Međunarodni terorizam*, Naučno savetovanje na temu "Savreeni oblici terorizma," Arhiv za prabne i društvene nauke, Beograd 14-15 januar 1980, str, 40.

na 1994. godinu, dok je broj otkrivenih ili onemogućenih terorista ostao nepromenjen. Savremeni terorizam je u stalnoj ekspanziji bez obzira na sve organizovanije suprotstavljanje međunarodne zajednice i na mere koje se preduzimaju radi njegovog suzbijanja. Prema američkom teoretičaru R. Kupermanu, intenzitet terorizma se godišnje povećava za 12 – 15 %.<sup>30</sup>

Postojeći međunarodno pravni okvir za kontrolu terorizma može se kritikovati sa više aspekata. *Prvo*, izražene su poteškoće, u određenju pojma, šta je zapravo predmet kriminalizacije kroz definisanje terorizma, jer se zakon može iskrivljavati u oba smera kad se postavi pitanje političkog ili nepolitičkog karaktera ovog dela.<sup>31</sup> Opšetprijvatljivo definisanje terorizma na mnogim međunarodnim forumima ostalo je bez rezultata, kao primer se može navesti Soaresov izveštaj o Alžiru, koji o tome naširoko raspravlja ali bez specifikacije i kvalifikacije,<sup>32</sup> kao i u Međunarodnoj konvenciji za sprečavanje terorističkih bombaških napada. U okviru UN mnogo se pažnje posvećivalo nalaženju radne definicije terorizma, ali pitanje legitimiteta i opravdanja političkog nasilja onemogućivalo je saglasnost. *Drugo*, problem postojećeg pravnog okvira je u tome što konvencije favorizuju delovanje nacionalnih tela i ne omogućavaju eksteritorijalnu jurisdikciju. U osnovi, ako država odluči da ne izruči lica ili grupe optužene za dela u drugoj državi pravosuđu te države, država koja ih traži ne može puno učiniti. Državi koja odbije izručenje ne prete konkretne posledice. *Treći*, je problem u tome što opšta priroda konvencija ostavlja državama veliku dozu slobode njihovoj interpretaciji i primeni. To slabi korisnost teksta u smislu globalne bezbednosti, što bi se moglo popraviti utvrđivanjem glavnih imperativa. *Četvrto* problematično područje su prava. Konvencije eksplicitno ne štite počiniocima kroz navođenje postupaka, kazni ili procedura. Politički prestupi u nedemokratskom i represivnom okruženju bi se prema tome mogli okarakterisati kao teroristička dela. Iako se međunarodni poredak sam poziva na eksplicitno demokratska načela, kvalifikovanje protivnika nedemokratskih vlada teroristima može lako značiti zaštitu tiranije kroz načela državnog suvereniteta.<sup>33</sup>

30 Radoslav Gaćinović, „Terorizam”, Draslar partner, Beograd, 2005. godine, str. 238.

31 Noemi Gal-Or, *International Conventions to Suppress Terrorism*, New York: St. Martin's Press, 1985, str. 227.

32 *Report of the Panel Appointed by the Secretary-General of the United Nations to gather Information on the Situation in Algeria in order to provide the International Community with Greater Clarity on that Situation*, Mario Soares, predsedavajući, 10 jula 1998. godine, četvrto poglavlje, 3 deo.

33 Max. Taylor & John Horgan, „Terorizam u budućnosti, “ Golden marketing,

Dakle, analizirana međunarodno pravna dokumenta u ovom radu bi trebalo da predstavljaju polaznu osnovu za pravne, političke i moralne pretpostavke za efikasno suprotstavljanje savremenom terorizmu, ali na žalost nije tako, prvenstveno, zbog: a) još nije, u osnovi presečena ideološka i politička dilema, prenesena iz ranijih vremena o opravdanom, pa time i poželjnom i korisnom i neopravdanom, pa time i štetnom terorizmu; b) Još nije izgrađena konzistentna i relevantna definicija terorizma koja bi svela na najmanju meru ili u potpunosti eliminisala "ničiju zemlju" između terorizma, gerile, diverzantskih aktivnosti, oružane pobune, oslobodilačke borbe; v) još nije ostvaren nužan stepen međunarodne solidarnosti i kooperacije u suzbijanju terorizma. Pravo i u ovom segmentu međunarodnog krivičnog prava može da bude ne samo nedovoljno efikasno, već i politički zloupotrebjeno.

## UMESTO ZAKLJUČKA

Protiv terorističkih aktivnosti i drugih oblika ugrožavanja mora se, najpre, boriti samim sistemom države i društva, njegovom snagom, kvalitetom, vitalnošću, demokračinošću, koja se nalazi u njegovoj osnovi, pravnom državom i daljim razvojem sloboda i prava građana, te učvršćivanjem tih odnosa u svim oblastima društvenog života. Ukoliko je demokračno društvo etički, ekonomski i organizaciono jače i stabilnije – utoliko se ono oseća odgovornijim za proces zaštite društva i utoliko se smanjuje mogućnost javljanja terorističkih aktivnosti. Potreba za vrhunskom osposobljenošću državnih antiterorističkih jedinica je očigledna. Međunarodni sistem bezbednosti u narednom periodu je pred velikim izazovima, kako očuvati kolektivnu bezbednost stanovništva i zaštiti građane od ove teško kontrolisane pošasti. To se između ostalog može postići kroz organizovanje; vrunsku obuku i savremeno opremanje jedinica za protivteroristička dejstva; stalnim praćenjem naučnih dostignuća iz oblasti vojnih, društvenih i tehničkih nauka; analizom dosadašnjih iskustava u antiterorističkoj delatnosti; unapređenjem sistema mera za odvrćanje terorističkih aktivnosti i time jačati unutrašnju snagu i sposobnost društva za nastavak demokračnih procesa. **Pored ovih preduslova, osnovni uslov za uspeh je odlučna opredeljenost javnog mnjenja za suprotstavljanje**

**savremenom terorizmu.** Stavljanje pod kontrolu savremenog terorizma, bio bi veliki uspeh Organizacije UN, jer iskorenjivanje terorizma u svetu je zasad samo želja većine čovečanstva. Može se, dakle, zaključiti da su savremene terorističke aktivnosti sve prisutnije u svetu. One mogu biti sve više i čvršće pod kontrolom određene države, kojoj služe za ostvativanje interesa u određenom području, koje ima značajan ekonomski i geostrategijski položaj, što je najveći problem bezbednosti u svetu. Ovim opasnim aktima mora se suprotstaviti celokupno javno mnjenje na planeti. Ni međunarodnopravna dokumenta nisu poslužila ni kao preventivna mera odvracanja terorista od izvršenja nameravane radnje. Naprotiv, posle donošenja ovih dokumenata teroristi su izveli najbrutalniju terorističku aktivnost do tada u istoriji, napadom na simbole američke vojne, političke i ekonomske moći 11. septembra 2001. godine. Dakle, prema postojećem međunarodno pravnom okviru za kontrolu terorizma može se interpretirati kritička analiza sa nekoliko aspekata. *Prvo*, postoje poteškoće u proceni šta je predmet kriminalizacije kroz definisanje "terorizma".<sup>34</sup> *Drugi* problem postojećeg pravnog okvira je u tome što konvencije favorizuju delovanje nacionalnih tela i ne omogućuju eksteritorijalnu jurisdikciju. Dakle, ako država odluči da ne izruči pojedice ili grupe optužene za dela u drugoj državi, država koja ih traži ne može ostaviti cilj, jer državi koja odbije izručenje ne prete konkretne posledice. *Treći* je problem u tome što opšta priroda konvencija ostavlja državama neopravdano velike slobode u njihovoj interpretaciji i primeni. *Četvrto* problematično područje su prava. Međutim, jačanje globalnog pravnog okvira za borbu protiv terorizma neće u budućnosti biti lako i jednostavno. Ono zavisi od osiguranja legitimiteta međunarodnog poretka i nezanemarivanju nepravdi. Jedan od važnih aspekata koji će pratiti terorizam u sledećoj deceniji bit će stalni napori da se izgradi međunarodni pravni okvir za definisanje pravila i normi u borbi protiv politički motivisanog nasilja. Ti će napori biti pod uticajem globalizacije i pitanja koja ona pokreće, poput nacionalnog samoodređenja, razvoja demokratije i državnog monopola na sredstva prinude.<sup>35</sup> Bez

34 „Terorizam je organizovana primena nasilja ili pretnja nasiljem od strane politički motivisanih izvršilaca, koji su odlučni da kroz strah, zebnju, defetizam i paniku nameću svoju volju org-anima vlasti i građanima”(Dr Radoslav Gaćinović, „Terorizam”, Draslar Partner, Beograd, 2005. godine, str. 60).

35 Michael Dartnell, Pravna međumreža za terorizam: pitanja globalizacije, fragmentacije i legitimiteta, u keizi *Teroorizam u budućnosti*, Golden marketing, Zagreb, 2003. godine, str. 19- 21

obzira na napore OUN u donošenju navedenih pravnih dokumenata, još uvek nema opšteprihvatljive definicije terorizma. To je i najveći problem da se izvrši operacionalizacija međunarodno-pravnih dokumenata u borbi protiv savremenog terorizma. U savremenim društvima gde kapital igra značajnu ulogu, neminovno se gradi sistem vrednosti prema bogatstvu, gde se često zanemaruju osnovne ljudske vrednosti, uključujući osnovna ljudska prava prosečnog čoveka – građanina, pa je jedan od osnovnih posticaja savremenog terorizma vrhunska nepravda.

**Profesor, Radoslav Gaćinović, PhD**  
*Scientific councillor in the  
Institute for Political Science, Belgrade*

## **ORGANISATIONAL LAW ASPECTS OF ANTI-TERRORIST ACTION**

*Bearing in mind the latent danger from modern terrorism in the XXI century, it is necessary to adopt a generally acceptable definition of terrorism, which would constitute the basis for the beginning of antiterrorist activities without applying double standards. In addition to the generally acceptable definition of terrorism on the UN level, identical rules regarding antiterrorist activities must be put in place and the relation towards all types of terrorism must be the same. It must always be borne in mind that terrorism cannot be simply eradicated, but that, rather, international consensus of all under UN guidance and general determination on global level can only put terrorism under control.*

*International antiterrorist legal acts constitute an attempt at incriminating terrorist activities by the UN and sovereign states on their territories. Therefore, international law determines a relatively coherent legal framework of international action for combating terrorism, a delictum sui generis, the history of which is closely linked to the history of political crime.*

*However, the author finds that, so far, these documents have failed to yield the expected results in combating terrorist activities. It is apparent that states are becoming an obstacle for the implementation of these documents, thus blunting the edge of efficient antiterrorist action.*

*Even though in international law terrorism is treated as the violence of natural persons acting individually or in groups, the author thinks that states can also be responsible for terrorist action of individuals – if they actively support them or tolerate their activities. Consequently, states should also bear the main responsibility, which has not been applied in practice by international legal documents dealing with terrorism.*

*This paper is an attempt to once again bring attention of the international and national general public to the importance of antiterrorist legal documents, together with a warning that is futile to adopt documents that are not applied in practice,*

*Key words: Terrorism, anti-terrorism, terroristic activities, International law*

## **INTERNATIONAL COURTS IN THE HAGUE: A COMPARISON BETWEEN THE ICTY AND THE ICC AND THEIR RESPECTIVE CONTRIBUTIONS TO THE RULE OF INTERNATIONAL LAW FROM THE PERSPECTIVE OF VICTIMS OF INTERNATIONAL CRIMES<sup>1</sup>**

Poređenje Međunarodnog krivičnog tribunala za bivšu Jugoslaviju i Međunarodnog krivičnog suda i njihov doprinos vladavini međunarodnog prava iz perspektive žrtve

*Međunarodni krivični tribunal za bivšu jugoslaviju jeste model koji upućuje na ad hok pristup pravnog rešavanja problema zločina u ratnim sukobima. Mane ovog sistema su: pitanje da li će se uvek poklopiti sve okolnosti potrebne za osnivanje ad hok suda, prevelik uticaj (stalnih) članica Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija koje bi time ostvarivale sopstvene političke interese, dok bi međunarodna krivična dela učinjena pod njihovim patronatom ili odobrenjem ostajala van domašaja bilo kakvog pravednog kažnjavanja.*

*Međunarodni krivični sud osnovan Rimskim statutom je imun na većinu prigovora upućenih Tribunalu za bivšu Jugoslaviju. Projekat međunarodnog stalnog i univerzalnog krivičnog suda postaje, međutim, žrtva sopstvene ambicioznosti. Postavlja se pitanje ostvarljivosti ovakvog projekta. Trajno prenošenje ovlašćenja koje je do sada bilo ekskluzivno pravo SB, najmoćnije države vide kao ugrožavanje svojih interesa i odbijaju da učestvuju u njemu. Bez vojno najmoćnijih zemalja koje direktno ili indirektno učestvuju u najvećem broju vojnih operacija, ne možemo govoriti o uspostavljanju univerzalnog međunarodnog krivičnog sudstva.*

---

<sup>1</sup> Na međunarodnom konkursu za najbolje studentske eseje 2008. godine Grocijus instituta za međunarodno pravo u Hagu, na temu pod kojom i objavljujemo rad, autor je nagrađen studijskim boravkom na pomenutoj instituciji.

*Mane Međunarodnog suda za bivšu Jugoslaviju proizilaze upravo iz njegovog nametnutog karaktera, činjenice da je SB osnovao kao prinudnu meru. Međunarodi krivični sud osnovan Rimskim statom praktične teškoće doživljava, međutim, baš zbog težnje univerzalnosti i dobrovoljnog prenosa suvereniteta, a ne nametnute nadležnosti. Mane jednog i poteškoće drugog suda proizilaze upravo iz mana i teškoća današnjeg međunarodnog prava.*

*Ključne reči: Razvoj međunarodnog prava.- Međunarodno krivično pravo.- Međunarodno krivično sudstvo.- Međunarodni krivični sud.- Međunarodni krivični tribunal za bivšu Jugoslaviju.*

In our opinion, the most important differences are those resulting from the origin of space and time nature of these two courts. ICTY was founded on the basis of resolution of the Security Council on May 25 1993 and is competent for the crimes allegedly committed on the territory of ex Yugoslavia since January 1 1991. ICC originated through international agreements signed in Rome in 1998. The Statute of this court came in force 60 days after the 60<sup>th</sup> ratified agreement (July 1 2002). ICTY is restricted by time and space, i.e. it is a court for „single use” only. Regarding that it was founded by the Decision of the Security Council, we can speak about an imposed nature of this court. With ICC, states renounce sovereignty in its favor, on voluntary basis, and it is potentially a universal court, because it seeks that its jurisdiction is recognized by all states.

We have to appreciate the contribution to the rule of international law from the perspective of victims. In order to avoid impreciseness and arbitrary interpretations, we shall define clearly what is meant by the expression „the perspective of victim” in the paper. From possible interpretations, one will make the slightest mistake if the most lawful is chosen, and from this perspective one aspires toward legal protection. One takes a stand that an ideal law is to the interest of all victims, i.e. the law that will originate and will be enforced *lege artis*. Therefore, the comment and analysis in this paper will start from a position as to what should a law be.

When the word is about international criminal law, the basic premise, on which supporters (followers) and opponents of the present concepts and judgments agree, is a necessity of institutionalization of the international criminal law. The reason for this is the inertness of states when the word

is about trials for those who committed international criminal offenses. In addition to political component that would be predominant in such trials, there is also a reason that the mentioned criminal offenses were committed just under the patronage of a state (i.e. its governing structures).

ICTY originated as an ad hoc solution due to non-existence of universal court which would deal with violations of international humanitarian law.<sup>1</sup> A basic question that we could pose here is whether there are forces in the International Community which are capable of founding a court for the particular case at each violation of international humanitarian law. We think that they do not exist, and we shall also review other shortcomings of such a way of settlement of international conflicts. The Tribunal itself, as cited in the literature, was founded due to international circumstances that were in its favor. The end of cold war and victory of one side enabled the domination of the victor in the Security Council. Therefore, we can draw a conclusion that punishing the one who committed terrible crimes cannot wait for coinciding of all international circumstances in order to mete out justice to this end. It is also evident that some countries, namely, crimes committed under their sponsorship, would remain untouchable. One shouldn't cherish illusions that the most powerful countries, first of all, the "veto possessors" in the Security Council, would permit the founding and court proceedings that wouldn't suit them. Such a way of solving problems would bring about that many victims of international criminal offenses would be, as Kaseze said, killed the second time ("the first time they were killed in physical sense and the second time when they were forgotten"<sup>2</sup>).

Therefore, we can speak about ad hoc judiciary system only as an interim solution until the founding of universal international criminal court. Although the Tribunal supporters stated that one could speak, for the first time, about a court that wasn't a "victor's court", one could not disregard the participation of some permanent member countries in bombing the Republic of Srpska, Serbian Krajina and FR of Yugoslavia. Considering a decisive impact of these members on founding and financing the Tribunal and a significant role of the Security Council in the selection of judges and prosecutors, it is rather debatable to speak about independence and impartiality of the Tribunal, whereby one raises the issue of double standards.

It seems that ICC possesses the capacities not being subject to criticism, pertaining to ICTY. In view of its potential universality in time and space, one cannot reproach this court, because of "selective justice", and the impact of influential countries would be reduced to a minimum. When social phenomena are considered, it is very important to ask a question not only whether something is good but also whether it can be carried out in reality. A major problem of this court is a possibility of achieving the set objective. Also, the founding of the court was followed by certain difficulties, and three groups of states were classified in operation of the Preparatory Committee. The first group advocating a broad "automatic jurisdiction" of the court and independent prosecutor. The second group, composed of "veto possessors" in the Security Council (without GB and France), among which the USA stood out as a leading "hawk" and which opposed automatic court jurisdiction and giving the right to prosecutor to institute legal action. They advocated that the right to forward a case to the court should be under supervision of the SC with the possibility of stopping the proceedings.

The third group was composed of member countries of non-aligned movement which opposed severely the assigning of competencies to the SC. After adopting the Court Statute (Roman Statute), a question arises whether some countries are going to recognize it. For court universality, which we called potential with justified reason, it isn't the most important that absolutely all states have to recognize it., but only those most relevant. The USA rejected the ratification of the agreement they signed and then they "withdrew the signature". The agreement was neither ratified by Russia nor signed by China. The title of "hawk", that we have already assigned to it, the USA deserved not only by its inactivity but also by extremely active sabotage of ICC. In this way they began to exert pressure with the view of signing bilateral agreements by which immunity is guaranteed to US citizens relative to ICC. Regarding that the other party to those agreements is already a signatory of Roman Statute, a collision between these two agreements is obvious. The situation became more tense by the enactment of American Service-Members Protection Act of 2002, which was enacted by II Administration of President Bush, and by which a military operation has been envisaged for acquittal of US citizens that would be extradited to ICC?

If we do not classify victims into “our and their”, “justified and unjustified”, by religious affiliation and nation (and each such classification would be unauthorized!) we can draw a conclusion that in the ad hoc deciding on international crimes remains an objection to selective justice, a problem as to whether there will always occur circumstances favorable for finding a corresponding solution. The fact is that the crimes committed “to the interest” of the most powerful countries shall remain untouchable. It is only justified to speak about ad hoc international judiciary system as about an interim solution up to ICC. On the other hand, ICC pays the price of its legality in conformity with the law. In comparing these two courts, the situation is somewhat schizophrenic, the shortcomings and deficiencies of ICTY result from its imposed nature, i.e. from the fact that the Security Council founded it as a coercive measure, while ICC experiences difficulties in practice just because we have with it a voluntary transfer of sovereignty and not an imposed jurisdiction. However, some countries do not wish to recognize its jurisdiction on “volunteer basis.” To be quite precise, not some “banana” republics refuse to recognize the court but, besides others, three most powerful countries of the world, and as it is known, most conflicts occur with their direct or indirect participation. The entire situation seems as if we are spinning in a “logically magic circle”.

Both supporters and critics think that ICTY contributed to a significant extent to the founding of ICC, whereby the first ones cite it as an example in a positive and the other ones in a negative sense. Viewed from the aspect of victims of all international criminal offenses, the founding of ICC has been a gigantic step forward compared to the previous situation in which, after terrible wars and crimes, the victims sank into oblivion or partial solutions were found and “victor’s courts” founded. Instead of determining, from one case to another, the domination of international policy and selectivity, we should have a universal, equal for everyone and to a possible extent depoliticized international criminal court in the future (whether it will be in the near future?!). However, there is no reason for euphoric triumph, because there are still many obstacles until the founding of such court in practice. All shortcomings, criticism and difficulties, encountered by the international criminal judiciary system, have not emerged by themselves, but they result from the present international law and problems faced by it.

**Savo Manojlović;**

*Student at the Faculty of Law in Belgrade*

## **INTERNATIONAL COURTS IN THE HAGUE: A COMPARISON BETWEEN THE ICTY AND THE ICC AND THEIR RESPECTIVE CONTRIBUTIONS TO THE RULE OF INTERNATIONAL LAW FROM THE PERSPECTIVE OF VICTIMS OF INTERNATIONAL CRIMES**

*The ICTY is a model directing to ad hoc approach to solving crime problems in war combat. The shortcomings of this system are : an open issue whether all circumstances, necessary for founding the ad hoc tribunal, will always coincide, enormous impact of permanent members of the UN Security Council, which would thereby attain their own political goals, while international crimes, committed under their patronage or approval, would remain beyond reach of any righteous but not feigned punishments.*

*The ICC, founded on the basis of Roman Stat, is immune to the objections directed to the Tribunal for ex Yugoslavia. But, the project of the permanent international and universal criminal court becomes a victim of own ambition. The question of such project realization has been posed. Lasting assignment of competences, which was the exclusive right of SB so far, was seen by the most powerful States as the impeachment of their own interests. Without the most powerful countries in military sense of the word, taking part directly or indirectly in most military operations, we cannot speak about reaching a universal international criminal judiciary system.*

*The shortcomings of ICTY result just from its imposed nature, i.e. the fact that it founded the SB as a coercive measure. The ICC, founded on the basis of Roman Stat, experienced difficulties in practice just because just because we have with it a voluntary transfer of sovereignty and not an imposed jurisdiction.. The shortcomings of one and difficulties of the other court result from defects and problems encountered by the international law.*

*Key words: International Law Development. – International Criminal Law. - International Criminal Judiciary System.- International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.- International Criminal Court.*

**Dr Nenad Ž. Petrović**  
Institut za strategijska istraživanja  
Beograd

Primljeno 01.10.2008.  
udk: 341.211

## **DOKTRINA „OGRANIČENOG SUVERENITETA” U HLADNOM RATU NA PRIMERU ČEHOSLOVAČKE 1968. GODINE**

*Najčuveniji primer praktikovanja doktrine „ograničenog suvereniteta“ vezan je za vojnu intervenciju grupe zemalja članica Varšavskog pakta u Čehoslovačkoj 1968. godine. Međutim, autor pokazuje da ovakva doktrina ne prestaje da bude aktuelna ni u današnjem svetu u kojem odavno više nema socijalističkog „lagera“ niti SSSR-a. Nasuprot, tendencije izgradnje jednog novog nadnacionalnog poretka koji se ocrtava nakon Drugog svetskog rata ukazuju da je takva doktrina sasvim moguća i u svetu kojim dominira demokratija kao opšteprihvaćeni politički uzor.*

**Ključne reči:** ograničeni suverenitet, hladni rat, Čehoslovačka, Organizacija ujedinjenih nacija, Novi svetski poredak.

### UVOD

Doktrina „Ograničenog suvereniteta“- koja zapravo nikada nije zvanično pod tim imenom promovisana, vezuje se za vreme bipolarnog sveta („hladni rat“) i sovjetskog državnika Leonida Iljiča Brežnjeva ( 1906 - 1982 ). Može se pre reći da je ovaj termin sa svim svojim značenjima ponikao među „kremljolozima” - sektu stručnjaka veoma cenjenih posebno među Pentagonском birokratijom - koja se bavila tumačenjem većito zakulisnih i misterijom obavijenih tajni upravljanja Kremaljske elite.

„Bez obzira na sve, vreme Brežnjeva bilo je obeleženo pravilom usaglašavanja među državicima (socijalističkih) zemalja, pre nego diktatorstvom jednog čoveka. Isto tako, takozvana Brežnjevljeva doktrina, koja je bila isticana kao opravdanje za Sovjetsku intervenciju u Čehoslovačkoj 1968., bila je pripisivana Brežnjevu od strane Zapadnih

komentatora, ne od Sovjetskog saveza; niti je bilo ikakvih dokaza da je Brežnjev, u to vreme bolestan, samostalno bio odgovoran za odluku o upadu u Avganistan, decembra 1979.” /<sup>1</sup>

Rađanje ove „doktrine“ možemo pratiti od teksta S. Kovaljova, *Suverenitet i internacionalističke obaveze socijalističkih zemalja*, publikovan u PRAVDI, 26. septembra 1968., koji ističe kako vojna akcija pet zemalja nije u suprotnosti sa marksističkim shvatanjem načela suvereniteta. Autor zaključuje da se prema marksističkom razumevanju, pravne norme i međusobne obaveze socijalističkih zemalja ne mogu tumačiti „usko formalno“ (danas bi se reklo : potrebno je „kreativno tumačenje“ - prim. N. P.), izvan opšteg konteksta klasne borbe i međunarodnih odnosa. Potom je Prvi sekretar CK KPSS, Brežnjev, u svojoj besedi na Petom kongresu Poljske ujedinjene radničke partije, 12. novembra 1968. godine istakao: “da svaka socijalistička zemlja određuje konkretne forme svog razvoja na putu u socijalizam s punim uvažavanjem specifikve svojih nacionalnih uvjeta. Ali poznato je da postoje, također, i opće zakonitosti socijalističke izgradnje, od kojih bi odstupanje moglo voditi odstupanju od socijalizma kao takvog. I kada unutrašnje i vanjske sile neprijateljske socijalizmu pokušavaju okrenuti razvoj pojedine socijalističke zemlje u pravcu restauracije kapitalističkog poretka, kada nastaje opasnost za socijalizam u toj zemlji, opasnost za sigurnost čitave socijalističke zajednice - *tada to nije više samo problem pojedine zemlje, već opći problem brige svih socijalističkih zemalja.*” <sup>2</sup>

Ukratko : doktrina *Ograničenog suvereniteta* označavala bi zapravo praksu Sovjetskog saveza, kao tadašnje velesile na svetskoj pozornici, da čvrsto održi na okupu svoj vojno-političko-ekonomski savez. *Doktrina* je zapravo značila da države članice Varšavskog ugovora (istovremeno i članice Saveta za uzajamnu ekonomsku pomoć - SEV), imaju obavezu koordiniranog zajedničkog nastupanja u svim međunarodnim pitanjima, da su bitno ograničene u vođenju ne samo spoljne politike i odbrambenih poslova, već u nekim domenima i u vođenju unutrašnje politike. Postavši

---

1 THE ENCYCLOPEDIA AMERICANA, international edition, 2003, tom 4, str. 514.(odrednica Brezhnev L. I.)

2 Jovo Mirić, *Suverenitet i sloboda (kritički osvrt na „teoriju ograničenog suvereniteta“ )*, POLITIČKA MISAO, Zagreb, 1969, br. 2, str. 265; 267(citirani govor Brežnjeva). Podvukao N. P.

deo jednog bloka, ove države morale su pristati i na ograničavanje svog suvereniteta zarad zajedničkog interesa koji je nadilazio parcijalne.

Moglo bi se reći da je ovako viđena doktrina zapravo najnormalnija pojava u blokovskoj organizaciji sveta. Za zemlju koja se opredelila za takvo udruživanje prestaje da važi mogućnost delovanja po sistemu „slobodnog strelca“ i ona se mora uskladiti sa opštom voljom a to u praksi često znači sa voljom najsnažnijeg člana saveza (u našem slučaju sa izrazitom premoći SSSR unutar Varšavskog ugovora i bloka socijalističkih zemalja.)

## SUVERENOST I SUVERENITET

Pod pojmovima *suverenost* i *suverenitet* podrazumeva se vrhovna vlast u jednoj državi koja ne stoji ni pod kojom drugom vlašću na sopstvenom području niti spolja. Država koja je suverena jeste nezavisna, ona samostalno odlučuje o svim svojim pitanjima. *Suverenost* državne vlasti znači da je na području jedne države ona najviša, odnosno da su joj sve druge zemaljske vlasti podređene. Za klasične teoretičare prava (među koje spada i Slobodan Jovanović) ne postoje problemi u definisanju suverenosti i suvereniteta. Suverenitet bi se svodio na monopol fizičke prinude jedne vlasti na njenom području, na pravnu neograničenost državne vlasti (osim onih ograničenja koja ona sama sebi postavlja - političkih ili pak sudskih ograničenja), te na neobavezanost dotične državne vlasti da sluša zapovesti bilo kakve strane vlasti. Pošto pravna obaveza ne postoji bez fizičke prinude ili barem pretnje njome to znači da je suverena ona državna vlast čiji je aparat prinude najjači ( idealno i jedini) na njenom području, da je tuđi državni aparati ne mogu potčiniti sebi.

Ukoliko je država vezana i nesamostalna ekonomski - tada ona ne može uživati ni državnu suverenost.

Prema klasičnim pravnim misliocima, čije su se ideje uglavnom sledile do početka dvadesetog stoleća, među kojima ističemo Tomasa Hobza (Thomas Hobbes), apsolutni monarh - vladar predstavlja idealno oličenje suverenosti. Hobz je bio protivnik parlamentarizma kakav se stvarao u njegovoj domovini Engleskoj ističući da se ništa pozitivno ne dobija time što se suverenitet vladara zamenjuje suverenitetom jednog političkog tela (Parlamenta). Po logici stvari, mora da postoji jedna i najviša instanca vlasti čije odluke će biti konačne, obavezujuće, izvršne i bez prava na žalbu. Kolikogod protezali „lanac“ odlučivanja i vlasti

konačno se mora doći do kraja tog lanca - do poslednjeg beočuga!!! (Drugo je pitanje ko ili šta će biti taj „poslednji beočug“?!) Opet, logično je da takva najviša, suverena vlast, da bi to zaista i bila ne može polagati račune nikome na zemlji (osim Gospodu na visinama, ili sekularno izrečeno - savesti i moralu). U apsolutnim monarhijama, koje principijelno uzima u zaštitu Hobz, prećutno je priznato pravo narodu da se pobuni protiv monarha ukoliko ovaj gazi ljudske i božanske norme i ukoliko donosi štetne i nerazumne odluke u dužem vremenskom periodu. Ovaj mislilac uviđa strašan paradoks da ovakvo pravo u parlamentarizmu ne postoji niti principijelno može postojati!!! Jer u tom sistemu suverena vlast je oličena u Skupštini koja je izabrana od naroda, odn. teoretski narod je tehnički „preneo“ svoju idealno zamišljenu suverenost na grupu svojih izabranika - parlamentaraca, skupština, poslanika... „Juriš“ nezadovoljnika na Parlament bio bi zapravo atak na samog sebe jer je Parlament oličenje suverenosti samoga naroda!!! Evo šta Hobz o tome lucidno kaže :

„Međutim, u suverenoj skupštini takva sloboda ne postoji, kako stoga što bi onaj koji bi protestovao poricao suverenost skupštine, tako i stoga što sve ono što suverena vlast zapovedi, to je u pogledu podanika, ako i ne uvek pred licem Božijem, opravdano samom zapovešću jer je *svaki podanik autor takve zapovesti*.“<sup>3</sup>

Rečju : *sve što odluči Skupština - odlučio je čitav narod*, „biračko telo“, *pa bi pobuna protiv parlamentarne suverene vlasti bila nonsens. Kako se narod može pobuniti protiv sopstvene suverenosti?!*

Na odluke suverena (Parlamenta) nema mesta bilo kakvoj žalbi. Ukoliko bi postojala mogućnost da neko drugo telo (Ustavni ili Vrhovni sud) obori odluke Skupštine - to bi onda značilo da je to drugo telo zapravo uzurpiralo narodni suverenitet jer je njegova odluka sada (umesto obesnažene skupštinske) postala besprizivna i neoboriva! ( A ko može garantovati da će odluka takvog tela biti ispravna i zakonita?! )

## OGRANIČENJA SUVERENITETA U SAVREMENO DOBA

Najranija ograničavanja izvornog državnog suvereniteta nadnacionalnim (naddržavnim) telima, kao pokušaji, nastaju nakon Prvog svetskog rata a pravdana su surovostima ovog najvećeg do tada vojnog sukoba, odn. optuživanjem državnog suvereniteta i nacionalne tesnogrudosti kao krivaca

3 Tomas Hobs, *Levijatan ili materija, oblik i vlast države crkvene i građanske*, Beograd 1961. Podvukao N. P.

za izbijanje ratova. Tada su neki pravni teoretičari smatrali da utemeljenjem *Društva naroda* suverenitet država (nacija) postaje akademsko pitanje. Argument je bio da odredba o „jednakosti članova“ ovog međunarodnog tela briše svaku razliku između suverenih i nesuverenih.(?!). Prema drugom mišljenju suverenost je ograničena činjenicom ugovornih obaveza između država-članica. Konsekvencija ovog viđenja leži u tome da ugovorne obaveze preuzete prema nekom međunarodnom organu umanjuju suverenitet pa je osnovano pretpostaviti da će se države u vođenju spoljnih poslova morati (samo)ograničavati u suverenitetu.

Prema klasičnim teorijama i teoretičarima suvereniteta (Hobbes, Locke, Rousseau), pretpostavljalo se da je nekada u dalekoj prošlosti postojalo vreme bez suvereniteta (bez državne najviše vlasti; možda misleći na predistorijsko vreme prvobitnih zajednica?), te da su se ljudi sporazumno („društveni ugovor“) obavezali da se svako odrekne dela ličnog suvereniteta i prenese ga na nastajuću državu u ime opšteg dobra i prekidanja borbe „svih protiv sviju“. Ova teorijska poštapalica ne nalazi potvrde u bilo kojem istorijskom događaju u dalekoj prošlosti - nikakav „društveni ugovor“ nije nikada stvoren ni prećutno niti pak pismeno!!! Međutim, iz ovakve teorije ne bi se moglo isključiti da će u budućnosti nastati sistem u kojem bi se suverene države nekim svojim „ugovorom“ odrekle suvereniteta u ime jedinstvenog sveta?!

Nakon Drugog svetskog rata (koji je otpočeo upravo krahiranjem sistema „kolektivne bezbednosti“ inaugurisanog od *Društva naroda*), pojačani su argumenti protivnika državnog suvereniteta. Teorija i praksa suvereniteta država napadnuta je na tri polja : semantičkom, empiričkom i moralnom. Kritika je u sebi sadržavala viziju jedinstvenog sveta u kojem ne postoje suverenosti država (ali bi neko ipak i u takvom sistemu morao da bude suveren; pitanje je samo ko??). Kritičari su u suverenitetu država videli pogibelj po svetski mir i blagostanje. Po njima je državna suverenost ne samo zastarela već protivdemokratska i amoralna.

Korak po korak ipak se u svetu posle 1945. godine stvarala koncepcija ograničene, relativne suverenosti. Ona je najpre našla svog izraza u *Povelji Organizacije Ujedinjenih nacija*. Tako prema članu 2, tačka 1, predviđeno je da OUN počiva na načelu „suverene jednakosti svih svojih članova“. Proklamujući ovo načelo, pravo UN priznaje u potpunosti državnu suverenost shvaćenu u njenom relativnom, ograničenom smislu, jer polazi od principa jednakosti koji treba da postoji u odnosima između

država. Na taj način savremena koncepcija relativne suverenosti znači da svako međunarodno angažovanje države, bilo u okvirima *ugovornih odnosa* (zaključivanje međunarodnih ugovora), bilo učestvovanjem u međunarodnim organizacijama, znači *ograničenje državne suverenosti*. Današnje međunarodno pravo smatra da međunarodni javni poredak ograničava države u vršenju suverene vlasti. Takvo shvatanje jednoglasno je prihvaćeno u Komisiji UN za međunarodno pravo jula 1963. godine.

Prema navedenom može se zaključiti da *ograničeni suverenitet* nije ekskluzivno vezan za pravnu misao i praksu Sovjetskog saveza već je kao teorija i praksa nastajao i sazrevao u okviru globalnih pomeranja i izmena nastalih u prethodnom stoleću a najviše posle Drugog svetskog rata.

#### PREDISTORIJA „SLUČAJA ČEHOSLOVAČKE 1968.“

Nakon 1945. godine kao rezultat svetskog rata dolazi do nove preraspodele globalne moći: do tada izolovana prva i jedina zemlja socijalizma (ako ne računamo Mongoliju), mogla je proširiti svoj uticaj prema zapadu Evrope uvlačeći još nekoliko zemalja u svoju interesnu orbitu i šireći na njih svoj društveno-ekonomski sistem. U Evropi te zemlje su bile : Poljska, Čehoslovačka, Rumunija, Mađarska, Bugarska, Nemačka demokratska republika, Albanija (do početka šezdesetih godina kada počinje njena preorijentacija na NR Kinu i oštar sukob sa sovjetskom politikom) i Jugoslavija (do 1948. godine od kada se potpuno izmiče kontroli Sovjetskog saveza zvanično „tražeći sopstveni put u socijalizam“ a u praksi se sve više približavajući Zapadu).

Kao odgovor na ranije stvaranje Severnoatlantske ugovorne organizacije (NATO), na osnivačkom skupu grupe evropskih socijalističkih država, u Varšavi je 14. maja 1955. godine stvoren suparnički vojni savez uobičajeno nazivan po mestu osnivanja *Varšavski pakt / Varšavski ugovor*. Zemlje osnivači su bile : SSSR, NR Poljska, Čehoslovačka socijalistička republika, NR Bugarska, NR Mađarska, Nemačka demokratska republika, NR Rumunija i NR Albanija.

Međutim, u vojnoj intervenciji u Čehoslovačkoj učestvovala su armije SSSR, Poljske, Bugarske, Nemačke demokratske republike i Mađarske. Kao što vidimo izostale su Albanija (koja se praktično pasivizacijom povukla iz VU još ranije ali je zvanično otkazala Ugovor 13. septembra

1968.), kao i Rumunija koja je formalno ostajala članicom ovog ugovornog vojnog bloka. Rumunija je pod Čaušeskuom počela da kopira jugoslovenski „nacionalni komunizam“ u mnogo čemu oponirajući Moskvi i ne želeći da sledi zajedničku politiku socijalističkog bloka. / Najsvežiji takav primer bio je godinu dana pre intervencije, kada je Rumunija odbila da raskine diplomatske odnose sa Izraelom posle bliskoistočnog rata juna 1967. /

Početak političkog previranja u ČSSR nastaje krajem 1967. godine nizom plenuma Centralnog komiteta KPČ. Na njima je inicirano smenjivanje generalnog sekretara Partije i ujedno Predsednika republike Antonjina Novotnog navodno zbog potrebe razdvajanja i deakumulacije funkcija. U pozadini svega krile su se optužbe za nerealizovanje usvojene privredne reforme kao i za negativan stav Novotnog po pitanju nacionalne ravnopravnosti dva naroda konstituenta države - Čeha i Slovaka. Zapravo se Novotni protivio federalizaciji do tada jedinstvene države. (Ne samo u pogledu ovoga situacija kao da je šablonom preslikana iz jugoslovenskog iskustva nakon uvođenja privredne reforme i smenjivanja Podpredsednika SFRJ Aleksandra Rankovića na Brionskom plenumu 1966. godine.)

Na januarskom plenumu 1968. CK KPČ Novotni je bio prinuđen da napusti funkciju prvog sekretara. Na njegovo mesto došao je slovački kadar Aleksandar Dubček. Međutim, očita su bila nastojanja da se on smeni i sa položaja šefa države. Radilo se o klasičnom unutarpartijskom puču i zakulisnim igrama već viđanim u zemljama takvog političkog uređenja.<sup>4</sup> Međuvreme između januara i aprila (do novog obračuna na novom plenumu), obe suprotstavljene partijske struje iskoristile su da poprave svoje pozicije. Novotni je, sluteći šta mu se sprema, pokušao da animira radništvo (teoretski uporište svakog marksističkog režima), obilazeći praške fabrike i objašnjavajući šta će po standard i prava zaposlenih doneti predstojeće promene (otpuštanje radi racionalizacije privrede, gubitak stečenih prava, inflacija i nagli pad životnog standarda...). Međutim, bilo je već kasno, jer su prevratnici zadobili sva sredstva masovne komunikacije - televiziju, radio i listove.

Novotni je takođe pokušao da deo vojske iskoristi kako bi

---

4 Preko noći se stvara većina koja smenjuje do tada neprikosnovenog vođu čime se otvara pitanje kolika je bila njegova realna uloga i moć i ko je stvarno držao vlast pod kontrolom? Na takav način je smenjen i Benito Musolini 1943. na sednici Velikog fašističkog veća - ekvivalenta Centralnom komitetu, uprkos tome što je dvadeset godina figurirao kao omiljeni lidera naroda i moćnik od koga su se svi pribojavali?!

sprečio promene. Međutim, ni u tome nije mogao uspeti. Kao i u svim takvim zakulisnim i mračnim događanjima desilo se nekoliko sumnjivih samoubistava nekih važnih ljudi. General-pukovnik Janko Vladimir, koji je trebao (ali iz neobjašnjenih razloga ipak nije) izvesti tenkove i tom demonstracijom sile uticati na rad januarskog plenuma, izvršio je samoubistvo marta 1968. Zamenik predsednika Vrhovnog suda ČSSR Jozef Brestjanski, zadužen za rehabilitacije političkih krivaca iz perioda prethodne vladavine, izašao je iz svog radnog kabineta 29. marta 1968. i nestao u nepoznatom pravcu noseći poveliku torbu. Nekoliko dana je trajala nedoumica gde se nalazi, između ostalog mađarski organi signalizirali su da je uspeo preći u Jugoslaviju? Ipak, gde god da je proveo tih nekoliko dana na kraju je otkriven obešen u šumi u okolini Praga. Naravno, bez torbe. General-pukovnik Šejna načelnik Glavnog komiteta KPČ u Armiji, koji je uspeo u danima januarskog plenuma animirati centralnu partijsku organizaciju da pruži podršku gubitniku Novotnom (međutim sa zakašnjenjem - pismo podrške stiže u CK kada je već bila podneta ostavka), krajem februara 1968. prebegava preko Jugoslavije u SAD. Iako je prema svemu izloženom trebao pripadati „konzervativcima“ u Partiji - utočište mu je pružila najmoćnija sila kapitalističkog sveta, a na zahteve čehoslovačkih organa (ukoliko su takvi zahtevi bili zaista ozbiljni?!) odbila je da ga isporuči Šejna je bio upućen u sve vojne i mobilizacijske planove Čehoslovačke armije koji su morali hitno biti menjani, ali pitanje je koliko je to moglo biti uspešno obavljeno bar do avgustovske intervencije? Jugoslovenski organi bili su blagovremeno obavješteni o tome da je general Šejna u bekstvu kroz Jugoslaviju - dostavljen je i broj automobila, ali je ovakav zahtev izrečen od strane ministra vojnog Lomskog jugoslovenskom vojnom izaslaniku u neformalnom razgovoru na jednom koktelu u Pragu<sup>5</sup> Na Aprilskom plenumu CK KPČ donet je Akcioni program koji je predviđao duboke promene u političkom životu ČSSR. Mesto i uloga Partije postavljeni su na sasvim drugačiji način. KPČ postaje, zajedno sa ostalim partijama (koje obnavljaju rad u okviru Narodnog fronta) kao i sa drugim društvenim organizacijama, *partner u vođenju politike*. Privredi se daju šira ovlašćenja čime se kopirao jugoslovenski model

5 Nenad Ž. Petrović, Jugoslovenska narodna armija i vojna intervencija zemalja Varšavskog ugovora u Čehoslovačkoj 1968., str. 8- 10. (Dokumenti : Arhiv MIP Srbije, Politički arhiv - Čehoslovačka, 1968, fasc. 29, dosije 11, br. 47940; fasc. 28, dosije 17, br. 410643.)

decentralizovane privrede i samoupravljanja. Nagoveštava se unutrašnje preuređenje države na bazi federalizma i jačeg nacionalnog zastupanja Slovaka u federalnim ustanovama. Ipak, smatramo najvažnijim to da je uz deklarativno isticanje potrebe dalje saradnje i oslonca u spoljnoj politici na SSSR i ostale socijalističke zemlje istaknuta *samostalnija i aktivnija politika na evropskom planu i u OUN kao i prema zemljama u razvoju*. Takođe, istaknuto je *korišćenje svojih specifičnosti u saradnji sa ostalim socijalističkim i radničkim partijama*.

Shvatajući da se nešto ozbiljno dešava, što može ugroziti socijalistički poredak ali i mnogo više narušiti stratešku ravnotežu blokova, Sovjetski savez je uložio najpre politička pa potom i vojna sredstva i snage da spreči razvoj događaja koji su vodili ka onome što će se ipak desiti dvadeset godina kasnije u doba vladavine Mihaila Gorbačova.

Na više sastanaka partijskih delegacija zemalja članica VU (Budimpešta, Varšava), ali bez predstavnika KPČ koji se nakon izbora novog rukovodstva sa Aleksandrom Dubčekom, nisu odazivali, usvajane su alarmantne rezolucije o unutrašnjem stanju u Komunističkoj partiji Čehoslovačke kao i u čitavom društvu. Ove izjave, koje su upozoravale na narastanje protivosocijalističkih snaga koje žele da skrenu zemlju sa dotadašnjeg pravca razvoja, bile su ili odbacivane ili relativizovane od strane novog čehoslovačkog rukovodstva. Konačno, uoči same intervencije bilo je organizovano nekoliko bilateralnih sastanaka predstavnika SSSR i ČSSR (sastanci u Bratislavi i Čierni) posle kojih je rukovodstvo ČSSR najavljivalo zauzdavanje protivosocijalističkih tendencija i slamanje aktivnosti usmerenih ka napuštanju ugovornih obaveza ČSSR prema ostatku socijalističkog bloka. / Kao da je postojala naivna uverenost kod sovjetskih sagovornika da je taj desničarski prodor, pre svega u medije do tada pod kontrolom Partije, mogao biti ostvaren bez želje same nove partijske vrhuške?!/

U sklopu ovih aktivnosti zanimljivo je da je Josip Broz Tito na čelu delegacije Saveza komunista Jugoslavije boravio u poseti Čehoslovačkoj 9. i 10. avgusta, dakle tek nekoliko sedmica pre intervencije. O čemu je Tito razgovarao sa Dubčekom, generalom Ludvikom Svobodom (novim Predsednikom Republike) i drugima najbolje se zapaža iz podsetnika koju je za tu priliku imao pred sobom : “ Akcenat na principima pune ravnopravnosti, svestrane ravnopravne saradnje i nemešanja u unutrašnje

poslove. Trebalo bi izneti naša konkretna iskustva u razvijanju svestranih međunarodnih odnosa na osnovama poštovanja ravnopravnosti./.../ Međutim ne treba ni jednog trenutka imati iluzije u pogledu odnosa zapadnih država prema socijalističkim državama, a posebno prema Čehoslovačkoj. Takođe ne bi trebalo imati iluzija da bi Čehoslovačka dobila odmah neku značajniju ekonomsku pomoć Zapada./.../ Prenagljeni potezi mogu samo da štete interesima samostalnog puta Čehoslovačke i njene nezavisnosti./.../ Široka prava radnicima, neposrednim proizvođačima - to je garancija za jačanje socijalističkih pozicija i za stabilizaciju stanja u zemlji. Širenje i jačanje prava neposrednih proizvođača to je osnovno za izgradnju i razvoj demokratskih socijalističkih odnosa. *Prava radnim kolektivima i neposrednim proizvođačima, to je neuporedivo važnije i značajnije od „slobode štampe“ i sličnog. Uopšte ne bi dobro bilo da se u ovoj fazi daje toliki akcenat na slobodi štampe i druge klasične političke slobode, već bi trebalo akcenat da bude na položaju i uslovima rada i odlučivanja neposrednih proizvođača. U tom pogledu mogu da se iznesu naša bogata iskustva. Problem federacije, odnosno potpune ravnopravnosti Čeha i Slovaka je veoma značajno pitanje. Tu možemo da iznesemo naša velika iskustva./.../ Naša iskustva govore o tome da se ne sme ovo rešavati korak po korak, kap po kap, već da treba ići na definitivno rešenje. Odlučno protiv stvaranja više-partijskog sistema. /.../ Iskustva sa Mađarskom su pokazala da je Nađa upropastilo upravo to što je dozvolio uvođenje više -partijskog sistema, a što radnicima i radnim kolektivima nije otvorio perspektivu većih prava i veće uloge u odlučivanju. Za radnike i neposredne proizvođače ne može biti privlačna ideja o višepartijskom sistemu.*”<sup>6</sup> Iz upravo navedenog izvora, ali i iz obilja drugih, može se odgonetnuti jugoslovenska politika : Tito je naprosto želeo da čehoslovačkim faktorima „proda“ jugoslovenski sistem „samoupravnog socijalizma“! Međutim, tok događaja u ČSSR otišao je za samo nekoliko meseci predaleko. Već je bio *de facto* obnovljen višepartijski sistem (iako ne i po slovu Ustava i zakona), desnica je preuzela preoblikovanje javnog mišljenja kroz sredstva masovne komunikacije a u nižim partijskim forumima zavladao je haotično i neizvesno stanje iščekivanja, neverice i oportunitizma, apatije i straha od odmazde političkih neistomišljenika koji su ovladali ulicom stvarajući ambijent linča.

6 N. Ž. Petrović, n. r., str. 16 - 17. Podvukao autor. (Dokument iz Arhiva Josipa Broza Tita, Kabinet Predsednika Republike, I - 2. “ Podsetnik za razgovore u Pragu “.)

## TOK VOJNE INTERVENCIJE I MEĐUNARODNE POSLEDICE

Noću 20./21. avgusta 1968. godine oklopnomehanizovane, desantne i pešadijske trupe pet zemalja članica VU prodrle su iz više pravaca u Čehoslovačku. Sve vreme ove efikasne operacije trupe Čehoslovačke narodne armije kao i snage Ministarstva unutrašnjih poslova nisu pružale otpor intervencionistima. Takva je bila odluka najviših organa vlasti koji su procenili da bi svaka borba bio nepotrebno krvoproliće. Prema zvaničnim izjavama objavljenim u Moskvi i drugim centrima do ove svojevrsne invazije, koja je predstavljala zapravo *državni udar organizovan spolja*, došlo je na “ traženje većine članova Predsedništva CK KPČ i većine članova vlade “. Ova grupa rukovodilaca zatražila je pomoć i podršku u borbi protiv desnih antisocijalističkih i kontrarevolucionarnih snaga jer je kao rezultat ubrzanih političkih previranja od januara do avgusta nastala realna opasnost gubitaka tekovina socijalizma. U informaciji koju je poslanstvo SSSR prosledilo Odeljenju za međunarodne veze CK SKJ, još prvog dana intervencije, daje se i obrazloženje ove akcije: „Namjere kontrarevolucionara, antisocijalističkih snaga i organizacija sastojale su se u tome, da, vršeći pritisak kroz sredstva masovne informacije i drugim putevima na delegate vanrednog 14. kongresa, postignu izbor novog CK, prvenstveno od desnih revizionističkih elemenata, a poslije kongresa da raspišu prevmene izbore za narodnu skupštinu i mjesne organe vlasti pod parolom „Ne birati komuniste“./.../ *Apsolutno je očigledno da reakcija ne bi mogla voditi organizovanu ofanzivu na socijalizam, na KPČ, ako se ne bi koristila podrškom niza odgovornih ličnosti u državnom i partijskom rukovodstvu Čehoslovačke, koje zauzimaju desno revizionističke ili direktno antisocijalističke pozicije. /.../ prelaz Čehoslovačke u lager kapitalizma označio bi krupni poraz svetskog socijalizma i međunarodnog revolucionarnog pokreta. Ne može se gubiti iz vida da bi takav prelaz, ukoliko bi do njega došlo, stvorio pretnju za bezbednost drugih socijalističkih zemalja./.../ Mi smo svesni toga da će buržoaska propaganda podići sada pomamnu antisocijalističku kampanju i vikati o „mešanju“ u unutrašnje stvari Čehoslovačke./.../ Ali, šteta koja bi bila naneta stvari socijalizma u svetskom socijalističkom pokretu bila bi neizmerno veća ako bi u Čehoslovačkoj pobedila kontrarevolucija.” <sup>7</sup>*

Očekivano, ova akcija naišla je na podeljene ocene i tumačenja. Zapad je

<sup>7</sup> N. Ž.Petrović, n. r., str. 17 -18. Podvukao autor. (Dokument iz Arhiva Jugoslavije, fond CK SKJ (507), fascikla 9, IX, 119/ I - 348, str. 5–8.)

uglavnom jedinstveno osudio intervenciju karakterišući je kao nelegitimnu, kao mešanje u unutrašnje stvari suverene države, osujećivanje volje naroda, okupaciju. Ali i tu je bilo nijansiranja. Francuski predsednik Šarl de Gol, uprkos svom antikomunizmu, vodio je tih godina izbalansiraniju „istočnu politiku“ nastojeći na dobrim odnosima sa SSSR-om i NR Kinom. Takođe, Francuska je ostala do danas jedina država koja je istupila iz NATO, 1966. godine. Zato poznavaoce političkih i međunarodnih prilika toga doba neće začuditi saopštenje Jelisejske palate od 21. avgusta 1968. godine. Nakon izražavanja žaljenja zbog „oružane intervencije“ koja je „u suprotnosti sa popuštanjem u Evropi“, u saopštenju se dodaje kako je intervencija pokazala da se moskovska vlada „nije oslobodila blokovske politike, koja je nametnuta Evropi sporazumom u Jalti“. (Ovim se na obe supersile raspodeljivala odgovornost za blokovsku podelu sveta i nametanje volje Evropi. Francuska u Krimskom dogovoru nije učestvovala i ne snosi za njega odgovornost.)

Kabinet premijera Ujedinjenog kraljevstva Harold Vilson osudio je saopštenjem intervenciju kao „flagrantnu povredu Povelje UN“.

Očekivano, najoštrija su bila saopštenja vlada SR Nemačke i SAD. U izjavi kabineta kancelara Kizingera kaže se da je „okupacija Čehoslovačke /.../ flagrantna povreda čehoslovačkog suvereniteta i mešanje u unutrašnje poslove ove zemlje.“ U saopštenju se dalje demantuje da je zabeležana bilo kakva povreda zapadnonemačke granice sa Čehoslovačkom. U izjavi američkog Predsednika Lindona Džonsona, pozvani su SSSR i njegovi saveznici da „u ime nade čovečanstva u mir“ odmah povuku trupe. Takođe je Džonson optužio SSSR za kršenje Povelje UN apelujući na razum za koji nikada nije isuviše kasno. Na pitanje novinara okupljenih u Beloj kući, Džonson nije mogao da iznese neki konkretniji plan aktivnosti u pogledu čehoslovačkih događaja. Američka administracija „vrši konsultacije“ o merama koje bi bile preduzete u OUN.

Razumljivo, zemlje-intervencionisti podržale su svoju vojnu akciju. Međutim, čitav niz zapadnoevropskih komunističkih i levičarskih partija (Komunistička partija Francuske, Komunistička partija Italije ...) osudile su intervenciju kao štetnu i kompromitujući po stvar radničke klase. Samo je ilegalna Komunistička partija Nemačke (delovala u SR Nemačkoj a stavljena van zakona 50-ih godina), u svom saopštenju izdatom u Zapadnom Berlinu podržala akciju pet zemalja VU ističući kako je njome osujećena zavera imperijalista koji su hteli da Čehoslovačku otrgnu iz socijalističkog

lagera i prevedu je u kapitalizam.

Ipak, nisu ni sve socijalističke zemlje imale podudaran stav. Jugoslavija, Rumunija, Albanija i Kina - našle su se po pitanju osude intervencije na sličnim pozicijama! Tako je u izjavi Saveznog izvršnog veća izražena solidarnost sa narodima Čehoslovačke i rukovodstvom kojima se pružala puna podrška u zahtevima „za povlačenje okupacionih snaga“. Dana 22. avgusta na Trgu Marksa i Engelsa (danas Trg Nikole Pašića) održan je „Miting solidarnosti protiv okupacije Čehoslovačke“. *Politika* je objavila da je bilo prisutno čak 250.000 građana (što se čini preteranim) a svi su govornici osuđivali postupak SSSR kao okupaciju. (Upadljivo je međutim da Tito nije prisustvovao ovom mitingu čak ni kao posmatrač, dok je dan ranije na istom takvom mitingu u Bukureštu glavni govornik bio Čaušesku!)

Rumunija koja nije učestvovala u intervenciji oštro je osudila ovaj čin. Nikolae Čaušesku je u obraćanju tim povodom rekao :” Ničim se ne može opravdati ova oružana akcija - okupiranje Čehoslovačke od strane trupa tih zemalja. Mešanje u unutrašnje stvari čehoslovačkog naroda i njegove KP, oružana intervencija u Čehoslovačkoj predstavlja težak udarac interesima jedinstva socijalističkog sistema, međunarodnog komunističkog i radničkog pokreta, ugledu socijalizma u čitavom svetu, stvari mira.”

Ipak najoštriji rečnik imala su saopštenja Pekinga i Tirane. Premijer Ču En Laj nazvao je agresiju na Čehoslovačku „najtipičnijim primerom politike fašističke vlasti predstavljene u sovjetskoj revizionističkoj kliki./.../ To je tačno ono isto što je ranije učinio Hitler svojom agresijom na Čehoslovačku i sada američki imperijalizam agresijom na Vijetnam“, ocenjujući da se rukovodstvo SSSR „odavna degenerisalo u socijal-imperijalizam i socijal-fašizam“. Radio - Tirana ovako je prokomentarisala intervenciju : “ Čehoslovački narod neće se pomiriti sa okupacijom i neće dopustiti da ga obmanu ni čehoslovački revizionistički lideri, koji su ga izdali, kao ni sovjetski revizionisti, koji su okupirali njegovu zemlju silom oružja, kao ni imperijalisti i drugi reacionari, koji prolivaju „krokodilske suze“. Svi oni su u stvari neprijatelji čehoslovačkog naroda i socijalizma.”<sup>8</sup>

---

8 N. Ž.Petrović, str. 18–20. /Dokumenti : Arhiv Jugoslavije, 507, fasc. 11, IX, 22/ II - 148, listovi 20–42. (za strane reakcije); Arhiv MIP Srbije, Politički arhiv - Čehoslovačka, 1968, fasc. 26, dosije 14, br. 446747 (izjava SIV-a)/

## SAVET BEZBEDNOSTI I KRIZA U ČEHOSLOVAČKOJ

Zahtev za sazivanje hitne sednice Saveta bezbednosti formalno je podnela Danska u dogovoru sa ostalim zapadnim članicama ovog tela. Prva sednica posvećena Čehoslovačkoj održana je već 21. avgusta. Kod izjašnjavanja o stavljanju na dnevni red (u proceduralnim pitanjima ne postoji veto), odlučeno je sa trinaest glasova za i dva protiv (SSSR i Mađarska) da se otpočne sa pretresanjem stanja. Međutim, očekivano, sovjetski predstavnik Jakov Malik uložio je veto na predlog rezolucije kojim se zahtevalo poštovanje suvereniteta i integriteta ČSSR te ne preduzimanje akata nasilja i povlačenje stranih trupa. Osim SSSR još je Mađarska bila protiv dok su se uzdržali predstavnici Indije, Alžira i Pakistana.

Jugoslovenski predstavnik (šef stalne misije pri OUN), Anton Vratuša učestvovao je u debati iako SFRJ tada nije bila zastupljena u Savetu bezbednosti niti se mogla smatrati posebno zainteresovanom stranom u konfliktu. Vratuša je, shodno dobijenim instrukcijama iz Beograda, osudio intervenciju kao flagrantno kršenje Povelje UN i normi međunarodnog prava. Takođe je oponirao argumentima koje je iznosio sovjetski predstavnik da se radilo o legitimnom pravu na „kolektivnu samoodbranu“. Prema jugoslovenskom iznetom stavu : *nikakvi principi socijalizma ne mogu biti opravdanje za gaženje suvereniteta i okupaciju suverene države.*<sup>9</sup> Sovjetski ambasador u Savetu bezbednosti pozivao se na Glavu VII /„Akcije u slučaju pretnje miru, povrede mira i akata agresije“/, član 51 koji navodimo u celosti :

*„Ništa u ovoj Povelji ne umanjuje urođeno pravo na individualnu ili kolektivnu samoodbranu u slučaju oružanog napada protiv člana Ujedinjenih nacija, dok Savet bezbednosti ne preduzme mere potrebne za očuvanje međunarodnog mira i bezbednosti. O merama koje preduzmu članovi pri vršenju ovoga prava na samoodbranu biće odmah izvešten Savet bezbednosti i one neće ni na koji način da dovedu u pitanje ovlašćenja i odgovornost Saveta bezbednosti da po ovoj Povelji preduzme u svako doba takvu akciju ako je smatra nužnom radi održanja ili vaspostavljanja međunarodnog mira i bezbednosti.“* / Podvukao N. P./

Takođe je Glava VIII / „Regionalni sporazumi“/ mogla da pruži elemente za intervenciju u cilju očuvanja mira i bezbednosti. Članom

<sup>9</sup> 9 N. Ž. Petrović, str. 21. /Dokumenti : Arhiv Jugoslavije, 507, fasc. 11, IX, 22/ II - 148, listovi 79–80; Arhiv MIP Srbije, PA-OUN, 1968, fasc. 200, dosije 1, br. 418157; 429253./

52 Povelje omogućuje se stvaranje regionalnih sporazuma radi održanja međunarodnog mira i bezbednosti. “ Savet bezbednosti podstiče razvoj mirnog rešavanja lokalnih sporova posredstvom takvih regionalnih sporazuma ili takvih regionalnih agencija na inicijativu zainteresovanih država ili na poziv Saveta bezbednosti“. (čl. 52, stav 3). Ipak, Savet bezbednosti ima prava prema čl. 34 i 35 Povelje, da ispituje svaki spor ili svaku situaciju koja bi mogla ugroziti svetski mir nezavisno od ovakvih regionalnih sporazuma i njihovih aranžmana (čl. 52, stav 4).

„1. Savet bezbednosti, kad god je celishodno, koristi takve regionalne sporazume ili agencije za prinudnu akciju pod svojim rukovodstvom. Ali, bez odobrenja Saveta bezbednosti, neće po regionalnim sporazumima niti preko regionalnih agencija biti preduzeta nijedna prinudna akcija, izuzev mere protiv svake neprijateljske države kao što su one definisane u stavu 2 ovog člana, predviđenih u skladu sa članom 107 ili u regionalnim sporazumima usmerenim protiv obnavljanja agresivne politike bilo koje države, sve dok Organizacija ne bude mogla, na traženje zainteresovanih vlada, da preuzme na sebe odgovornost za suzbijanje nove agresije takve države.

2. Izraz „neprijateljska država“ kako je upotrebljen u stavu 1 ovog člana primenjuje se na svaku državu koja je u toku Drugog svetskog rata bila neprijatelj bilo kog potpisnika ove Povelje.” / čl. 53 /

U vezi sa gornjim navedimo još da je članom 107 Povelje OUN predviđeno :

„Ništa u ovoj Povelji ne obavezuje niti sprečava akciju u odnosima na ma koju državu koja je za vreme Drugog svetskog rata bila neprijatelj bilo koje države potpisnice ove Povelje, preduzetu ili odobrenu - kao posledicu tog rata - od vlada odgovornih za takvu akciju.”

Očigledno da se jednim „kreativnim tumačenjem“ moglo obrazložiti da je Varšavski ugovor jedan regionalni sporazum (baš kao i NATO) i da je u konkretnom slučaju on mogao i morao intervenisati protiv pokušaja narušavanja mira i bezbednosti nastojanjem agresivnih i revanšističkih krugova iz SR Nemačke ( „neprijateljska zemlja “ iz člana 107; SRN je tek 1973. istovremeno sa NDR primljena u Svetsku organizaciju), koji su zapretili svetskom miru i bezbednosti pa su preduzete mere da do toga ne dođe. Zapravo : intervencija je bila očuvanje status quo nastalog kao

posledica Drugog svetskog rata, jer se ni logički niti politički nije moglo pretpostaviti da bi unutrašnja promena režima u Čehoslovačkoj (prelazak iz sistema „narodne demokratije“ u „buržoasku demokratiju“; prelazak iz sistema državnog planiranja na sistem liberalnog kapitalizma), mogao a da se ne odrazi na status ČSSR u regionalnom ugovoru kakav je Varšavski pakt! Zamlja koja bi uvela „zapadni sistem“ više ne bi mogla ipso facto da ostane u vojnom savezništvu sa ostalim socijalističkim zemljama! Izlaskom jedne države počeo bi da se kruni čitav ovaj „ regionalni savez “ a to bi moglo da dovede do ugrožavanja svetskog mira i bezbednosti. / Uostalom, događaji 1989 - 1990, pokazali su da uprkos sinhronim promenama sistema u svim članicama Varšavskog ugovora - prelaskom na parlamentarnu demokratiju i kapitalizam - ovaj nije mogao opstati već se samoraspustio!!!/.

#### ZAVRŠNA RAZMATRANJA I ZAKLJUČCI

Vojna intervencija pet armija VU u Čehoslovačkoj 1968. godine predstavlja jedan od događaja koji su obeležili epohu „hladnog rata“ u Evropi. Obzirom da je protekla bez otpora državnih organa prinude (armije i milicije), može se konstatovati kako je zapravo izvršen državni udar spolja. Pučisti, iako nisu smenili niti jednog rukovodioca, niti su raspustili bilo koji organ vlasti, uspeli su u nameri da spreče razvoj političkih događaja koji je od Januarskog plenuma vodio promeni njenog društvenog uređenja a to bi neminovno rezultiralo napuštanjem VU. Pri tome se SSSR i VU rukovodio logikom očuvanja saveza ali i ravnoteže i svetskog mira. Valja još naglasiti da je pre avgusta 1968. *Čehoslovačka bila jedina od onih zemalja članica VU koje se neposredno graniče sa suparničkim blokom (SR Nemačkom), a da nije imala stalno razmeštene strane (Sovjetske) trupe.*

***Nakon “Praškog proleća “ i invazije u ČSSR su razmeštene snažne vojne jedinice Sovjetske armije koje su prema ugovoru sklopljenom u Pragu 16. oktobra 1968. ostale tu sve do raspada Varšavskog ugovora 1990. godine!!!*** <sup>10</sup> Zapad, pre svih SAD, prihvatio je uz manje verbalno neslaganje intervenciju po rezonu blokovskih interesa i sfera uticaja. Naravno, intervencija je bila obilato iskorišćena propagandno radi suzbijanja uticaja domaće levice.

<sup>10</sup> “ *Sporazum vlada ČSSR i SSSR o uslovima privremenog boravka trupa SSSR na teritoriji ČSSR*“ (Tekst ugovora v. u Arhivi Vojnoistorijskog instituta, arh. jedinica 20047, fasc. I, r. br. 5 ili u Arhivi Jugoslavije, 507, fasc. 11, IX, 22/ II - 161. )

Može se zaključiti da je pogrešno doktrinu *ograničenog suvereniteta* posmatrati kao isključivo sovjetsku, mada se kao takva podrazumevala. U vezi sa ovim konstatujemo da je „ograničenost suvereniteta“ (iako pravnički nonsens - država je po definiciji suverena ili uopšte nije suverena, ne postoji „ograničeni suverenitet“ jer to onda nije nikakav suverenitet niti država!), zapravo sadržana u Povelji OUN! Tako se u Glavi V / “ Savet bezbednosti “/ član 24, stav 1 kaže :

„Da bi se obezbedila brza i efikasna akcija Ujedinjenih nacija, njihovi članovi poveravaju Savetu bezbednosti prvenstveno odgovornost za održanje međunarodnog mira i bezbednosti i saglašavaju se da Savet bezbednosti deluje u njihovo ime pri sprovođenju svojih dužnosti na osnovu ove odgovornosti.”

Dok se u članu 25 u vezi iznetog konkretizuje :

„Članovi Ujedinjenih nacija saglasni su da prihvate i izvršavaju odluke Saveta bezbednosti u saglasnosti sa ovom Poveljom. “ / Podvukao N. P. /

Iz ovoga se može zaključiti da se država-članica Svetske organizacije, barem u međunarodnim poslovima, *odrekla suvereniteta* čim se prihvatajući Povelju *unapred obavezala* da će u slučaju međunarodnog spora *primiti rešenje Saveta bezbednosti kao konačno*. Posebno je pravničko pitanje i problem da li se taj „suverenitet spolja“ (u međudržavnim odnosima) može odvojeno posmatrati od „suvereniteta unutra“ (u odnosu države prema svojim građanima) ?! Prema klasičnim, liberalnim viđenjima suverenitet države je nedeljiv i jedinstven - država koja u međunarodnim odnosima nije suverena uopšte nije suverena, ona kao da ne postoji!

Zapravo sve konsekvence ovakvog razvoja posle 1945. godine logičan su kraj nacionalnog suvereniteta i put ka stvaranju Novog svetskog poretka (Novus Ordo Saeclorum, One World, New Age).

**Nenad Ž. Petrović, PhD;**  
*Institute of Strategic Researches,*  
*Belgrade*

## **DOCTRINE OF „LIMITED SOUVEREIGNTY” IN THE COLD WAR ON THE EXAMPLE OF CZECHOSLOVAKIA IN THE YEAR OF 1968**

*The best known example of practice of the doctrine of limited sovereignty is related to the intervention of the group of states, members of the Warsaw pact in Czechoslovakia in 1968. However, the author shows us that such doctrine doesn't stop to be actual neither in the nowadays world in which a long time ago there are no more countries of the so-called real socialism neither the USSR. On the contrary, the tendencies of the establishment of a new supra-national order which is formed after the Second World War, demonstrate that such a doctrine is very possible also in the world in which the democracy as a generally accepted political ideal dominates.*

*KEY WORDS: limited sovereignty, cold war, Czechoslovakia, OUN, New world orders*

**Ivana Rakić**

Stipendista Ministarstva nauke Srbije

Magistrant

Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Primitljeno 01.06.2008.

udk: 341.645.2

## MEĐUNARODNI SUD PRAVDE

*Međunarodni sud pravde je glavni sudski organ Ujedinjenih nacija koji postupa u skladu sa Statutom kao sastavnim delom Povelje UN i Pravilnikom o vođenju postupka. Od 1946. godine, kada je zamenio Stalni sud međunarodne pravde osnovan pod pokroviteljstvom Društva naroda, Međunarodni sud pravde deluje kao nezavisno sudsko telo u čiju nadležnost spada rešavanje sporova između država i davanje savetodavnih mišljenja o pravnim pitanjima.*

*Njegovo osnivanje predstavlja vrhunac dugog razvoja mirnog rešavanja sporova, tako da je danas sudsko rešavanje sporova široko prihvaćen i utemeljen način mirnog rešavanja sporova.*

*Ključne reči: Međunarodni sud pravde; Povelja UN; rešavanje sporova*

Prve ideje o stvaranju jednog međunarodnog suda koji bi bio nadležan ne samo za rešavanje sporova između država, već i za i davanje savetodavnih mišljenja javile su se u periodu nakon usvajanja Haške konvencije o mirnom rešavanju međunarodnih sporova od 1899, odnosno 1907. godine i ustanovljavanja Stalnog arbitražnog suda 1900. godine, a do osnivanja jednog takvog suda je došlo posle Prvog svetskog rata, kada je ustanovljen Stalni sud međunarodne pravde, prvi svetski sud u istoriji.

Pošto je Paktom Društva naroda bilo predviđeno osnivanje Stalnog suda međunarodne pravde, Savet Društva naroda je 1920. godine obrazovao Savetodavni komitet pravnika koji je imao za cilj da sačini plan konstituisanja Stalnog suda međunarodne pravde. Plan konstituisanja je iste godine bio podnet na odobrenje Prvoj skupštini Društva naroda, da bi u septembru 1921. godine na snagu stupio Statut Stalnog suda međunarodne pravde.

Značaj Stalnog suda međunarodne pravde se ogleda u tome što je dao veliki doprinos razvoju međunarodnog prava, a ono što je najznačajnije jeste da je Stalni sud učvrstio svest o mogućnosti i potrebi jednog stalnog međunarodnog sudskog organa kao dela političke organizacije međunarodne zajednice.<sup>1</sup>

Izbijanje Drugog svetskog rata je ozbiljno uticalo na rad Stalnog suda međunarodne pravde koji već nekoliko godina nije bio korišćen u onoj meri u kojoj se to očekivalo. Nakon poslednje sednice, održane 4. decembra 1939. godine, Stalni sud međunarodne pravde zapravo nije postupao ni u jednom sporu niti su održani izbori za sudije Suda. Sud se 1940. godine premestio u Ženevu, a u sedištu Suda u Hagu je ostao samo jedan sudija, zajedno sa nekoliko službenika nemačke nacionalnosti.<sup>2</sup>

U ovakvim okolnostima postavilo se pitanje dalje sudbine Stalnog suda međunarodne pravde, jer je posle napuštanja ideje da se proširi nadležnost Stalnog suda postalo jasno da posle rata treba stvoriti novi sud koji bi bio zasnovan na Statutu Stalnog suda međunarodne pravde. Istovremeno, predloženo je da novi sud zadrži nadležnost za davanje savetodavnih mišljenja, da prihvatanje nadležnosti suda ne bude obavezno i da sud ne postupa u sporovima koji su u suštini politički.<sup>3</sup> Ovi predlozi su učvrstili ideju, koja se u međuvremenu pojavila, o osnivanju univerzalne političke organizacije koja bi u svojoj strukturi imala i međunarodni sud pravde. Tako je došlo do održavanja Osnivačke konferencije Ujedinjenih nacija u San Francisku 1945. godine koja je usvojila Povelju UN i Statut Međunarodnog suda pravde. Na Konferenciji je odlučeno da se osnuje potpuno novi sud koji bi bio jedan od glavnih organa UN, zajedno sa Generalnom skupštinom, Savetom bezbednosti, Ekonomskim i socijalnim savetom, Starateljskim savetom i Sekretarijatom UN.

Prilikom odlučivanja o osnivanju novog suda Konferencija u San Francisku se rukovodila sledećim razlozima:

- pošto je zamišljeno da sud bude glavni sudski organ UN, bilo je nepodesno da tu funkciju ostvari Stalni sud međunarodne pravde koji je sve do tada bio povezan sa Društvom naroda;
- stvaranje novog suda je bilo u skladu sa Poveljom UN kojom

1 S.Rosenne: *The Law and Practice of the International Court*, 1985, str. 12. (navedeno prema: Rodoljub Etinski, *Međunarodno javno pravo*, Novi Sad, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2004, str. 515.)

2 Izvor: <http://www.icj-cij.org>

3 *Ibid.*

je predviđeno da su sve članice UN *ipso facto* i stranke Statuta Međunarodnog suda pravde;

- nekoliko država koje su bile potpisnice Statuta Stalnog suda međunarodne pravde nisu učestvovala na Konferenciji u San Francisku, i obrnuto, nekoliko država koje su učestvovala na Konferenciji nisu bile potpisnice Statuta;
- postojalo je uverenje da je Stalni sud međunarodne pravde bio deo jednog starog poretka u kome su evropske zemlje imale političku i pravnu dominaciju u međunarodnoj zajednici, i da bi stvaranje novog suda omogućilo državama van Evrope da ostvaruju svoju sve uticajniju ulogu.<sup>4</sup>

Ipak, Konferencija je pokazala da treba održati izvestan kontinuitet sa prošlošću, posebno jer je i sam Statut Stalnog suda međunarodne pravde zasnovan na ranijem iskustvu, i da je bolje ne menjati nešto što je dobro funkcionisalo. Zbog toga je u Povelji UN izričito navedeno da je Statut Međunarodnog suda pravde zasnovan na Statutu Stalnog suda međunarodnog suda pravde.<sup>5</sup>

Odluka da se osnuje Međunarodni sud pravde podrazumevala je istovremeno, postepeno nestajanje Stalnog suda međunarodne pravde – preduzete su sve neophodne mere za prenos arhive i prenos nadležnosti na novi Međunarodni sud pravde koji je zadržao sedište u Hagu. Stalni sud međunarodne pravde se poslednji put sastao u oktobru 1945. godine, da bi 31. januara 1946. sve sudije podnele ostavke. U aprilu iste godine Stalni sud međunarodne pravde je i formalno prestao da postoji.<sup>6</sup>

Prve sudije Međunarodnog suda pravde su izabrane 6. februara 1946. godine na Prvoj sednici Generalne skupštine i Saveta bezbednosti UN, a prvo zasedanje Suda je održano u aprilu 1946. godine kada je za predsednika Suda izabran sudija Hoze Gustavo Gerero (*José Gustavo Guerrero*), poslednji predsednik Stalnog suda međunarodne pravde. Slučaj *Krfski kanal* je prvi slučaj koji je iznet pred Međunarodni sud pravde. Reč je o sporu koji je pokrenut tužbom Velike Britanije protiv Albanije.<sup>7</sup>

---

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

## SASTAV I ORGANIZACIJA SUDA

Međunarodni sud pravde se sastoji od 15 sudija. Oni nisu predstavnici svojih država, već se biraju iz reda ličnosti visokih moralnih osobina koje ispunjavaju uslove da u svojim zemljama zauzimaju najviša sudska zvanja ili su priznati pravni stručnjaci međunarodnog prava.

Prilikom izbora sudija vodi se računa o tome da u Sudu preko sudija budu zastupljeni najvažniji oblici civilizacije i glavni pravni sistemi, uz ograničenje da dvojica sudija ne mogu biti državljani iste države. Međutim, i pored uslova po kome se sudije biraju bez obzira na državljanstvo, običaj je da se u Sud biraju državljani stalnih članica Saveta bezbednosti.

Sudije Međunarodnog suda pravde biraju Generalna skupština i Savet bezbednosti UN sa liste kandidata koji su predloženi od strane nacionalnih grupa Stalnog arbitražnog suda. Članice UN koje nemaju predstavnike pri Stalnom arbitražnom sudu svoje kandidate predlažu preko nacionalnih grupa formiranih u tu svrhu od strane njihovih vlada. Naime, najmanje tri meseca pre dana izbora Generalni sekretar UN pismeno obaveštava članove Stalnog arbitražnog suda koji predstavljaju stranke Statuta, kao i članove nacionalnih grupa onih država koje nisu članovi Stalnog arbitražnog suda i poziva ih da u određenom roku predlože ličnosti koje su u stanju da se prime dužnosti sudija.<sup>8</sup> Pre nego što pristupe predlaganju kandidata, nacionalnim grupama se preporučuje da se posavetuju sa svojim najvišim sudom, pravnim fakultetima, kao i sa svojim nacionalnim akademijama i nacionalnim odeljcima međunarodnih akademija koji se bave proučavanjem prava.<sup>9</sup> Države koje su stranke Statuta, a koje nisu članice UN, imaju na osnovu rezolucije Generalne skupštine 264 (III) od 8. oktobra 1948. godine ista prava kao i članice u pogledu kandidovanja lica za sudije Međunarodnog suda pravde.<sup>10</sup> Na osnovu primljene liste kandidata Generalni sekretar sastavlja listu po abecednom redu i dostavlja je Generalnoj skupštini i Savetu bezbednosti radi glasanja.

Ovakav način kandidovanja, po uzoru na Stalni sud međunarodne pravde, zasnovan je na sistemu indirektnog kandidovanja posredstvom

8 Čl. 5(1) Statuta

9 Čl. 6. Statuta

10 Milenko Kreća: *Međunarodno javno pravo*, Beograd, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu/Službeni glasnik, 2007, str. 518.

instrumentarija nacionalnih grupa pri Stalnom arbitražnom sudu. Sistem direktnog kandidovanja je svesno odstranjen da bi se minimizirao uticaj političkog momenta prilikom konstituisanja Suda.<sup>11</sup>

Glasanje o predloženim kandidatima za sudije obavlja se nezavisno i istovremeno u Generalnoj skupštini i Savetu bezbednosti, a da bi bio izabran kandidat mora da dobije apsolutnu većinu u oba organa. Tom prilikom stalne članice pri glasanju u Savetu bezbednosti ne mogu da koriste pravo veta. Ukoliko ovu većinu dobiju dva kandidata državljanina iste države, smatraće se izabranim po godinama stariji kandidat.

Ukoliko se desi da prilikom glasanja neki od kandidata ne dobiju potrebnu većinu, pa mesta ostanu nepopunjena, glasanje se može ponoviti na isti način još dva puta. Ako i posle trećeg glasanja ostane neko nepopunjeno mesto, može se na zahtev Generalne skupštine i Saveta bezbednosti obrazovati zajednička komisija od šest članova (tri člana imenuje Generalna skupština, a tri člana Savet bezbednosti), u cilju da se za svako nepopunjeno mesto izabere apsolutnom većinom glasova jedan kandidat, koji će se predložiti Generalnoj skupštini i Savetu bezbednosti da ga izaberu po uobičajenoj proceduri. Ako zajednička komisija postigne jednoglasnost u pogledu neke ličnosti, ta ličnost se može predložiti čak i ako nije bila na listi predloženih kandidata koju je sastavio generalni sekretar na osnovu predloga nacionalnih grupa. Ako komisija ustanovi da neće uspeti pri izboru, onda već izabrane sudije u roku koji odredi Savet bezbednosti popunjavaju slobodna mesta, vršeći izbor među onim kandidatima koji su dobili barem jedan glas u Generalnoj skupštini ili Savetu bezbednosti.<sup>12</sup>

Sudije Međunarodnog suda se biraju na period od 9 godina uz mogućnost reizbora, a kako bi se osigurao personalni kontinuitet u radu Suda svake treće godine se bira trećina sudija. Prilikom stupanja na dužnost svaki sudija svečano izjavljuje da će svoju dužnost vršiti nepristrasno i savesno.

U vršenju svoje službe sudije su nezavisne i ta nezavisnost im je višestruko garantovana:

1) Sudije uživaju diplomatske privilegije i imunitete u obimu koji odgovara onima koje međunarodno pravo priznaje šefovima diplomatskih misija;

2) Sudije imaju pravo na naknadu za svoj rad, kao i na pokrivanje

11 *Ibid.*, str. 517.

12 Čl. 12. Statuta

troškova u vezi sa vršenjem sudijske dužnosti;

3) Sudija ne može biti opozvan sa svoje dužnosti, sem kad je, po jednoglasnom mišljenju ostalih članova, prestao da ispunjava potrebne uslove.

Sudijama je zabranjeno vršenje političkih i upravnih funkcija, kao i obavljanje bilo kakvog posla profesionalne prirode. Takođe, ne mogu ni u jednom sporu biti zastupnici, savetnici ili advokati, niti mogu učestvovati u rešavanju sporova u kojima su ranije bili zastupnici, savetnici ili advokati jedne od stranaka, kao članovi domaćeg ili međunarodnog suda, anketne komisije, ili u bilo kom drugom svojstvu. Ako neki sudija smatra da iz bilo kog razloga ne treba da učestvuje u rešavanju spora, obavestiće o tome predsednika Suda, a ako predsednik to misli za nekog člana Suda upozoriće ga na to. Ako dođe do njihovog neslaganja, problem će se rešiti odlukom Suda.

Iz reda sudija biraju se predsednik i potpredsednik na 3 godine uz mogućnost reizbora. Sud imenuje sekretara (*Registrar*) koji ima dvostruke funkcije – sudske i diplomatske, s jedne strane, i administrativne, s druge. U statusnom pogledu sekretar Suda je izjednačen sa pomoćnikom Generalnog sekretara UN.<sup>13</sup>

Pravilo je da Sud zaseda u punom sastavu i tada kvorum čine devetorica sudija. Međutim, postoji mogućnost da se uz pristanak stranaka u sporu postupak vodi pred većima. Ovo se čini radi izvesne specijalizacije unutar Suda po vrstama sporova, odnosno radi ubrzavanja sudskog postupka.<sup>14</sup> Sud može na ovaj način da obrazuje jedno ili više veća za posebne vrste sporova (npr. radne sporove ili sporove u vezi sa tranzitom ili saobraćajem) koja se sastoje od najmanje trojice sudija, prema odluci Suda. Zatim, Sud može da obrazuje veće koje će se baviti određenim predmetom i uz saglasnost stranaka određuje broj sudija u tom veću. Na kraju, postoje i veća sastavljena od petorice sudija koja Sud obrazuje svake godine i koja sude i odlučuju o sporovima po skraćenom postupku. Presuda izrečena od strane ovih veća ima jednaku pravnu snagu kao i presuda koju izriče Sud u punom sastavu.

Statutom je predviđeno da sudije koji su državljani svake od parničnih strana zadržavaju pravo da učestvuju u pokrenutom sporu pred sudom.<sup>15</sup> Ukoliko neki od sudija u veću ima državljanstvo jedne od

13 Kreća, *op.cit.*, str. 519.

14 Etinski, *op.cit.*, str. 518.

15 Čl. 31(1) Statuta

parničnih strana, druga strana u sporu ima pravo da odabere jedno lice koje će učestvovati u sporu u svojstvu *ad hoc* sudije. Ako se desi da u veću nema nijednog sudije koji ima državljanstvo neke od strana u sporu, svaka strana može odabrati po jednog *ad hoc* sudiju. Ako u sporu učestvuje više od dve stranke, one stranke koje imaju isti pravni interes biraju zajednički jednog sudiju. Izbor *ad hoc* sudija se prvenstveno vrši među onim ličnostima koje su bile kandidovane za sudije Međunarodnog suda pravde.

Ustanova *ad hoc* sudije ima dvostruku funkciju:

1) da izjednači položaj parničnih stranaka od kojih jedna ima svog državljanina u veću;

2) da konstituiše formalnu jednakost parničnih stranaka kada nijedna od njih nema sudiju svog državljanina u veću.<sup>16</sup>

S obzirom na to da *ad hoc* sudije učestvuju u donošenju odluke potpuno ravnopravno sa ostalim sudijama, države ispoljavaju veću dozu spremnosti da prihvate nadležnost Suda ukoliko su u njemu zastupljeni i državljani, ne zbog toga što bi u njima gledali zastupnike svojih interesa, već kao garanciju da će nacionalna gledišta biti pravno izložena.<sup>17</sup>

Iz svega navedenog se može zaključiti da sastav Suda nije stalan, već se menja od spora do spora, u zavisnosti od toga da li sud zaseda plenarno ili u veću, zatim, od broja sudija koji učestvuju u sporu, kao i od faze u kojoj se postupak nalazi.<sup>18</sup>

## NADLEŽNOST SUDA

Kao kod svakog suda, tako se i kod Međunarodnog suda pravde govori o personalnoj i stvarnoj nadležnosti, tj. ispituje se koji se pravni subjekti mogu pojaviti pred Sudom i za koje predmete.<sup>19</sup> Kada se nadležnost Suda ograniči na određeni vremenski period, tada se može govoriti i o vremenskoj nadležnosti. To znači da se nadležnost Suda, iako predstavlja nedeljivu kategoriju, može odrediti kao nadležnost *ratione personae*, nadležnost *ratione materiae* i nadležnost *ratione temporis*.

16 Kreća, *op.cit.*, str. 519.

17 *Ibid.*, str. 520.

18 Broj sudija koji postupaju u određenom sporu ne mora biti nužno 15, već može biti i manji ako iz bilo kog razloga neki od sudija ne učestvuje u postupku. Međutim, u sporu može postupati i 16 i 17 sudija tamo gde sude i *ad hoc* sudije. Teorijski, može biti i više od 17 sudija, ako u postupku učestvuje više stranaka koje nemaju isti pravni interes.

19 Juraj Andrassy: *Međunarodno pravo*, Zagreb, „Školska knjiga“, 1990, str. 511.

### Nadležnost *ratione personae*

Pred međunarodnim sudom pravde samo se države mogu pojaviti kao stranke u parničkom postupku. Međutim, nisu sve države ovlašćene da se pojave pred Sudom, zbog toga što je obraćanje Sudu uslovljeno članstvom u Statutu ili podnošenjem deklaracije o prihvatanju nadležnosti Suda.

Sud je, pre svega, otvoren za one države koje su članice Statuta. *Ipsa facto*, to su sve države članice UN, a države nečlanice UN mogu postati članice Statuta pod uslovima koji se određuju u svakom konkretnom slučaju po podnošenju zahteva za pristupanje Statutu.<sup>20</sup> Države koje nisu članice Statuta mogu se pojaviti pred Sudom pod uslovima koji su određeni rezolucijom Saveta bezbednosti 9 (1946) od 15. oktobra 1946. godine. Zainteresovana država u tu svrhu podnosi deklaraciju (deponuje izjavu) kojom prihvata nadležnost Suda u skladu sa Poveljom, Statutom i Pravilima Suda i obavezuje se da savesno izvrši odluke Suda i da preuzme sve obaveze koje članice UN imaju na osnovu čl. 94. Povelje. Ova izjava može biti opšta (odnosi se na buduće sporove određene vrste ili za sve buduće sporove) ili posebna (odnosi se na spor ili sporove koji su već nastali).<sup>21</sup>

Države nemaju stalne predstavnike pri Sudu, tako da sa Sudom komuniciraju preko ministra spoljnih poslova ili ambasadora akreditovanog u Holandiji. Kada se pojave kao stranke u sporu, pred Sudom ih predstavljaju zastupnici koji su ovlašćeni da preuzimaju sve formalne akte u ime države. Kao zastupnici obično se imenuju ambasadori akreditovani u Hagu i pravni savetnici u ministarstvima spoljnih poslova.

U sporu pred Sudom se kao parnične stranke ne mogu pojaviti pojedinci ni međunarodne organizacije. Međutim, to ne znači da se ne mogu voditi sporovi koji se tiču zaštite prava i interesa pojedinaca, kao ni da međunarodne organizacije nemaju nikakvu procesnu ulogu.

Sud je u mnogim sporovima rešavao o privatnim interesima. U tim sporovima država je na sebe preuzimala zaštitu interesa svojih državljana

---

20 To su sledeći uslovi: izjava države da prihvata odredbe Statuta, izjava da prihvata se obaveze koje članice UN imaju na osnovu čl. 94. Povelje UN i izjava da učestvuje u snošenju troškova Suda.

21 O mogućnosti da se pred Sudom pojavi država koja nije članica Statuta niti je podnela izjavu o prihvatanju nadležnosti vid. kod: Kreća, *op.cit.*, str. 525; Etinski, *op.cit.*, str. 520-521.

kao svoj interes, tvrdeći da je taj interes povređen kršenjem međunarodnog prava ili neke međunarodne obaveze od strane druge države. Kada je reč o međunarodnim organizacijama, Sud može od njih tražiti relevantne informacije u vezi sa sporovima koji se vode, a one mogu takve informacije pružati i samoinicijativno. Ipak, njihova uloga je značajnija u postupku davanja savetodavnih mišljenja. Tu se razlikuju dve situacije:<sup>22</sup>

1) kada je međunarodna organizacija ovlašćena od Generalne skupštine da traži savetodavno mišljenje o pravnim pitanjima koja proizilaze iz njene nadležnosti. U ovom slučaju međunarodna organizacija ima punu procesnu sposobnost, jer ima mogućnost da u odgovarajućoj formi pokrene savetodavni postupak.

2) kada se međunarodna organizacija pojavljuje pred Sudom na osnovu obaveštenja Suda zato što Sud smatra da je u stanju da pruži podatke o relevantnom pravnom pitanju. U ovom slučaju uloga međunarodnih organizacija je ograničenog karaktera i svodi se na pružanje podataka po pitanju po kome se traži savetodavno mišljenje i na stavljanje primedbi na izjave koje su istim povodom dale druge međunarodne organizacije ili države. Međunarodna organizacija u konkretnom slučaju nastupa u funkciji *amicus curiae*.<sup>23</sup>

### Nadležnost *ratione materiae*

Osnovni zadatak Suda je da rešava pravne sporove između država na bazi primene međunarodnog prava čiji su izvori definisani u čl. 38. Statuta. Pored rešavanja sporova između država, Sud je nadležan i za davanje savetodavnih mišljenja u pogledu pravnih pitanja, i to na osnovu međunarodnog prava.<sup>24</sup>

Sud je nadležan da rešava sve sporove koje stranke iznesu pred njega. On je isto tako nadležan i za sve slučajeve naročito predviđene

22 Vid. kod: Juraj, *op. cit.*, str.513-514.

23 Kreća, *op.cit.*, str. 525.

24 Sud, čiji je zadatak da sporove koji su mu podneti rešava saglasno međunarodnom pravu, primenjuje: a) međunarodne konvencije, bilo opšte ili posebne, kojima ustanovljavaju pravila izričito priznata od država u sporu; b) međunarodni običaj, kao dokaz opšte prakse prihvaćene kao pravo; v) opšta pravna načela priznata od strane civilizovanih naroda; g) pod uslovom odredaba čl. 59, sudske odluke i doktrinu najpozvanijih stručnjaka javnog prava raznih naroda, kao pomoćno sredstvo za utvrđivanje pravnih pravila. Ova odredba ne prejudicira pravo Suda da jedan spor rešava *eh aequo et bono*, ako stranke u sporu na to pristanu. (Čl. 38. Statuta)

Poveljom UN, ili u konvencijama i ugovorima koji su na snazi.<sup>25</sup> Ali, Sud je u konkretnom sporu nadležan samo ako su države u sporu odlučile da prihvate nadležnost Suda. To znači da se osnov nadležnosti Suda nalazi u dobrovoljnom pristanku strana u sporu. Ovaj osnov proizilazi iz opšteg načela međunarodnog prava da se nijedna država ne može primorati na parničenje bez svog pristanka.<sup>26</sup>

Kada Sud ispituje da li je nadležan ili ne, on, u stvari, ispituje da li u tom smislu postoji pristanak stranaka.<sup>27</sup> On ispituje da li ga je država koja se pojavila pred njim kao strana u sporu ili umešač zaista ovlastila da reši taj spor.<sup>28</sup>

Sporazum stranaka o nadležnosti Suda može biti postignut na različite načine:

1) Kompromis predstavlja saglasnost država da Međunarodnom sudu pravde povere rešavanje spora koji je već nastao. Reč je o pristanku na nadležnost Suda za konkretan slučaj.

2) Kompromisna klauzula je odredba sadržana u brojnim međunarodnim ugovorima koja predviđa da se sporovi u vezi sa primenom ili tumačenjem tih ugovora iznesu pred Međunarodni sud pravde. Ova odredba može biti sastavni deo ugovora (npr. Konvencija o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida), a može se sklopiti i poseban sporazum, najčešće kod multilateralnih ugovora, koji se u vidu protokola ili aneksa priključuje osnovnom ugovoru. Ovim se omogućava da neke države potpišu obaveznu nadležnost Suda, a da druge ne budu time obavezane. Isto se može postići i time što se potpisnicama dopušta da na odnosnu odredbu ugovora stave rezervu.<sup>29</sup>

3) Pošto su prilikom izrade Statuta odbačeni predlozi da se ustanovi obavezna nadležnost Suda za sve sporove pravne prirode, čl.36. Statut je

---

25 Najčešće vrste sporova koji se javljaju pred Sudom su: teritorijalni sporovi, diplomatska zaštita, nedozvoljena upotreba sile, rad međunarodnih organizacija i sudova i diplomatsko-konzularni sporovi. Vid. kod: Sanja Đajić: „Rešavanje sporova u međunarodnom javnom pravu“, <http://www.pravni.ns.ac.yu/> Poslediplomske–studije–medj–javno–resavanje–sporova.doc , 25.2.2008, str. 29-31.

26 Branimir M. Janković i Zoran Radivojević: *Međunarodno javno pravo*, Beograd, „Stručna knjiga“, 1991, str. 329. Isto i Etinski, *op.cit.*, str. 521: „Posledica suverene jednakosti država jeste da je međunarodna sudska nadležnost uvek konsenzualna, to je uvek stvar pristanka država“.

27 Kreća, *op.cit.*, str. 520.

28 Etinski, *op.cit.*, str. 524.

29 Juraj, *op.cit.*, str. 514.

predvideo mogućnost da države dobrovoljno prihvate nadležnost Suda. Prihvatanjem tzv. fakultativne (opcione) klauzule, države se jednostranom izjavom volje obavezuju da će za sve njihove sporove biti nadležan Međunarodni sud pravde, odnosno u svim pravnim sporovima koji se odnose na: a) tumačenje nekog ugovora; b) svako pitanje međunarodnog prava; v) postojanje bilo koje činjenice koja bi, ako se utvrdi, predstavljala kršenje neke međunarodne obaveze; g) na prirodu ili veličinu dužne naknade zbog kršenja neke međunarodne obaveze. Kada se prihvati obavezna nadležnost Suda, ona postaje obavezna za sve nabrojane sporove prema svakoj državi koja je potpisala istu takvu izjavu.

Država može prihvatiti obaveznu nadležnost Suda ili bezuslovno ili određivanjem granica nadležnosti putem rezervi. Ograničavanje nadležnosti putem rezervi može biti trojako:

a) rezervom *ratione personae* države koje su prihvatile obaveznu nadležnost Suda izuzimaju nadležnost Suda za sporove sa određenom državom putem opštih formulacija, koje mogu biti pozitivne ili negativne.

b) rezervom *ratione materiae* se iz nadležnosti Suda izuzimaju određene kategorije sporova. Najčešće su to sporovi u vezi sa pitanjima koja spadaju u domen unutrašnje nadležnosti, zatim sporovi za koje je predviđen neki drugi način mirnog rešavanja i dr.

v) rezervom *ratione temporis* se iz nadležnosti Suda ili izuzimaju sporovi koji su nastali pre ili posle određenog datuma, ili se određuje rok važenja izjave kojom se prihvata nadležnost Suda, uz mogućnost automatskog produžavanja.

Izjave o prihvatanju nadležnosti Suda se deponuju kod Generalnog sekretara UN koji prepise izjava dostavlja članicama Statuta i sekretaru Suda. Nadležnost se prostire samo na države koje su prihvatile fakultativnu klauzulu i to samo u obimu u kome se njihove izjave poklapaju.<sup>30</sup>

4) *Forum prorogatum* predstavlja prećutno datu saglasnost na nadležnost Suda kada se država (koja u momentu nastanka spora nije priznala nadležnost) upusti u rešavanje spora bez isticanja prigovora nenadležnosti Suda.

Pošto se zasniva na sporazumu stranaka, nadležnost Suda je uvek ograničenog karaktera, tj. postoji samo u onoj meri u kojoj su je stranke

30 Izjave date prema čl. 36. Statuta Stalnog suda međunarodne pravde, a koje su na snazi, smatraju se među strankama Statuta Međunarodnog suda pravde kao prihvatanje obavezne nadležnosti Međunarodnog suda pravde do isteka njihovog roka i u skladu sa njihovim odredbama.

prihvatile.<sup>31</sup> Zato Sud mora ispitati da li je spor iznet pred njega onaj spor u pogledu koga su države dale svoju saglasnost da ga reši.<sup>32</sup>

Sud može raspravljati i one sporove koji se odnose na pitanja unutrašnjeg prava ako odgovarajuće zadovoljenje nije ostvareno posredstvom sudova u unutrašnje pravnom poretku. To su, po pravilu, situacije kada neko strano fizičko ili pravno lice bude oštećeno radnjama ili propustima organa domaće države pa, nakon što nije uspelo da ostvari zadovoljenje sredstvima koje predviđa unutrašnji pravni poredak države štetnika, zahteva od svoje države da se supstituiše umesto njega u međunarodnom pravu. Sud se isto tako može upustiti u tumačenje pravila unutrašnjeg prava povodom rešenja onih pitanja koja su incidentna ili prethodna u odnosu na pitanja međunarodnog prava koje je Sud pozvan da rešava. Sud je nadležan i da raspravlja sporove u pogledu činjenica ako se radi o ustanovljenju činjenica koje bi, ako se njihovo postojanje utvrdi, predstavljale povredu neke međunarodne obaveze.<sup>33</sup>

Nadležnost Suda da rešava sporove obuhvata i nadležnost Suda da rešava incidentna pitanja (incidentna nadležnost). Samim aktiviranjem Suda po nekom pravnom pitanju, Sud stiče ovlašćenje da raspravlja o sporednim pitanjima i u tom pogledu mu nije posebno potrebna saglasnost stranaka. Pod sporednim (incidentnim) pitanjima se podrazumevaju sva ona pitanja koja se tiču merituma, ali ne ulaze u suštinu predmeta spora. U teoriji i praksi se pod sporednim pitanjima podrazumevaju: zahtev za privremenim merama, prethodni prigovori, zahtev za mešanje u postupak (intervencija), specijalno obraćanje Sudu, protivzahtev, spajanje postupka, prekid postupka, zahtev za tumačenjem presude i zahtev za ponavljanjem postupka. Sud takođe raspolaze inherentnom nadležnošću da raspravlja o sopstvenoj nadležnosti (*compétence de la compétence*), kao i ovlašćenjem da donosi pravila postupka pred Sudom.<sup>34</sup>

Pored toga što rešava sporove između država, Sud može *davati savetodavna mišljenja* o svakom pravnom pitanju na zahtev bilo kog organa ili ustanove koji su Poveljom UN ili u skladu sa njenim propisima ovlašćeni da traže mišljenje. Prema Povelji, savetodavna mišljenja o svakom pravnom pitanju mogu tražiti Generalna skupština i Savet bezbednosti. Ostali organi UN i specijalizovane agencije mogu tražiti savetodavno mišljenje o pravnim

31 Kreća, *op.cit.*, str. 520.

32 Etinski, *op.cit.*, str. 524.

33 Kreća, *op.cit.*, str. 526-527.

34 Đajić, *op.cit.*, str.27.

pitanjima koja bi se postavila u okviru njihove delatnosti, ukoliko za to dobiju ovlašćenje od strane Generalne skupštine. Savetodavna mišljenja ne mogu tražiti države, niti se savetodavno mišljenje daje državama, već samo organu ili organizaciji koja ga traži.<sup>35</sup>

Ujedinjene nacije i specijalizovane organizacije ne mogu da se pojave pred Sudom kao strane u sporu sa državom članicom, ali mogu da reše ovaj spor traženjem savetodavnog mišljenja. To je bitan razlog za ustanovljavanje instituta savetodavnih mišljenja, ali ne i jedini. Moguća su neslaganja između pojedinih organa UN ili između pojedinih grupa država članica koja bi mogla da parališu rad organizacije te izlaz može da se potraži u savetodavnom mišljenju Međunarodnog suda pravde.<sup>36</sup>

Za razliku od postupka rešavanja sporova, nadležnost Suda u savetodavnom postupku se ne zasniva na konsesualnoj osnovi, tj. sporazumu, već neposredno na Povelji UN. Činjenica da Sud u savetodavnom postupku ne deluje na bazi saglasnosti, ne dira u načelo suverenosti iz dva razloga: prvo, savetodavno mišljenje se ne daje državama niti ga one mogu tražiti i, drugo, savetodavno mišljenje nema obaveznu snagu.<sup>37</sup>

Tela i organizacije koje su od Suda zahtevale da dâ savetodavno mišljenje nisu u obavezi da ga poštuju. Kako, međutim, Sud ima veliki autoritet, to se države i organizacije po pravilu ne ponašaju na način koji je u mišljenju označen kao suprotan Povelji ili nekom međunarodnom instrumentu. Savetodavna mišljenja po svojoj pravnoj prirodi nisu obavezna, ali se poštuju zbog svoje pravne zasnovanosti i autoriteta Suda.<sup>38</sup>

Savetodavno mišljenje nema pravnu moć presude. Zato se može o istom pitanju uvek započeti parnica pred arbitražnim sudom ili i pred samim Sudom, tj. takvom započinjanju parnice ne može se staviti prigovor *rei judicatae*.<sup>39</sup>

### **Nadležnost *ratione temporis***

Nadležnost *ratione temporis* predstavlja izvedenu nadležnost, jer je vezana za nadležnost *ratione materiae* ili *ratione personae*. Zapravo,

---

35 Pošto Sud u savetodavnom postupku deluje kao pravosudni organ, predmet zahteva za davanje savetodavnog mišljenja može biti samo pravno pitanje.

36 Etinski, *op.cit.*, str. 542.

37 Kreća, *op.cit.*, str. 523.

38 *Ibid.*, str. 528.

39 Juraj, *op.cit.*, str. 524.

države u sporazumu o zasnivanju nadležnosti Suda, obično putem rezerve, ograničavaju nadležnost Suda na određeni vremenski period tako što se iz nadležnosti Suda isključuju sporovi proizašli iz činjenica ili situacija koje su nastale pre nego što je sporazum o zasnivanju nadležnosti Suda stupio na snagu. To znači da Sud mora da vodi računa i o vremenskoj dimenziji, tj. mora ispitati da li ovlašćenje kojim su mu strane poverile da reši spor vremenski obuhvata spor iznet pred njega.<sup>40</sup>

U praksi se nadležnost *ratione temporis* tumači ekstenzivno, polazeći od pretpostavke da je Sud nadležan za sve sporove koji su izneti pred njega ukoliko ne postoji izričita odredba. Sud je formulisao i opšte stanovište prema ovoj nadležnosti: „Sud je mišljenja da se u slučaju sumnje, nadležnost koja se zasniva na jednom međunarodnom sporazumu proteže na sve sporove koji su Sudu doneti posle donošenja takvog međunarodnog sporazuma.”<sup>41</sup>

## POSTUPAK PRED SUDOM

Pred Sudom se mogu voditi dve vrste postupaka: postupak u parnicama i postupak za davanje savetodavnih mišljenja.

**Postupak u parnicama** se pokreće na dva načina: saopštenjem (notifikacijom) sporazuma o ustanovljenju nadležnosti Suda i pismenim zahtevom (tužbom). U oba slučaja moraju biti naznačeni predmet spora i parnične stranke.

Ako su stranke postigle sporazum o nadležnosti Suda u konkretnom sporu, saopštenje tog sporazuma mogu da učine obe ili sve strane u sporu ili bilo koja od njih. U tako započetom postupku nema tužioca ni tuženog, već se države određuju kao „strane u sporu“ koje usled neslaganja pristaju da se konkretno pravno i činjenično pitanje reši obavezujućom presudom.<sup>42</sup> Potpisano od strane zastupnika stranke, saopštenje se Sudu obično dostavlja diplomatskim putem i uz njega, po pravilu, ide i propratno pismo ministra spoljnih poslova ili ambasadora te stranke akreditovanog u Hagu.

Ako su se stranke unapred obavezale da će međusobne sporove izneti pred Sud, postupak se pokreće tužbom. Tužba, kao formalni akt, mora

40 Etinski, *op.cit.*, str. 524.

41 *P.C.I.J. Publications, Ser.A. No.2*, str. 35 (navedeno prema: Kreća, *op.cit.*, str. 529.)

42 Đajić, *op.cit.*, str. 28.

da sadrži i odredbu na kojoj se zasniva nadležnost Suda, kao i činjenice i osnove na kojima zasniva tužbeni zahtev. Tužbu potpisuje zastupnik stranke ili diplomatski predstavnik stranke akreditovan u Hagu ili drugo ovlašćeno lice. Početak postupka pred Sudom označava datum upisa tužbe i Upisnik (*General List*).

O pokrenutom sporu sekretar Suda obaveštava sve sudije, sve članice UN, kao i druge države koje su ovlašćene da se pojave pred Sudom tako što im dostavlja kopije posebnog sporazuma ili tužbe.

Postupak se vodi na francuskom ili engleskom jeziku, prema izboru i dogovoru stranaka. U odsustvu sporazuma svaka stranka se može služiti jezikom koji izabere. Presuda se izriče na francuskom i engleskom jeziku, ali Sud određuje koji će se od dva teksta smatrati verodostojnim. Ako se stranke slože o izboru jezika, izborni tekst presude se izdaje na tom jeziku.

Parnične stranke zastupaju zastupnici, a u zastupanju im mogu pomagati savetnici i advokati. Zastupnici, savetnici i advokati uživaju privilegije i imunitete nužne za nezavisno obavljanje njihovih delatnosti.

Postupak u parnicama se sastoji iz pismenog i usmenog dela.

Pismeni postupak se sastoji iz dostavljanja Sudu i parničnim strankama podnesaka, protivpodnesaka i, ako je potrebno, odgovora na protivpodneske, kao i svih dokaznih spisa i isprava.

U zavisnosti od načina pokretanja postupka, pismeni deo se može odvijati simultano ili konsekutivno. Ako je postupak pokrenut saopštenjem posebnog sporazuma o nadležnosti Suda, pismeni deo se odvija simultano. Sam sporazum stranaka obično određuje broj podnesaka i redosled podnošenja. U odsustvu izričite odredbe ili sporazuma stranaka svaka podnosi podnesak (*Memorial*) i protivpodnesak (*Counter memorial*) u utvrđenom roku. Ako je postupak započeo tužbom, pismeni deo se odvija konsekutivno. Tužilac tada podnosi podnesak, atuzena strana odgovara protivpodneskom. Ako se strane slože i ako sud nađe za potrebno, može se dozvoliti i replika tužioca (*Reply*) i duplika tuženog (*Rejoinder*).<sup>43</sup>

Minimalni sadržaj podneska i protivpodneska je utvrđen pravilima postupka. Podnesak treba da sadrži: navođenje relevantnih činjenica, pravni osnov i stanovište ili zaključak. Protivpodnesak treba da sadrži: prihvatanje ili osporavanje činjenica iznetih u podnesku; bilo koje dodatne činjenice ukoliko su neophodne; zapažanja koja se tiču pravnog osnova

43 Kreća, *or.cit.*, str. 533.

društvenog zadatka; pravni osnov navoda u protivpodnesku i stanovište ili zaključak tužene stranke.<sup>44</sup>

Usmeni deo postupka se sastoji iz saslušanja svedoka, veštaka, zastupnika, savetnika i advokata od strane Suda. Zakazuje se naredbom Suda ili predsednika ukoliko Sud ne zaseda. Red zakazivanja rasprava određuje se na osnovu pripremljenosti predmeta za raspravu, a ukoliko je za raspravu pripremljeno više predmeta, merodavno je mesto predmeta u Upisniku. Prioritet se priznaje: a) zahtevu za izricanje privremenih mera, b) postupku davanja savetodavnih mišljenja ukoliko Sud nađe da zahtev za savetodavno mišljenje zaslužuje urgentni tretman.<sup>45</sup>

Raspravom rukovodi predsednik Suda. Ako je on sprečen, tu dužnost vrši potpredsednik, odnosno najstariji sudija. Rasprava pred Sudom je javna, osim ako Sud odredi drugačije ili stranke zatraže da se javnost isključi.

Sud izdaje naredbe o upravljanju postupkom, određuje način i vreme izlaganja stranaka i preuzima sve mere u vezi sa izvođenjem dokaza. Izlaganja treba da budu sažeta i fokusirana na pitanja koja su posle pismene faze ostala nedovoljno objašnjena, a Sud tokom rasprave može postavljati pitanja zastupnicima, savetnicima i advokatima i tražiti od njih objašnjenje. Pre početka rasprave Sud može ukazati strankama na tačke i pitanja na koja treba da obrate posebnu pažnju. Ako se jedna od stranaka ne pojavi pred Sudom ili propusti da brani svoje pravo, druga stranka može tražiti od Suda da odluči u korist njenog zahteva.

Stranke mogu da pozovu svedoke i veštake sa liste koju su pre početka usmene rasprave dostavile Sudu. Svedoke i veštake ispituju zastupnici, savetnici ili advokati, pod kontrolom predsednika Suda. NJima se u toku rasprave postavljaju sva pitanja od značaja za rešenje spora, a mogu ih ispitivati i sudije. Pre davanja iskaza svedoci i veštaci polažu zakletvu. Pošto Sud primi dokaze i izjave svedoka u rokovima određenim u tu svrhu, on može odbiti da primi svaki novi usmeni ili pismeni dokaz koji bi jedna stranka želela da podnese, osim ako druga stranka na to pristane.

Kada zastupnici, savetnici i advokati završe, pod rukovodstvom Suda, svoja izlaganja spornog pitanja, predsednik objavljuje da je rasprava završena. Sud se tada povlači da bi na tajnom većanju doneo presudu. Sve odluke Suda se donose većinom prisutnih sudija, a u slučaju jednake podele glasova, odlučujući glas ima predsednik ili sudija koji ga zamenjuje.

44 *Ibid.*

45 *Ibid.*, str. 534.

Presudu, koja sadrži obrazloženje i imena sudija koji su učestvovali u njenom donošenju, potpisuju predsednik i sekretar. Ona se čita na javnoj sednici, pošto se zastupnici o tome uredno obaveste. Ako presuda, u celini ili delimično, ne predstavlja jednodušno mišljenje sudija, svaki sudija je ovlašćen da izloži odvojeno mišljenje. Odvojeno mišljenje može dati sudija koji je za presudu glasao zbog razloga koji su drugačiji od razloga većine, kao i sudija koji je glasao protiv odluke.

Presuda Suda ima obaveznu snagu samo prema parničnim strankama i u odnosu na taj spor. Presuda je konačna i protiv nje nije dopuštena žalba. U slučaju spora o smislu ili domašaju presude, Sud je tumači na zahtev bilo koje stranke. Svoje tumačenje Sud donosi u obliku presude. Jedini pravni lek koji može upotrebiti stranka koja je nezadovoljna presudom jeste revizija. Zahtev za reviziju presude može se podneti ako se zasniva na otkriću neke nove činjenice od odlučujućeg značaja, koja pri izricanju presude nije bila poznata ni Sudu ni stranci koja se u zahtevu na nju poziva, pod uslovom da ovo nepoznavanje nije posledica nemarnosti te stranke. Postupak revizije se otvara presudom Suda kojom se izričito utvrđuje postojanje nove činjenice, priznajući joj svojstvo da u tom sporu posluži kao osnov za reviziju, i izjavljuje da se po tom osnovu zahtev uvažava. Zahtev za reviziju se može podneti u roku od šest meseci od otkrića nove činjenice, odnosno u roku od deset godina od dana donošenja presude.

U skladu sa opštepriznatim načelom međunarodnog prava da se presude međunarodnog moraju izvršiti, članice UN su preuzele obavezu da će izvršiti odluku Međunarodnog suda pravde u svakom sporu u kome su stranke. U slučaju da neka od strana u sporu ne ispuni obaveze koje proizilaze iz presude, suprotna strana se može obratiti Savetu bezbednosti, koji može dati preporuku ili odlučiti o merama radi izvršenja presude. Savet bezbednosti, međutim, nije puki izvršilac presude, već se kao politički organ zalaže za preduzimanje konkretnih mera procenjujući opasnost koja može nastati po međunarodni mir i bezbednost usled neizvršenja presude Suda.

Postupak u parnicama se, pored presudom, može okončati i povlačenjem tužbe i poravnanjem. Ako je postupak pokrenut tužbom, država koja je podnela tužbu može u svakom trenutku dok druga država ne preduzme prvu procesnu radnju pismeno obavestiti Sud da odustaje od tužbenog zahteva. Ukoliko je tužena strana već preduzela neku procesnu radnju, za prekidanje postupka potrebna je njena saglasnost koju ova može

da dâ (izričito ili prećutno) u roku koji odredi Sud. Stranke mogu u svako doba pre donošenja presude sklopiti i sporazum o poravnanju o kome obaveštavaju Sud, a mogu i uzajamnim sporazumom obavestiti Sud da prekidaju postupak. U oba slučaja obaveštenje upućeno Sudu mora biti formalnog pismenog karaktera. U oba slučaja Sud, odnosno predsednik Suda, donosi rešenje o prekidu postupka i brisanju slučaja iz Upisnika.

U procesnom pogledu presuda, s jedne strane, i poravnanje odnosno povlačenje tužbe, s druge strane, imaju iste efekte. No, razlika postoji u materijalnom smislu, jer se presudom spor okončava, dok prekid postupka u slučaju poravnanja i povlačenja tužbe ne znači *ipso facto* i rešenje spora.<sup>46</sup>

Postupci rešavanja incidentnih pitanja (*incidentni, sporedni postupci*) služe rešavanju određenih pitanja relevantnih za spor, pa se po pravilu odvijaju uz meritorni postupak ili pre njega. Najznačajnije vrste incidentnih postupaka su prethodni prigovori, privremene mere i intervencije.

Prethodni prigovori se mogu formulisati ili u posebnom dokumentu ili mogu sačinjavati sastojak podneska stranke. Tužena stranka može istaći prigovor u roku koji je određen za odgovor na tužbu, odnosno u roku koji je Sud odredio za podnošenje prvog pisanog podneska za stranku koja formalno nema status tužene stranke. Prigovori se odnose na nadležnost tužbe (npr. tvrdi se da ne postoji kompromis, da je istekao rok važnosti sporazuma o nadležnosti Suda i dr.), na neprihvatljivost tužbe (npr. da nisu iscrpljena sva sredstva predviđena unutrašnjim poretkom, da tužilac nema pravni interes u predmetu i dr.) ili na druge bitne uslove pokretanja i vođenja postupka koji spadaju u kategoriju prethodnih pitanja.

Prethodnim prigovorima se ne osporava pravna i faktička osnovanost merituma kao takvog, već se osporavaju njegovi spoljni elementi koji mu uskraćuju pravnu egzistenciju. Oni predstavljaju sredstvo putem koga se ostvaruje načelo jednakosti stranaka u postupku i pravo države da ne učestvuje u postupku za koji nije data saglasnost ili koji ima neke druge smetnje koje onemogućavaju punovažno vođenje i okončanje postupka. Reč je o procesnom sredstvu čije su osnovne funkcije ispitivanje postojanja prethodnih nužnih uslova za vođenje postupka u glavnoj stvari i sredstvo odbrane od neženjene parnice.<sup>47</sup>

Sud može doneti nekoliko odluka po prethodnim prigovorima: a)

46 *Ibid.*, str. 538.

47 Đajić, *op.cit.*, str. 32.

može usvojiti prigovor tako što izriče presudu kojom utvrđuje opravdanost prigovora i obustavlja postupak; b) može odbiti prigovor i nastaviti postupak u glavnoj stvari; v) može utvrditi da prigovori nemaju prethodni karakter i da se o njima ne može odlučivati bez ulaženja u glavnu stvar.

Privremene mere radi zaštite prava stranaka se mogu zahtevati u bilo kojoj fazi postupka, a Sud ih može izdati i po sopstvenoj inicijativi, bez predloga stranke, ako smatra da je to potrebno. Razlog izdavanja privremene mere je neposredna opasnost po pravo ili interes koji su predmet spora. Zahtev treba da sadrži slučaj na koji se odnosi, prava koja treba zaštititi i mere čije se izdavanje predlaže, s tim što Sud može odrediti i mere koje predlagač ne navodi u svom zahtevu.

Postupak po privremenim merama je hitan i ima prioritet u odnosu na druge postupke. Postupak se okončava naredbom koja ni u kojoj meri ne prejudicira pitanje nadležnosti niti ishod spora.

Intervencija (mešanje) trećih država u sporu je Statutom predviđena u dva slučaja:

1) Kada neka država smatra da ima pravni interes koji može biti ugrožen presudom, ona može Sudu podneti zahtev da joj se odobri da se umeša u spor. Zahtev treba da sadrži: a) opis slučaja koji se sačinjava na osnovu informacija koje o zasnivanju postupka izdaju sekretar Suda i Generalni sekretar UN; b) činjenice i prava koja opravdavaju intervenciju; v) listu dokumenata koji potkrepljuju zahtev.<sup>48</sup>

2) Kada se u postupku radi o tumačenju višestranog međunarodnog ugovora, svaka država ugovornica ima pravo da se umeša u spor, ali ako pribegne intervenciji, tumačenje sadržano u presudi je za nju obavezno kao i za stranke u sporu.

**Postupak za davanje savetodavnih mišljenja** se pokreće pismenim podneskom koji sadrži tačne podatke o pitanju o kome se traži savetodavno i koji mora biti praćen dokumentacijom koja može postužiti razjašnjenju pitanja. O prispelom zahtevu sekretar Suda obaveštava sve države koje su ovlašćene da se pojave pred Sudom. Istovremeno, sekretar obaveštava države koje se mogu pojaviti pred Sudom i međunarodne organizacije, za koje Sud (ili predsednik ako Sud ne zaseda) smatra da mogu pružiti podatke o pitanju o kome se traži savetodavno mišljenje. U tom obaveštenju Sud daje mogućnost državama i organizacijama da u predviđenom roku pismenim putem izlože svoje stavove o konkretnom

---

48 Kreća, *op.cit.*, str. 532.

pitanju ili da ih iznesu na javnoj sednici koja se zakazuje u tu svrhu. Ako bilo koja država ne primi ovo obaveštenje, ona može izraziti želju da podnese pismenu izjavu ili da bude saslušana, a Sud će o tome doneti odluku.

Državama i organizacijama koje su podnele pismene ili usmene izjave dopušteno je da stavljaju primedbe na izjave koje su učinile druge države ili organizacije u obliku, obimu i u rokovima koje u svakom pojedinačnom slučaju određuje Sud, ili ako on ne zaseda, predsednik Suda.

Za razliku od postupka u parnicama, u savetodavnom postupku podela na pismenu i usmenu fazu nije tako oštra. Pismeni postupak je obično kraći, a po potrebi, može biti i izostavljen. Usmeni postupak se često ne održava, a ako se i održava ne angažuje veći broj ročišta.<sup>49</sup>

Sud proglašava savetodavna mišljenja na javnoj sednici, o čemu prethodno moraju biti obavešteni Generalni sekretar i predstavnici članova UN, ostalih država i međunarodnih organizacija kojih se to neposredno tiče.

Statut Suda sadrži samo nekoliko odredbi o savetodavnom postupku (čl.65-67.), pa je čl. 68. Statuta ovlastio Sud da se pri vršenju svojih savetodavnih delatnosti rukovodi i odredbama Statuta koje se primenjuju na rešavanje sporova ukoliko smatra da njihovoj primeni ima mesta.

## ZAKLJUČAK

U savremenom svetskom poretku Međunarodni sud pravde u Hagu predstavlja najautoritativniji, i po kompetencijama, najspecifičniji pravosudni organ nadležan za rešavanje pravnih sporova između država.<sup>50</sup>

Kao sudski organ, Međunarodni sud pravde je telo koje deluje na osnovu međunarodnog prava, nezavisno od političkih momenata. Upravo zbog toga je ispravno reći da je Međunarodni sud pravde glavni sudski organ UN, jer se takvom formulacijom ukazuje na činjenicu da Sud suštinski deluje u okviru univerzalnog pravnog poretka ustanovljenog Poveljom UN, a ne da je organ u smislu sprovođenja volje ili politike Organizacije.<sup>51</sup>

49 *Ibid.*, str. 536.

50 Duško Dimitrijević: „Sporovi SR Jugoslavije (Srbije i Crne Gore) pred Međunarodnim sudom pravde“, *Međunarodni problemi*, br.3 (2005), str. 340.

51 Kreća, *op.cit.*, str. 516.

U poređenju sa nacionalnim sudovima, Međunarodni sud pravde ima istu funkciju – rešava sporove između stranaka primenom (međunarodnog) prava na konkretan slučaj i štiti njihova prava i interese. Međutim, specifičnost ovog Suda proizilazi iz karaktera međunarodne zajednice kao decentralizovane zajednice zasnovane na načelu suvereniteta država koji, između ostalog, podrazumeva da države *a priori* ne priznaju nikakvog sudiju između sebe. Zato je kod Suda naglašena ugovorna dimenzija.<sup>52</sup>

Predviđena fakultativna nadležnost Suda u suštini predstavlja ograničenje suvereniteta država u vezi sa određenim pravnim pitanjima, što ima za posledicu da su presude Suda konačne i da imaju obaveznu snagu samo prema parničnim strankama i u odnosu na konkretan sporni slučaj. Ipak, značaj jurisprudencije Suda je mnogo veći, jer Sud predstavlja najautoritativniji pravosudni organ u primeni i tumačenju međunarodnog prava. Iako nije obavezan da sudi u skladu sa prethodnim presudama, Sud često citira svoje presude i na taj način vrši jak uticaj na kodifikaciju i progresivni razvoj međunarodnog prava.

***Ivana Rakić***

## **INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE**

*International Court of Justice is a key judicial body of the United Nations which performs its tasks in accordance with the Statute as a part of the UN Charter and the Rules of Procedure. Since 1946, after it has replaced the Permanent Court of International Justice under the auspices of the League of Nations, International Court of Justice has been acting as an independent judicial body with the competence of resolving disputes between states and providing advisory opinions on legal issues.*

---

52 *Ibid.*

*The establishment of the International Court of Justice represents the peak of a long development of peaceful solving of disputes and its work very much contributed to a nowadays widely accepted and established practice of judicial dispute solving as a means of peaceful solving of conflicts.*

*Key words: International Court of Justice, UN Charter, solving of disputes*

## MEĐUNARODNA TRGOVINSKA ARBITRAŽA

*Međunarodna trgovinska arbitraža privlači sve veću pažnju zbog svoje aktuelnosti i narastajuće popularnosti. Stranke se češće odlučuju da spor povere na rešavanje arbitraži gde se predmet raspravlja pred nezavisnim arbitrima koje same imenuju, u postupku i po pravilima koje slobodno određuju.*

*Ugovaranjem međunarodne trgovinske arbitraže i određivanjem jednog posebnog i celovitog mehanizma za rešavanje spora, izbegavaju se nesigurnosti koje se javljaju u međunarodnim sudskim postupcima, od kojih su posebno nepoželjne dugo trajanje postupka, moguće vođenje paralelnih postupaka u različitim državama, rasprava o merodavnom pravu i dr. Prednost arbitraže u odnosu na suđenje pred državnim sudom je i u tome što se, zahvaljujući široko prihvaćenim međunarodnim izvorima prava, odluke međunarodnih arbitraža često lakše prinudno izvršavaju u inostranstvu nego odluke nacionalnih sudova.*

*Imajući u vidu da je reč o, pretežno, međunarodnim institucijama koje primenom međunarodnih pravila sa zapaženim uspehom obezbeđuju pošteno, neutralno, stručno, postojano i efikasno sredstvo za rešavanje teških međunarodnih sporova, bavljenje njima je od velikog značaja za pravnu teoriju i praksu.*

*Ključne reči: međunarodna trgovinska arbitraža; mehanizam za rešavanje sporova; međunarodna pravila*

## U V O D

Naglo povećanje međunarodne ekonomske razmene u periodu posle Drugog svetskog rata, zajedno sa ubrzanim razvojem različitih oblika međudržavne ekonomske saradnje i sve brojnijim i tešnjim povezivanjem preduzeća iz različitih država radi organizovanog i zajedničkog nastupa na svetskom tržištu, neminovno je dovelo i do povećanja broja sporova koji su u vezi sa međunarodnom trgovinom. Kada ovi sporovi ne bi bili rešavani na efikasan način usporio bi se razvoj međunarodnih trgovinskih odnosa, što bi rezultiralo slabijim poslovanjem svih subjekata koji svoju robu i usluge prodaju na svetskom tržištu.

Rešavanje međunarodnih trgovinskih sporova pred nacionalnim sudovima se u nije pokazalo racionalnim iz više razloga: opravdane primedbe upućuju se na račun komplikovanog sudskog postupka, pristrasnog odnosa sudija prema strankama, dugog trajanja postupka zbog njegove formalnosti i višestepenosti, i dr. To ne odgovara potrebama poslovnih ljudi, čiji je interes da probleme rešavaju na jednostavan, ali efikasan način, sa što manje negativnih posledica po njihovo buduće poslovanje. Ovaj interes oni teže mogu da zaštite u postupku pred državnim sudom, koji je dužan da utvrdi koja od strana u sporu ima veće pravo, ili kojoj od njih nešto pripada. Sud primenjuje nacionalno pravo koje utvrdi da je merodavno u konkretnom slučaju i na osnovu njega usvaja ili odbija zahtev stranke. On ne može zasnovati odluku na principima pravičnosti, niti primenom pravila autonomnog prava međunarodne trgovine, što je uobičajeno u postupku pred arbitražom.

Arbitraža rešava spor u skladu sa pravilima koje same stranke odrede. Ukazujući joj poverenje, one su unapred izrazile i spremnost da prihvate njenu odluku. Ta odluka, ponekad, ne predstavlja maksimalno ostvarenje njihovih zahteva, ali zato ni ne ruši temelje njihovog budućeg poslovanja. Stranke osećaju da bolje štite svoje interese u arbitražnom postupku, gde samostalno imenuju arbitre - stručnjake za pitanja koja su među njima sporna i gde slobodno odlučuju o materijalnom i procesnom pravu koje će se primeniti na rešavanje spora.<sup>1</sup> Zbog toga je međunarodna trgovinska arbitraža sve popularnija i u značajnoj meri je potisnula državne

<sup>1</sup> Stranke slobodno odlučuju da li će sud primeniti kao materijalno pravo neko nacionalno pravo, autonomno pravo međunarodne trgovine ili će spor rešiti bez striktnog oslanjanja na zakone, međunarodne propise i autonomne norme, već primenom principa pravičnosti.

sudove u rešavanju međunarodnih trgovinskih sporova.<sup>2</sup>

Da bi se razumela suština arbitraže, najbolje je početi od sagledavanja konteksta njenog istorijskog razvoja. Potrebno je, potom, predočiti različite načine njenog definisanja u domaćoj i uporednopravnoj teoriji, kao i postojeće teorije o njenoj pravnoj prirodi. Izlaganjem o podelama arbitraža na vrste i izvorima prava koji je uređuju zaokružuju se osnovna pitanja koja se u vezi sa ovim institutom postavljaju.

### A. ISTORIJAT ARBITRAŽE I UZROCI NASTANKA

Rešavanje sporova putem arbitraže je poznato još od davnina. Njeni koreni mogu se pronaći u najstarijim društvima sa rodovskim uređenjem, u kojima je vođa plemena određivao delegate koji će u njegovo ime rešavati sporove između pojedinih članova društva.<sup>3</sup> Smatra se da je najstariji poznati ugovor o arbitraži sporazum zaključen između sumerskih gradova Lagoša i Ume, u IV milenijumu p.n.e, na osnovu kojeg je Mesilim, kralj Kiša, povukao granicu između njih.<sup>4</sup>

Arbitraže su često bile u upotrebi u prvim državama, gde su privatna lica ugovarala njeno angažovanje u rešavanju sporova radi izbegavanja strogih formalnosti tadašnjih sudskih (sakralnih) postupaka, ali i radi rešavanja sporova za koje nisu bile predviđene odgovarajuće tužbe.<sup>5</sup> Još tada su uočene prednosti arbitraže, zbog kojih se ona koristila ne samo za rešavanje sporova između domaćih, već i između građana različitih država.

Arbitražne sudove srećemo već u antičko doba kod Grka, kada se po prvi put angažuju privatne sudije da rešavaju sporove između zavađenih građana.<sup>6</sup> Iako su ovi sudovi najčešće odlučivali primenom postupka mirenja

---

2 M. Vasiljević: "Preko 80% međunarodnih trgovinskih sporova rešavaju međunarodne trgovinske arbitraže" - izloženo na simpozijumu "50 godina spoljnotrgovinske arbitraže" održanom u Beogradu 30. i 31. oktobra 1997. godine, navedeno prema R. Kasagić, Osnovi prava i poslovno pravo, Banja Luka, Brčko, 2003. godine, str. 543.

3 V. Shtiielius J., Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Berlin-Koeln, 1957, s. 17. Schoenke von Staff, Das, Schiedsgerichtsverfahren nach den heutigen deutschen Recht, 1954, s. 9. i dalje, navedeno prema M. Pak, Međunarodno privatno pravo, Beograd 1986, s. 381.

4 B. Krivokapić, Leksikon Međunarodnog prava, Beograd, 1998, str. 25.

5 Philipson C, The International Law and Custom of ancient Greece and Rome, London, 1911, Band II, s. 127, navedeno prema M. Pak, op. cit, str. 381.

6 U najranije vreme se uloga arbitra u rešavanju sporova poveravala vladarima ili

i posredovanja, oni se smatraju pretečom i praoblikom arbitraže pošto su bili prvi privatni sudovi, odvojeni od državnog sudstva. Rešavanje sporova van državnih sudova bilo je poznato i u starom Rimu, u kome su građani mogli zaključivati ugovor o arbitraži, ali su takođe mogli i da odustanu od arbitražne odluke i povedu postupak sa istim zahtevom pred redovnim sudom.<sup>7</sup> Stranke, međutim, nisu imale to pravo ako su zaključile arbitražni sporazum u pismenoj formi. Odluke donete u arbitražnom postupku su se u rimskom pravu mogle prinudno izvršavati po zahtevu zainteresovane strane, a izvršenje je sprovodio upravnik provincije.<sup>8</sup>

Sa razvojem zanatstva i trgovine u srednjem veku, arbitraža je ponovo ušla u upotrebu za rešavanje trgovinskih sporova između trgovaca iz različitih gradova. Poslovna praksa srednjevekovnih trgovaca bila je veoma razvijena i napredna i još tada su počela da se formiraju pravna pravila trgovačkog prava, po kojima su se raspravljali trgovinski sporovi. Ta pravila su unošena u statute srednjevekovnih trgovačkih gradova širom Evrope (Venecija, Đenova, Firenca, Barcelona, Marsej, Dubrovnik, Kotor i dr.), što je dovelo do formiranja jednog opšteg, trgovačkog prava neomeđanog državnim granicama, koje je postalo univerzalno za regulisanje međunarodne razmene u tadašnjim svetskim razmerama. Trgovci i zanatlije su u to vreme formirali svoja prva udruženja, koja su se, između ostalog, bavila i rešavanjem sporova nastalih u međusobnom poslovanju njihovih članova. Upravo ta udruženja, koja su u rešavanju sporova primenjivala ne samo nacionalna prava već i napred navedena pravna pravila trgovačkog prava, predstavljala su jezgra prvih, stalnih trgovačkih arbitraža koje su bile specijalizovane za rešavanje trgovinskih sporova nastalih povodom trgovine određenom robom.

Arbitraže ponovo srećemo krajem XVI veka kada je, nakon perioda stagnacije, trgovina ponovo počela da se razvija. U Evropi, najstariji tragovi arbitražnog prava nalaze se u Francuskoj, koja je poznavala trgovinsku arbitražu (unutrašnju i međunarodnu) dugo vremena pre Francuske revolucije. Tako je još 1560. godine francuski kralj Fransoa II izdao Edikt kojim je dozvoljavao da se trgovinski sporovi povere na rešavanje arbitrima.

---

verskim poglavarima, a u antičkim gradovima tu ulogu po prvi put dobijaju i privatna lica.

7 U Novella Justiniani, 82,11,1 (539 god) i Codex Justiniani 2,55,5 (530 god), predviđa se da "Stranke mogu odustati od arbitražne odluke i povesti postupak pred redovnim sudom ako plate *poene compromissi*", navedeno prema M. Trajković, op. cit, str. 20.

8 Ibidem.

Arbitražno rešavanje sporova je afirmisao i Ustav Francuske revolucije iz 1791. godine, koji je svim građanima priznao pravo da putem arbitraže rešavaju međusobne sporove.<sup>9</sup>

Razvoj međunarodnih odnosa, a posebno širenje međunarodne robne razmene, doveo je do dalje afirmacije arbitraže: ona se predviđa ne samo za rešavanje trgovinskih, već i međudržavnih sporova.<sup>10</sup> Na planu međunarodne trgovine, prve stalne arbitraže nastaju i vezuju se za udruženja trgovaca i zanatlija, a najstarijom stalnom, međunarodnom trgovinskom arbitražom se smatra arbitraža koju je obrazovalo Liverpulsko udruženje trgovaca za vreme građanskog rata u Americi, radi rešavanja sporova koji bi nastali u vezi sa vunom koju su engleski trgovci slali u južne američke države.<sup>11</sup>

Do pune afirmacije međunarodne trgovinske arbitraže dolazi u XIX-om veku, kada sve veći broj udruženja trgovaca osniva stalne institucije radi rešavanja sporova iz međunarodnog prometa. Ove arbitraže karakteristične su po tome što su najveći broj sporova rešavale primenom autonomnog prava međunarodne trgovine, tj. pravila koja su same donosile.<sup>12</sup> To je sasvim razumljivo kada se ima u vidu da su snažne korporacije, osnivači ili članice ovih udruženja, nametale primenu pravila koja njima odgovaraju svojim partnerima, ekonomski slabijim učesnicima na svetskom tržištu.

Tridesetih godina XX-og veka jača pokret koji traži da se autonomna pravila međunarodne trgovine ubuduće donose od strane određenih

---

9 O istoriji francuskog arbitražnog prava videti: D. Mitrović, *Međunarodna trgovinska arbitraža u francuskom pravu*, Zbornik Međunarodna trgovinska arbitraža, strana prava i zakoni, Beograd, 1996.

10 Prvi međunarodni, bilateralni ugovor koji predviđa arbitražno rešavanje sporova zaključile su SAD i Velika Britanija 19.11.1794. godine. Naime, članom V Ugovora o prijateljstvu, trgovini i plovidbi predviđa se formiranje posebne Komisije, čije članove imenuju obe strane ugovornice, radi rešavanja međusobnih graničnih sporova, sporova o britanskim pomorskim pravima i o američkoj neutralnosti.

11 M. Jezdić, *Međunarodno privatno pravo II*, Beograd, 1972. godina, str. 131.

12 Krajem XIX i početkom XX veka dolazi do razvoja međunarodnih poslovnih odnosa i potrebe da se ti odnosi regulišu detaljnije nego u građanskim i trgovačkim zakonicima donetim početkom XX veka. Poslovni ljudi, a posebno velike trgovačke kuće i njihova udruženja nastojali su da ove poslove uredi popunjavanjem pravnih praznina na način koji njima najviše odgovara. Tako su u svoju poslovnu praksu uveli tipske ugovore, standardne ugovore, opšte uslove poslovanja, posebne uslove poslovanja i slično. Zahvaljujući ekonomskoj moći njihovih tvoraca, nova pravila ponašanja na svetskom tržištu postepeno su postala vladajuća.

međunarodnih tela, koja bi štitila interese obe ugovorne strane. U stvaranju ovih pravila posebnu ulogu su odigrale Evropska ekonomska komisija UN, Međunarodna trgovinska komora u Parizu, Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo i Komisija UN za kodifikaciju međunarodnog privatnog prava. Delovanjem pomenutih, ali i drugih međunarodnih organizacija, tokom XX veka oformljeno je više međunarodnih arbitražnih sistema pojedinih profesionalnih udruženja. Istovremeno sa ovim aktivnostima postojala je i tendencija da se neka osnovna pravila spoljnotrgovinske arbitraže unificiraju u višestranim međunarodnim ugovorima.<sup>13</sup>

Do procvata arbitraže došlo je u XX veku, posle Drugog svetskog rata, kada se beleži ekspanzija međunarodne trgovine kao direktna posledica raspada kolonijalnog sistema i proširenja kruga zemalja koje se uključuju u međunarodno tržište. Tome je doprinela i tešnja povezanost učesnika na međunarodnom tržištu, kao i usvajanje međunarodnih dokumenata koji su olakšali funkcionisanja međunarodnih trgovinskih arbitraža i osigurali brže i jednostavnije izvršenje stranih arbitražnih odluka. Sve to, zajedno sa mogućnošću slobodnog izbora arbitara - stručnjaka za pitanja koja su predmet raspravljanja, mogućnošću izbora materijalnog prava koje će se primeniti na rešavanje spora, manje formalnosti te veće efikasnosti postupka, jednostepenosti u odlučivanju, i dr, uslovalo je intenzivni razvoj arbitraže u pomenutom periodu.

## B. POJAM MEĐUNARODNE TRGOVINSKE ARBITRAŽE

U teoriji arbitražnog prava zabeleženi su različiti pristupi definisanju međunarodne trgovinske arbitraže (i opšteg pojma arbitraže); pojedini autori su se opredelili za ukazivanje na njene funkcije, uzimajući u obzir da se arbitraža može posmatrati kao institucija i kao sredstvo za rešavanje sporova, dok su drugi mišljenja da se u određenju pojma arbitraže moraju obuhvatiti sve njene bitne odlike.

Jednu od najpotpunijih i najviše citiranih definicija u domaćem pravu dao je M. Jezdić, koji smatra da "pod spoljnotrgovinskim arbitražama treba razumeti one ustanove koje su osnovane od privatnih profesionalnih organizacija ili lica ili od organizacija polujavnog karaktera

13 Najpoznatije međunarodne konvencije u oblasti arbitražnog prava su: Ženevska i Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka. Međunarodni dokument - UNCITRAL Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1985. godine, poslužio je kao model za izradu velikog broja nacionalnih zakona o arbitraži.

u cilju raspravljanja onih sporova iz spoljnotrgovinskog prometa za koje je ugovorena njihova nadležnost”.<sup>14</sup> Na sličan način - ukazivanjem na organizaciono-institucionalni i funkcionalni aspekt arbitraže, razmišlja i D. Mitrović koji arbitražu određuje kao “rešavanje sporova od strane lica koje ugovorne strane odrede sporazumom o arbitraži i, s druge strane, organ (telo) nedržavnog karaktera koje rešava spor”.<sup>15</sup> T. Varadi, takođe, tvrdi da su u određenju pojma arbitraže bitne obe njene funkcije i arbitražu određuje kao “nedržavnu instituciju za rešavanje sporova koje su im poverile stranke”.<sup>16</sup> Ovoj grupi pripada i M. Trajković, po kome je arbitraža “izbrani sud, koji stranke ugovorno formiraju, prihvatajući da njegova presuda bude za njih konačna i obavezujuća, odnosno dobrovoljno ili sudski izvršena”.<sup>17</sup> Samostalnost arbitraže u odnosu na sudove i druge državne organe, ali i vezanost za nacionalne zakone i međunarodne konvencije, ne može se, smatra on, razumeti bez naglašavanja njenih navedenih, osnovnih karakteristika.

S druge strane, pojedini autori, na primer M. Pak i G. Knežević, nisu se opredelili za davanje jedne sažete definicije arbitraže, smatrajući da se njena suština ne može razumeti bez navođenja svih njenih bitnih komponenti. Pak smatra da složenost arbitraže zadaje velike teškoće prilikom uopštavanja, te da se u kratkoj definiciji ne mogu obuhvatiti svi njeni sastavni elementi. On tvrdi da postoji niz komponenti koje su sastavni deo arbitraže: “nezavisnost od određene države; nezavisnost od određenog pravnog sistema; nezavisnost od nekog unapred određenog mesta, odn. sedišta postupanja i odlučivanja arbitara; primena posebnih principa i pravila u rešavanju i odlučivanju; specijalizovani predmet sporova o kojima odlučuje; arbitražni postupak sprečava pokretanje sudskog postupka; pravni osnov za rešavanje i odlučivanje arbitraže nalazi se u unutrašnjim i međunarodnim izvorima prava i u autonomiji volje stranaka; okviri u kojima deluje i odlučuje arbitraža utvrđeni su načelima javnog poretka svake zemlje i posebnim imperativnim propisima koji prate opšte prihvaćena načela dobrih poslovnih običaja; poštovanje tih okvira obezbeđuje se kroz sudsku kontrolu arbitraže u nekim zemljama u toku njenog rada, a u drugim posle donošenja odluke u postupku za poništaj te

14 M. Jezdić, op. cit, str. 132.

15 D. Mitrović, Arbitraža, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, I, Beograd, 1978, str. 13 .

16 T. Varadi, Međunarodno privatno pravo, N. Sad, 1987, str. 332.

17 M. Trajković, op. cit, str. 38.

odluke ili u postupku priznanja i izvršenja u drugoj zemlji.”<sup>18</sup>

G. Knežević navodi da je njegovom shvatanju najbliža definicija arbitraže kao “servisa za pružanje pravnih usluga”, s tim što određivanje na ovaj način, kako sam tvrdi, ne bi bilo dozvoljeno niti iz naučnih, niti iz pedagoških razloga. S obzirom na navedeno on se, slično M. Paku, opredeljuje za definiciju arbitraže navođenjem njenih bitnih elemenata i daje sledeću definiciju: “1. Arbitraža je metod, način (organizaciono - servis) rešavanja sporova. 2. Spor mora postojati između najmanje dve stranke (može i više). 3. Spor rešava treća, ili treće osobe. 4. Te osobe mandat dobijaju od stranaka i (ide i bez reči) moraju se kretati u okviru mandata datog im sporazumom stranaka (*a contrario* - te osobe mandat ne dobijaju od države - iz čega proizlazi da je servis nedržavni). 5. Odluka arbitara je za stranke obavezujuća jer su one prećutno na to pristale. 6. Država, pristajući na postojanje “paralelnog” sudstva, dozvoljava da dejstva (pravosnažnost, izvršnost itd.) ovih odluka budu izjednačena sa dejstvima odluka državnih sudova. 7. Svojim prinudnim aparatom država obezbeđuje izvršenje arbitražne odluke, ukoliko je stranke dobrovoljno ne izvrše.”<sup>19</sup>

U stranoj literaturi takođe nailazimo na različite definicije arbitraže, u zavisnosti od toga kojoj se njenoj funkciji da presudni značaj. Tako su, na primer, Sajko i Dika pristalice određenja arbitraže putem njenog funkcionalnog aspekta kada navode da je arbitraža “rešavanje sporova između dviju ili više stranaka od strane treće osobe (ili trećih osoba) arbitra (arbitara), koja svoja ovlašćenja izvode iz sporazuma stranaka i čija je odluka obavezna za njih i ima, u većini pravnih poredaka, učinke koji korespondiraju učincima sudskih odluka”.<sup>20</sup>

Na istom je stanovištu i G. Born, koji međunarodnu arbitražu definiše kao “način za konačno rešavanje međunarodnih sporova, u skladu sa sporazumom stranaka, od strane nezavisnih, nevladinih sudija”.<sup>21</sup> Pristalice isticanja funkcionalnog karaktera arbitraže su i R. David, po kome je arbitraža “tehnika koju koriste arbitar ili arbitri ovlašćeni privatnim sporazumom radi rešavanja nekog pitanja iz odnosa između dva

18 M. Pak, Međunarodno privatno pravo, Beograd, 1986, str. 383.

19 G. Knežević, Međunarodna trgovačka arbitraža, Beograd, 1999, str. 20.

20 Sajko, Dika, Arbitražno rešavanje međunarodnih trgovačkih sporova, Ljubljana 1989, str. 1.

21 Gary B. Born, International Commercial Arbitration, Ardsley, NY, second edition 2001, str. 1.

ili više lica”<sup>22</sup>, kao i M. Domke, koji smatra da je arbitraža “metoda po kojoj stranke dobrovoljno predaju svoje sporove na rešavanje nepristrasnoj trećoj osobi”.<sup>23</sup>

Jarrosson, nasuprot, u prvi plan ističe organizaciono-institucionalni karakter arbitraže, određujući je kao instituciju na osnovu koje treće lice rešava spor između dve ili više stranaka vršeći jurisdikcionu misiju koju su mu one poverile.<sup>24</sup> I drugi autori u doktrini uporednog prava definišu arbitražu na sličan način, navodeći da su to privatni sudovi kojima se voljom stranaka poverava rešenje spora umesto državnom sudu,<sup>25</sup> odnosno da je reč o privatnim sudovima uspostavljenim na temelju zakonskog ovlašćenja.<sup>26</sup>

Zakonski tekstovi i međunarodne konvencije ponekad daju definiciju arbitraže, ali to nije pravilo. Od značajnijih međunarodnih konvencija, definiciju arbitraže nalazimo u Evropskoj konvenciji o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine, u kojoj se navodi da je arbitraža “rešavanje sporova ne samo od strane arbitara imenovanih za određene slučajeve (“povremena arbitraža” - arbitraža *ad hoc*) već i od strane stalnih arbitraža”.<sup>27</sup>

Sve napred navedene definicije arbitraže razlikuju se među sobom po različitom opredeljenju za određeni aspekt ili karakteristiku arbitraže, koji se odredi kao njeno bitno obeležje. Videli smo da se značajan broj autora opredeljuje između definisanja arbitraže kao institucije koja rešava spor i kao načina za rešavanje sporova. Određeni broj autora, pak, sa podjednakom važnošću tretira oba njena navedena aspekta i daje definiciju koja je, sa te strane, potpunija. Ima i autora koji smatraju da je arbitraža u tolikoj meri specifična da ne mogu da se opredele za jednu opštu definiciju tog instituta, već se odlučuju za opisno definisanje arbitraže navođenjem

---

22 R. David, *L arbitrage dans le commerce international*, str. 9, navedeno prema J. Perović, *Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži*, Beograd, 1998, str. 17.

23 M. Domke, *The Law and Practice of Commercial Arbitration*, Mundelein, 1968, str. 1, navedeno prema J. Perović, *ibidem*.

24 Ch. Jarrosson, *La notion d'arbitrage*, Paris, 1987, navedeno prema J. Perović, *ibidem*.

25 K. H. Schwab, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Muenchen, 1979, navedeno prema A. Goldštajn, S. Triva, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987, str. 12.

26 H. U. Walder-Bohner, *Zivilprozessrecht*, Zuerich, 1983, str. 501, navedeno prema A. Goldštajn, S. Triva, *op. cit.*

27 Član 1. tačka 2 b) Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži od 21. aprila 1961. godine, “Sl. list FNRJ” - Dodatak, br. 12/1963.

svih njenih bitnih elemenata. Ovakve su definicije iscrpne, ali su ponekad i suviše obimne.

Određivanje pojma arbitraže na različite načine, međutim, ne znači da među autorima koji prihvataju različite koncepcije u definisanju ovog instituta postoje suštinske razlike u njenom shvatanju. Naprotiv, ni jedna od ovih definicija nije suprotstavljena jedna drugoj, već se pre može reći da se one međusobno dopunjuju.

## V. PRAVNA PRIRODA ARBITRAŽE

Da bi se razumela suština međunarodne trgovinske arbitraže neophodno je sagledati značajne razlike koje postoje u shvatanjima o njenoj pravnoj prirodi. O ovom pitanju se vodila duga rasprava, koja nije rezultirala formiranjem jedinstvenog stava, ali su se izdvojila dva dominantna shvatanja, suštinski različita, poznata kao *jurisdikciona* i *ugovorna teorija* o pravnoj prirodi arbitraže.

*Jurisdikciona teorija* je starija i dugo vremena je bila dominantna u uporednom pravu. U značajnoj meri zastupaju je i domaći autori. Njene pristalice smatraju da arbitraža ima pravosudnu, odnosno sudsku prirodu, te da je njen smisao u arbitriranju - suđenju. Arbitraža je sud kao i svaki drugi, koji mora biti neutralan u odnosu na stranke i mora se držati određenih pravila postupka. Arbitar se u procesu arbitriranja ponaša kao sudija državnog suda, a krajnji ishod arbitražnog postupka je donošenje arbitražne odluke, koja je po dejstvu izjednačena sa sudskom odlukom. Ona to dejstvo ima zbog toga što je tako predviđeno zakonom, a ne zato što to žele stranke koje su zaključile arbitražni sporazum.<sup>28</sup> Arbitraža se, dakle, shvata kao pravosudni organ, s tim što to nije državni, već privatni sud. Iako arbitri crpu svoja ovlašćenja da rešavaju spor iz sporazuma ugovornih strana, oni to nikada ne bi mogli, niti bi stranke ikada mogle da im daju takva ovlašćenja, da zakon to ne dozvoljava. Iz ovakvog shvatanja logično sledi da je arbitražni sporazum procesne prirode, za razliku od

28 Tako, npr, španski profesor Moreno Faustino Cordon, u svom radu pod nazivom "El Arbitraje en el Derecho Español", Interno e Internacional, Aranzadi, 1995, tvrdi da izvor autoriteta arbitraže i arbitara nije volja stranaka već zakon koji omogućava takvu autonomiju volje (str. 30). Još jedan španski autor, Fenech Navaro, je zastupnik *jurisdikcione teorije* i smatra da treća lica - arbitri, ne mogu da ostvaruju vlast koju nemaju, već je mogu dobiti samo od države. O ovome videti opširnije u "Arbitraje en el Derecho Español", Estudios de Derecho Procesual, Bosh, Barcelona, 1962, str. 417 i dalje, navedeno prema M. Trajković, op. cit, str. 36-37.

osnovnog ugovora koji je materijalne prirode. Arbitražni sporazum ima nezavisnu pravnu sudbinu od osnovnog ugovora i pravo merodavno za arbitražni sporazum može biti različito od prava merodavnog za osnovni ugovor.<sup>29</sup>

S druge strane, pojedini autori smatraju da arbitraža ima ugovornu, a ne pravosudnu prirodu<sup>30</sup> i njihova su mišljenja grupisana u teoriju poznatu pod nazivom *ugovorna teorija*. Arbitraža je, po njima, ugovorni odnos između stranaka, koji je rezultat njihovih autonomija volja i svi elementi arbitraže i arbitražnog postupka (arbitri, merodavno pravo, pravila postupanja i dr.), kreiraju se voljom ugovornih strana; da nema arbitražnog sporazuma, ne bi bilo ni arbitraže. Arbitražni sporazum se, bez obzira da li je sačinjen za vreme ili nakon zaključenja osnovnog ugovora, odnosno pre ili posle izbijanja spora, tretira kao sastavni deo osnovnog ugovora i za njega je merodavno pravo koje je merodavno za ugovor o osnovnom poslu. Arbitražna odluka, koja se shvata kao ugovor između stranaka, nema dejstvo sudske odluke i ne može se prinudno izvršiti zato što ona nije rezultat delovanja pravosudnog organa već arbitraže, koja je zasnovala nadležnost na osnovu ugovora stranaka, u postupku koji se vodio po odredbama tog ugovora. Stranke treba dobrovoljno da izvrše arbitražnu odluku, koja ih obavezuje kao bilo koja obaveza na koju su pristale nekim ugovorom.

Ovo shvatanje ima praktičnu posledicu da stranka, koja je dobila spor, u slučaju kada druga strana dobrovoljno ne izvrši arbitražnu odluku, može pred državnim sudom tužiti ovu za neizvršenje ugovora a ne za prinudno izvršenje arbitražne odluke. Druga mogućnost je da, ako je tako zakonom predviđeno, od strane državnog suda zatraži priznanje arbitražne odluke po postupku kao da je reč o stranoj sudskoj odluci, kako bi ona bila upodobljena sa domaćom sudskom odlukom i samim tim stekla svojstvo izvršnosti.<sup>31</sup>

Ugovorna teorija ima manje pristalica i, generalno gledano, za stranke je nepovoljnija u najvećoj meri zbog toga što otežava postupak prinudnog izvršenja arbitražne odluke. Danas je, ipak, favorizovan pravosudni karakter arbitraže, a naročito njen krajnji efekat - donošenje

---

29 Jurisdikciona (ili procesualna ili javnopravna) teorija o pravnoj prirodi arbitraže prihvaćena je npr. u Austriji, SAD, Švajcarskoj itd.

30 Pristalice ovakvog shvatanja su Merlin, Foelix, Bernard, Klein, i dr. V. Lew, Applicable, str. 63 u nap. 1, navedeno prema G. Knežević, op. cit. str. 26.

31 Ugovorna teorija (ili civilistička ili kontraktualna) prihvaćena je u Engleskoj, i donekle u Francuskoj.

konačne, pravnoobavezujuće i izvršne odluke. Ovo shvatanje je našlo mesta i u mnogim važećim zakonskim tekstovima, kao npr. u Francuskom građanskom zakoniku, koji u članu 1476. predviđa da “arbitražna presuda čim se donese ima snagu pravosnažne presude u odnosu na spor koji je presudila”. I naš Zakon o arbitraži prihvata ovu koncepciju određujući da “domaća arbitražna odluka ima snagu domaće pravosnažne sudske odluke i izvršava nje u skladu sa odredbama zakona koji uređuje izvršni postupak”.<sup>32</sup>

Pored ovih teorija, u literaturi se sve češće sreće shvatanje koje pokušava da pomiri navedene, različite koncepcije, prihvatajući argumente obe teorije i stvarajući zasebni, *mešoviti koncept o pravnoj prirodi trgovinske arbitraže*.<sup>33</sup> Po ovom mišljenju arbitraža je ugovorne prirode po načinu na koji nastaje, jer je njen osnov u materijalnom sporazumu stranaka (reč je o ugovoru obligacionog prava). S druge strane, imajući u vidu dejstva koja zakon priznaje arbitražnoj odluci, može se reći da je ona po dejstvima koje proizvodi pravosudna.

Različiti koncepti o pravnoj prirodi arbitraže nam pomažu da bolje razumemo suštinu ovog instituta. Međutim, značaj njihovog sagledavanja prevazilazi okvire teorijskih razmatranja ako se ima u vidu da svaki koncept podrazumeva različite posledice u praksi. To je naročito važno za same stranke, učesnice u arbitražnim postupcima, jer će u zavisnosti od toga odluku arbitraže biti lakše ili teže prinudno izvršiti.

## G. PODELE ARBITRAŽA

Da bi se odredio pojam međunarodne trgovinske arbitraže, neophodno je upoznati se sa različitim podelama arbitraža u zavisnosti od primenjenog kriterijuma.

1) Tradicionalna je podela arbitraža na *trgovinske* i *civilne*, do koje se dolazi kada se primeni kriterijum karaktera predmeta sporova koji se pred njima rešavaju. Tako bi trgovinske bile arbitraže koje rešavaju sporove iz

---

32 Član 64. stav 1. Zakona o arbitraži. Stavom 2. istog člana predviđeno je da strana arbitražna odluka ima snagu domaće pravosnažne sudske odluke pošto je prizna nadležni sud Republike. 483. Zakona o parničnom postupku, “Sl. list SFRJ”, br. 4/77, 36/77, 6/80, 43/82, 69/82, 72/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 i “Sl. list SRJ”, br. 27/92, 16/93, 31/93, 41/93, 50/93, 24/94, 12/98, 15/98, 3/2002 i “Sl. glasnik RS”, br. 125/2004.

33 Među pristalicama mešovite teorije mogu se navesti Carabiber, Merger, Marmo, navedeno prema G. Knežević, op. cit, str. 26.

trgovinskih odnosa, za razliku od ostalih, koje bi u toj podeli bile civilne. Ova podela je, međutim, danas, kada u nacionalnim i međunarodnim izvorima prava dominira koncepcija o širokom tumačenju pojma trgovine, izgubila značaj koji je nekada imala. To je, između ostalog, posledica i uticaja UNCITRAL Model zakona o arbitraži iz 1985. godine<sup>34</sup>, čija je ideja da se svaka razmena imovine, usluga ili robe tretira kao trgovinska, te da se razlika između trgovinskih i civilnih arbitraža svede na minimalnu, gotovo beznačajnu meru, čime se nadležnost arbitraža proširuje na veliki broj sporova.

Savremeni trendovi u uporednom pravu potvrđuju da se koncepcija širokog tumačenja pojma “trgovinski” sve više prihvata, čak i u zemljama koje su se do skora držale krute podele pravnih poslova na trgovinske i civilne. Široko određenje trgovinskog karaktera arbitraže sreće se, na primer, u švajcarskom Saveznom zakonu o međunarodnom privatnom pravu, prema kome svaki spor imovinskog karaktera može da bude predmet arbitraže.<sup>35</sup> I naše pravo, opredeljujući se za koncepciju jedinstvenog uređenja obligacionih odnosa,<sup>36</sup> minimizira razliku između trgovinskih i civilnih sporova.

Međunarodni izvori arbitražnog prava, takođe, prihvataju široko određenje pojma “trgovinski”. Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine u članu 1. predviđa svoju primenu “na arbitražne ugovore zaključene u cilju rešavanja sporova koji su nastali ili će nastati iz međunarodne trgovine...” NJujorška konvencija o priznanju

34 Model zakon pod pojmom “trgovinski” podrazumeva (ali se ne ograničava samo na to) sve trgovinske transakcije o prodaji ili razmeni robe i usluga; ugovore o distribuciji; trgovinsko zastupanje ili trgovinska predstavništva; faktoring; lizing; ugovore o građenju; konsalting; inženjering; ugovore o licenci; investicije; finansiranje; bankarske poslove; osiguranje, ugovore o koncesiji; *joint venture* ugovore i druge oblici industrijske ili poslovne saradnje; prevoz robe ili putnika u vazdušnom, morskom, železničkom ili drumskom saobraćaju” (fusnota uz član 1. UNCITRAL Model zakona o arbitraži).

35 Član 177. stav 1. Zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske.

36 Zakonom o obligacionim odnosima uređeni su ugovorni odnosi između privatnih lica kao i trgovinski ugovori. Jednaki propisi primenjuju se u oba slučaj, s tim što Zakon predviđa određene izuzetke od opšteg pravila kada je reč o ugovorima u privredi, odn. ugovorima “koje preduzeća i druga pravna lica koja obavljaju privrednu delatnost kao i imaooci radnji i drugi pojedinci koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu delatnost, zaključuju među sobom u obavljanju delatnosti koje sačinjavaju predmet njihovog poslovanja, ili su u vezi sa tim delatnostima.” (član 25. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, “Sl. list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i “Sl. list SRJ”, br. 31/93).

i izvršenju arbitražnih odluka iz 1958. godine, pak, predviđa svoju primenu na sve arbitražne odluke, bez razlike da li su one plod delovanja trgovinskih ili netrgovinskih arbitraža, što se, takođe, može tumačiti kao znak minimiziranja značaja podele na trgovinske i civilne arbitraže.<sup>37</sup>

2) Trgovinske arbitraže dalje se dele na *međunarodne* i *nacionalne*. Do ove podele može doći primenom dva kriterijuma: organizacionog i suštinskog, zbog čega nije neobično što ponekad dolazi do dileme u opredeljenju pojedine arbitraže kao međunarodne ili nacionalne. Tako bi, kada se primeni organizacioni kriterijum, međunarodne bile sve arbitraže koje su osnovane od strane međunarodnih udruženja ili međunarodnih asocijacija privrednika<sup>38</sup>, dok bi nacionalne bile arbitraže osnovane od strane nacionalnih trgovačkih ili privrednih komora.<sup>39</sup> Međutim, primenom drugog kriterijuma podele, prema postojanju elementa inostranosti u sporu koji se rešava pred arbitražom, međunarodnim bi se smatrale samo one arbitraže koje raspravljaju predmete kod kojih je prisutan element inostranosti. Ostale arbitraže smatraju se unutrašnjim.

Način na koji je izražen strani element u sporu koji se rešava pred arbitražom može biti različit u zavisnosti od toga da li je veza sa stranom zemljom ostvarena preko ugovornih strana, preko predmeta ugovora iz kojeg je nastao spor ili preko mesta zaključenja ili izvršenja pravnog posla. Različiti autori ne vrednuju jednako navedene elemente; pojedini smatraju da je dovoljno ispunjenje jednog, dok drugi zahtevaju ispunjenje više elemenata istovremeno kao uslov da bi se određeni pravni odnos smatrao

---

37 Član I Konvencije o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka od 10. juna 1958. godine, "Sl. list SFRJ" - Međunarodni ugovori, br. 11/1981. Međutim, radi obezbeđenja svoje šire primene, Konvencija u članu I/3 ipak predviđa mogućnost za strane potpisnice da mogu da izjave rezervu na član I/1, te da ograniče primenu Konvencije samo na sporove iz odnosa koji se po nacionalnom pravu smatraju trgovinskim. Gotovo trećina država potpisnica pomenute konvencije, među kojima je i naša, je stavila rezervu koju omogućava citirani član, što govori o tome da još uvek postoje nacionalna prava (u većini slučajeva je reč o pravnim sistemima kontinentalnog prava) koja prave razliku između trgovinskih i civilnih arbitraža.

38 Među najpoznatijim međunarodnim arbitražama su Arbitražni sud međunarodne trgovinske komore u Parizu, Arbitražni sud Međunarodnog udruženja za trgovinsku žitom u Londonu, Trgovačka arbitraža Američkog udruženja za arbitražu.

39 Nacionalne arbitraže se između sebe razlikuju i po tome što neke predviđaju da arbitri mogu biti samo domaći državljani, za razliku od drugih koje dozvoljavaju da se kao arbitri imenuju i strani državljani. Pravilo je da u jednoj državi postoji jedna nacionalna arbitraža opšteg tipa.

međunarodnim.<sup>40</sup> UNCITRAL Model zakon arbitražu određuje kao međunarodnu u sledećim slučajevima: ako su stranke u vreme zaključenja arbitražnog sporazuma imale svoja poslovna sedišta u raznim državama; ako se izvan države u kojoj stranke imaju svoja poslovna sedišta nalazi arbitraža (ugovorena ili naknadno dogovorena) ili se nalazi mesto gde najveći deo obaveza iz trgovinskih odnosa stranaka treba da se izvrši ili mesto za koje je najviše vezana suština spora; ako su stranke izričito ugovorile da se predmet spora iz arbitražnog sporazuma odnosi na više od jedne zemlje.<sup>41</sup>

Naše pravo, kao i veliki broj drugih, sledi primer Model zakona i ovaj pojam određuju primenom pravnih kriterijuma.<sup>42</sup> Međutim, u uporednom pravu nailazimo i na drugačija, elastična rešenja, kao na primer u francuskom pravu, gde se arbitraža smatra međunarodnom uvek kada je predmet raspravljanja transakcija koja uključuje interese bar dve nacionalne ekonomije, što se procenjuje u svakom konkretnom slučaju.<sup>43</sup>

Da bi se prevazišle dileme do kojih eventualno može doći pri određenju pojma “međunarodna trgovinska arbitraža”, čini se opravdanim praviti razliku između *međunarodnih trgovinskih arbitraža u užem od međunarodnih trgovinskih arbitraža u širem smislu*, pri čemu pod međunarodnim u užem smislu treba podrazumevati one koje su međunarodne u organizacionom pogledu, a međunarodnim u širem smislu treba smatrati one koje rešavaju sporove sa stranim elementom.<sup>44</sup> Tako bi, na primer, Spoljnotrговinska arbitraža u Beogradu, koja je osnovana od strane nacionalne privredne komore i rešava sporove iz međunarodne trgovine, bila unutrašnja u užem, a međunarodna u širem smislu.

### 3) Podela međunarodnih trgovinskih arbitraža prema načinu

40 O ovome videti opširnije M. Draškić, *Međunarodno privredno ugovorno pravo*, Beograd, 1990, str. 144-147; R. Đurović, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2000, str. 247-249; G. Knežević, op. cit, str. 21-23.

41 Član 1. stav 3. UNCITRAL Model zakona, donetog od strane Komisije UN za međunarodno trgovinsko pravo 1985. godine. Ovo je široka formulacija pojma “međunarodni” kojom je omogućena primena Model zakona i na arbitraže kod kojih su stranke lica iz iste zemlje.

42 U Italiji na primer, smatra da je arbitraža međunarodna onda kada je u momentu zaključivanja ugovora o arbitraži bar jedna od stranaka imala prebivalište ili sedište u inostranstvu, ili ona kod koje se značajan deo obaveze jedne od stranaka ima izvršiti u inostranstvu. Član 832. Zakona o građanskom postupku Italije, Zakon od 5.1.1994. godine kojim je izmenjen Kraljevski dekret od 28.10.1940. godine

43 Član 1492. novog francuskog Zakonika o građanskom postupku.

44 O ovome videti opširnije kod D. Mitrović, op. cit, str. 14.

njihovog organizovanja je, takođe, veoma značajna. Arbitraže koje se formiraju za rešenje određenog spora i koje, posle donošenja odluke u tom sporu prestaju da postoje su *ad hoc* arbitraže, dok su *institucionalne* arbitraže one koje su organizovane kao stalna tela i imaju ustaljena pravila postupka i uspostavljeni administrativni aparat.

4) U odnosu na to da li međunarodne trgovinske institucionalne arbitraže rešavaju sve vrste trgovinskih sporova ili samo one koji su u vezi sa trgovinom određenih proizvoda odn. sporove na posebnim tržištima, pravi se razlika između *opštih* i *specijalizovanih* međunarodnih trgovinskih arbitraža. Obe rade po opštim principima arbitražnog rešavanja sporova, s tim što se specijalizovane arbitraže posebno bave i utvrđivanjem nekih činjenica, svojstvenim samo udruženjima koja su ih osnovala<sup>45</sup>. Takvo njihovo poslovanje ukazuje na potrebu specijalne stručnosti arbitara, koji u postupcima pred ovim arbitražama više deluju kao veštaci, primenjujući svoja posebna znanja i iskustva, a manje kao klasični arbitri, što je slučaj sa opštim arbitražama.

5) Stalne međunarodne trgovinske arbitraže mogu se podeliti na arbitraže *zatvorenog* i arbitraže *otvorenog* tipa. Zatvorenog su tipa one kod kojih je nužno da jedna od strana u sporu bude članica organizacije pri kojoj je arbitraža osnovana, dok su otvorenog tipa one kod kojih se taj uslov ne traži.<sup>46</sup>

Postoje i druge podele međunarodnih trgovinskih arbitraža, kao na primer podela na *pravne* i *faktičke* arbitraže, koja se vrši prema načinu rešavanja sporova<sup>47</sup>; zatim podela na *ritualne* i *iritualne* arbitraže u zavisnosti od dejstva arbitražne odluke<sup>48</sup> itd.

45 Među poznatijim specijalizovanim trgovinskim arbitražama u svetu danas su Londonska pomorska arbitraža, koja se bavi rešavanjem sporova iz ugovornih odnosa u vezi sa korišćenjem brodova; Arbitraža Udruženja za promet žitaricama i stočnom hranom sa sedištem u Londonu, Arbitraža za kafu pri Federaciji za trgovinu kafom sa sedištem u Londonu, itd.

46 Među najpoznatijim arbitražama otvorenog tipa je Arbitraža koju je osnovala Međunarodna trgovinska komora u Parizu, dok su, na primer, stalne arbitraže pri Udruženju za promet žitaricama i stočnom hranom (*GAFTA - Grain and feed Trade Association*), Arbitražna Komora za pamuk (*Chambre arbitrale de cotons de Havre*), i dr.

47 Pravne arbitraže donose odluke primenom prava (nacionalnog ili autonomnog prava međunarodne trgovine), a faktičke primenom opštih principa poslovanja, pravičnosti i sl..

48 Ritualne su one arbitraže čija odluka ima efekat sudske presude, što znači i dejstvo pravosnažno presuđene stvari, a iritualne ili slobodne su one kod kojih arbitražna odluka deluje kao ugovor prema strankama i neophodna je posebna odluka suda da bi se arbitražna

## D. IZVORI PRAVA MEĐUNARODNE TRGOVINSKE ARBITRAŽE

Izvori prava koji regulišu međunarodnu trgovinsku arbitražu su različiti: jedni su međunarodni a drugi unutrašnji; neki su obavezni a ostali fakultativni; ima ih koje je stvorila država ili neka druga organizacija, dok opstoje i oni koje stvaraju same stranke.

Ako bismo sve izvore međunarodne trgovinske arbitraže pobrojali po uobičajenoj hijerarhiji izvora prava, lista bi izgledala ovako: a) međunarodni ugovori (multilateralni i bilateralni); b) nacionalni zakoni; v) pravilnici stalnih arbitraža; g) autonomno pravo međunarodne trgovine; d) arbitražni sporazum; đ) arbitražna praksa i e) doktrina arbitražnog prava.

Međutim, u oblasti trgovinskih odnosa autonomija volje ugovornih strana je vladajući princip koji je gotovo univerzalno prihvaćen, zbog čega su imperativne norme u ovoj oblasti svedene na minimum. Stranke slobodno određuju ne samo da li će stupiti u određeni ugovorni odnos, već i materijalno pravo koje će se primeniti na taj odnos, organ pred kojim će se raspraviti spor koji iz njega eventualno proistekne, kao i pravila procedure koja će primeniti organ u postupku rešavanja tog spora. Izbor stranaka ima samo jedno ograničenje - javni poredak zemlje po čijem pravu se to pitanje postavi.

Dominacija autonomije volje ugovornih strana je vladajući princip i kod međunarodnih trgovinskih arbitraža, zbog čega je i hijerarhija izvora arbitražnog prava u skladu sa njim uređena. Tako se na najvišem mestu u poretku nalazi ugovor stranaka kojim se rešavanje spora poverava arbitraži (arbitražni sporazum), na sledećoj lestvici u hijerarhiji su pravila stalnih trgovinskih arbitraža i autonomno pravo međunarodne trgovine, potom su to međunarodni ugovori i nacionalni propisi, zatim sudska praksa i, na kraju, arbitražna praksa i doktrina arbitražnog prava.<sup>49</sup>

1) *Arbitražni sporazum*: reč je o ugovoru kojim su se ugovorne strane saglasile da rešavanje sporova iz njihovog određenog ugovornog odnosa povere arbitraži. On može biti zaključen u obliku arbitražne klauzule - ako predviđa rešavanje eventualnih budućih sporova iz određenog ugovornog odnosa od strane arbitraže,<sup>50</sup> ili u obliku arbitražnog kompromisa - ako

---

odluka mogla prinudno izvršiti.

49 Hijerarhija je navedena prema A. Goldštajn, *Međunarodna trgovačka arbitraža*, treći deo, str. 9.

50 Arbitražna klauzula je, po pravilu, sastavni deo osnovnog ugovora iz koga će eventualno proisteći sporovi koji će se rešavati pred arbitražom. Međutim, može se

se zaključuje kada je već nastao spor iz određenog ugovornog odnosa. U međunarodnom trgovinskom prometu, gde se najveći broj sporova rešava pred stalnim međunarodnim trgovinskim arbitražama, ovi sporazumi se u najvećem broju zaključuju prihvatanjem tipskih ugovora koje su stvorile te arbitraže, odn. nadležni organi institucije koja ih je osnovala.<sup>51</sup>

2) *Autonomni izvori arbitražnog prava*: u ovoj grupi izvora prava nalaze se pravilnici stalnih međunarodnih trgovačkih arbitraža i autonomno pravo međunarodne trgovine. Reč je o izvorima prava za koje karakteristično da su stvarani bez uticaja države i da svoju obaveznu snagu crpu iz volje stranaka koje su predvidele njihovu primenu, a ne iz zakona. Primena ovih izvora prava je prioritetna u odnosu na međunarodne konvencije i nacionalne zakone, što je pravilo koje je izričito potvrđeno i u pojedinim međunarodnim konvencijama.<sup>52</sup>

a) *Pravilnici* koje donose stalne međunarodne trgovinske arbitraže, po pravilu, detaljno regulišu sva pitanja od značaja za jedan arbitražni postupak, počev od organizacije i nadležnosti arbitraže, preko konstituisanja arbitražnog tribunala i pravila postupka, sve do arbitražne odluke i troškova arbitraže. Ovi pravilnici su prihvatljivi za stranke u najvećoj meri zbog toga što pravila koja su u njima sadržana počivaju na običajima i opšteprihvaćenim principima arbitražnog prava, pravnim standardima, uslovima poslovanja i drugim ustaljenim i racionalnim postupcima poslovnih ljudi u međunarodnom trgovinskom prometu.

b) Pored pravilnika, međunarodne trgovinske arbitraže u svom radu u značajnoj meri primenjuju *autonomno pravo međunarodne trgovine* - pravo koje je stvarano vekovima kroz praksu učesnika u privrednom prometu i koje je zadobilo oblik tipskih ugovora i opštih uslova poslovanja, ugovor o arbitraži zaključiti i u posebnom pismenu, kao aneks osnovnom ugovoru, čak i posle zaključenja osnovnog ugovora ali pre nastanka spora.

51 Takve su, na primer, tipske arbitražne klauzule Međunarodne trgovinske komore u Parizu; Američkog udruženja za arbitražu, Međunarodnog arbitražnog suda u Londonu, Spoljnotrговinske arbitraže u Beogradu, itd.

52 Pomenuti prioritet izričito predviđa Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine, koja u članu V/1d predviđa da će se odbiti priznanje i izvršenje arbitražne odluke kada obrazovanje arbitražnog suda ili "arbitražni postupak nije bio u skladu sa ugovorom stranaka ili, ako ne postoji ugovor, da nije bio saglasan zakonu zemlje u kojoj je obavljena arbitraža". Pored toga, i Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži u članu IV/1 navodi da "Stranke u jednom sporazumu o arbitraži mogu po svom nahođenju da predvide: a) da će svoje sporove podvrtnuti jednoj stalnoj arbitražnoj instituciji; u tom slučaju arbitražni postupak se vodiće se u skladu sa statutom te institucije;"

donetih od strane udruženja privrednika i njihovih drugih asocijacija.

U početku, pomenuta udruženja i asocijacije su nudili navedene formule samo svojim članovima, ali su vremenom oni postajali dostupni i drugim zainteresovanim licima, zbog čega su se našli u masovnoj upotrebi. Uviđajući njihov značaj različita, međunarodna tela i forumi počela su da rade na njihovoj kodifikaciji pa su tako nastale neke od kodifikacija koje su u najširoj primeni već desetinama godina.<sup>53</sup>

3) *Međunarodni sporazumi i konvencije*: iako u hijerarhiji izvora arbitražnog prava zauzimaju tek četvrto mesto, međunarodni sporazumi i konvencije su imali gotovo presudnu ulogu u uspostavljanju i razvoju arbitražnog prava. Prve značajnije multilateralne međunarodne konvencije u ovoj oblasti su Protokol o arbitražnim klauzulama od 24. septembra 1923. godine i Konvencija o izvršenju inostranih arbitražnih odluka od 26. septembra 1927. godine, koje su donete posle Prvog svetskog rata na inicijativu Društva naroda. Protokol o arbitražnim klauzulama je značajan ne samo kao prva međunarodna konvencija u ovoj oblasti, već posebno zbog toga što je ovim aktom po prvi put arbitražna klauzula, pored arbitražnog kompromisa, prizanta kao pravni osnov za zasnivanje arbitraže.<sup>54</sup> Navedenim protokolom, međutim, nije bilo regulisano i pitanje izvršenja stranih arbitražnih odluka jer još uvek nisu bili sazreli uslovi za to. Tek četiri godine kasnije, kada je praksa ukazala na neophodnost međunarodnog regulisanja i ovog pitanja, doneta je nova Konvencija koja je za predmet imala upravo regulisanje pitanja izvršenja stranih arbitražnih odluka, poznata pod nazivom Ženevska konvencija o izvršenju inostranih arbitražnih odluka.<sup>55</sup>

53 Tako je Ekonomska komisija UN za Evropu donela niz tipskih ugovora, među kojima su najpoznatiji Ženevski tipski ugovori za prodaju razne robe. Pored toga, na međunarodnom planu je naročito značajnu ulogu odigrala Međunarodna trgovinska komora u Parizu, koja je donela INKOTERMS pravila za uređenje osnovnih obaveza kupca i prodavca u različitim tipovima ugovora o međunarodnoj prodaji robe.

54 Do donošenja Ženevskog protokola o arbitražnim klauzulama iz 1923. godine mnoge zemlje su strankama dozvoljavale da zaključuju samo arbitražni kompromis, kao ugovor o poveravanju već nastalog spora na rešavanje arbitraži, a ne i arbitražnu klauzulu.

55 Najveći kvalitet Ženevska konvencije o izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1927. godine je taj što ona po prvi put utvrđuje jedinstvene uslove za izvršenje stranih arbitražnih odluka u zemljama potpisnica. Naime, ova konvencija određuje uslove za priznanje i izvršenje stranih arbitražnih odluka (član 1.); predviđa ograničenja kod priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka (član 2.); dozvoljava odbijanje ili odlaganje priznanja ili izvršenja strane odluke (član 3.), a uređuje i sam postupak po kome se strane arbitražne odluke priznaju i izvršavaju. U svakom slučaju, ono što je naročito bitno kada

Kako se međunarodna trgovinska arbitraža vremenom razvijala, postepeno su zastarevala i bivala nedovoljna rešenja koja su predviđale navedene konvencije, a to je naročito bilo izraženo u materiji priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka. Ženevska konvencija o izvršenju stranih arbitražnih odluka nije obezbeđivala sigurno i brzo izvršenje odluka stranih arbitraža, što je bio osnovni razlog za usvajanje nove konvencije u ovoj oblasti - Njujorške konvencije o izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine.<sup>56</sup> Ovom konvencijom je učinjen još jedan, značajan korak u razvoju međunarodnog arbitražnog prava, pre svega zbog toga što je njome po prvi put uvedeno pravilo da strana koja osporava izvršenje strane arbitražne odluke mora da dokaže postojanje određenih nedostataka u vezi sa odlukom čije se priznanje i izvršenje traži, odnosno da dokaže da postoje povrede materijalnog ili procesnog prava u vezi sa njom. Na ovaj način je konačno utemeljeno pravilo da se odluka strane arbitraže izvršava u drugoj zemlji potpisnici konvencije.

Postoje i međunarodne konvencije o arbitraži koje su zaključene na nivou regiona, kao i bilateralni međunarodni ugovori koji regulišu arbitražu. Jedna od značajnijih regionalnih konvencija je Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine, koju je ratifikovalo 25 evropskih zemalja (među kojima i naša zemlja) i nekoliko vanevropskih. Ova konvencija reguliše različita pitanja a značajna je, između ostalog, i zbog toga što po prvi put predviđa da i pravna lica javnopravnog karaktera mogu da zaključuju arbitražne sporazume.<sup>57</sup> Pored evropske, postoje i druge međunarodne konvencije zaključene na nivou regiona i odnose se na arbitražno rešavanje sporova kao što su Interamerička konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži od 30. januara 1975. godine, kojoj je pristupilo 15 država Južne Amerike i SAD, i Arapska konvencija o trgovinskoj arbitraži od 14. aprila 1987. godine, koja se primenjuje u osam arapskih država.

Kada je, međutim, reč o bilateralnim međunarodnim ugovorima u oblasti arbitražnog prava, karakteristično je da su retki takvi ugovori koji

---

je ova konvencija u pitanju je to što ona predviđa obavezu stranke koja podnosi zahtev za priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke da dokaže da su ispunjeni uslovi za njeno priznanje i izvršenje (član 4(2) i (3)).

56 Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka je ratifikovana u 106. država sveta.

57 Član II Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži od 21. aprila 1961. godine.

za predmet imaju samo arbitražu - najčešće se odredbe o arbitraži nalaze u sklopu trgovinskih međunarodnih ugovora ili ugovora kojima se uređuje međusobna pravna saradnja između dve države.

Kod navođenja liste izvora arbitražnog prava koji pripadaju grupi međunarodnih izvora prava, ne mogu se zaobići UNCITRAL Model zakon iz 1985. godine i Arbitražna pravila UNCITRAL-a iz 1976. godine.<sup>58</sup> Reč je, naime, o sasvim specifičnim izvorima prava koji su doneti pod okriljem Ujedinjenih nacija i koji nemaju oblik međunarodnog ugovora, ali su izvori prava zato što se u praksi primenjuju. Donela ih je Komisija UN-a za međunarodno trgovinsko pravo i njima su regulisana najznačajnija pitanja postupka pred međunarodnim trgovinskim arbitražama.

Za potrebe *ad hoc* arbitraža, doneta su Arbitražna pravila, kojima je u celosti uređen postupak pred *ad hoc* arbitražama. Reč je o fakultativnom izvoru prava koji se primenjuje samo kada se stranke izričito na njega pozovu. S druge strane, Model zakon o arbitraži<sup>59</sup> je dokument koji podseća na međunarodnu konvenciju, ali je u suštini reč o aktu koji treba da posluži samo kao primer, uzor ili model za izradu nacionalnih zakona o arbitraži. On uređuje pitanja iz oblasti međunarodne trgovinske arbitraže, ali praksa prihvata i šire tumačenje po kome se njegove odredbe mogu primeniti i na domaću trgovinsku arbitražu. Ovaj pravni akt se ne primenjuje neposredno kao izvor prava već su njegova rešenja prihvaćena i odredbe unete u veliki broj nacionalnih zakona o arbitraži, te govorimo o njegovoj primeni onda kada se primenjuje takav nacionalni propis.<sup>60</sup> Praktični značaj Model zakona o arbitraži ogleda se u njegovom nesumnjivom uticaju na modernizaciju i unifikaciju nacionalnih arbitražnih zakonodavstava, tako da je on po svojoj

---

58 Arbitražna pravila UNCITRALA je usvojila Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo 15. decembra 1976. godine.

59 UNCITRAL Model zakon o arbitraži je usvojila Komisija UN za međunarodno trgovinsko pravo 21. juna 1985. godine. Osnovni ciljevi koje promovise Model zakon su: jačanje autonomije volje stranaka, minimalni broj imperativnih odredbi i poboljšanje mogućnosti izvršenja arbitražnih odluka u inostranstvu

60 Sledeće zemlje su zasnovale svoje zakonske propise o arbitraži na UNCITRAL Model zakonu: Australija, Bahrein, Belorusija, Bermudska ostrva, Bugarska, Egipat, Grčka, Gvatemala, Hrvatska, Indija, Iran, Irska, Japan, Kanada, Kenija, Kipar, Republika Koreja; Litvanija, Mađarska, Madagaskar; Makao, Malta, Meksiko, Nemačka, Novi Zeland, Nigerija, Oman, Peru, Ruska Federacija, Singapur, Srbija, Šri Lanka, Tunis, Ukrajina, Zimbabve, unutar SAD: Kalifornija, Konektikat, Oregon i TEksas, i unutar Velike Britanije: Škotska.

širini i fleksibilnosti prevazišao postojeće međunarodne konvencije u ovoj oblasti.

4) *Nacionalni zakoni o arbitraži*: ovi izvori prava se u poslednjih nekoliko decenija, usled sve šireg međunarodnog trgovinskog prometa i povećanja broja sporova u ovoj oblasti, značajno i brzo razvijaju. Za raniji period, u kome arbitraže nisu bile u tako širokoj primeni kao što je to slučaj danas, bilo je karakteristično da se odredbe o arbitražnom postupku nalaze kao posebni delovi već postojećih zakona, najčešće zakona kojim se reguliše građanski postupak.

Razvoj međunarodne trgovine i sve češća upotreba arbitraže u rešavanju sporova iz ove oblasti ukazao je na potrebu detaljnijeg regulisanja arbitražnog postupka. Države koje prate navedene promene blagovremeno su pristupile revidiranju svog nacionalnog zakonodavstva bilo donošenjem posebnog zakona o arbitraži, bilo usvajanjem odgovarajućih izmena i dopuna onih zakona u okviru kojih se nalaze odredbe o arbitraži.

Posmatrajući strukturu nacionalnih zakona kao izvora prava međunarodne trgovinske arbitražu primećuje se da oni, u suštini, propisuju organizaciju i postupak za *ad hoc* arbitraže, s obzirom da su institucionalne arbitraže organizovane po sopstvenim pravilima. Tek kada se ta pravila u pojedinom slučaju pokažu kao nedovoljna, sporno pitanje će se rešiti primenom nekog nacionalnog procesnog prava, najčešće onog koje izaberu arbitri.

5) *Sudska praksa*: kada je o ovom izvoru arbitražnog prava reč, za arbitražu je merodavna praksa sudova one zemlje za čije je pravo arbitraža vezana, ali i sudova onih zemalja na čijoj teritoriji se traži priznanje i izvršenje arbitražne odluke strane međunarodne trgovinske arbitraže. Pored toga, sudska praksa je značajan izvor prava i za popunjavanje pravnih praznina koje se javljaju u toku samog arbitražnog postupka.<sup>61</sup>

6) *Arbitražna praksa i doktrina arbitražnog prava*: mada nisu neposredni izvori prava, arbitražna praksa i doktrina arbitražnog prava imaju uočljiv značaj ne samo kao izvori arbitražnog prava, već i za njegov razvoj. Činjenica da veliki broj stalnih međunarodnih trgovinskih arbitraža objavljuje zbornike izabranih odluka (uz prethodnu saglasnost stranaka) dovoljno govori o značaju arbitražne prakse i potrebi njenog stavljanja na uvid stručnoj, ali i široj javnosti. S druge strane, nauka arbitražnog prava ne samo da aktivno učestvuje u formiranju i razvoju ove grane prava; ona

61 O ovome videti detaljnije u A. Goldštajn, op. cit, str. 9.

posebno doprinosi utvrđivanju i afirmisanju pravnih principa koje arbitraže primenjuju u donošenju svojih odluka. Pored toga, nije zanemarljiv ni uticaj koji edukativni deo nauke vrši na obrazovanje i specijalizaciju pravnih kadrova koji se bave ovom oblašću u praksi.

**Katarina Jovičić; MA**

*Institut of comparative law, Belgrade*

## **INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION**

*International commercial arbitration is ever more in the spotlight due to its growing popularity. Parties decide more often to entrust their dispute to arbitration comprising of independent arbitrators nominated by the parties themselves, within the procedure and by rules freely chosen by them.*

*By selecting international commercial arbitration, a special and complete mechanism of solving a dispute, one avoids uncertainties that may arise in international court procedures, the most inconvenient of which are the following: long duration of the procedure, possible parallel procedures in different states, conflict of law issues, etc. The most common advantage of arbitration in comparison to court procedure is the fact that, due to wide accepted international sources of law, the international commercial arbitration awards are often more easily enforced abroad than national court verdicts.*

*Having in mind that we are dealing with international institutions that apply international rules with great success, which provide fair, neutral, professional and efficient way of solving complicate international cases, scientific focus on arbitrations is of great importance for legal theory and practice.*

*Key words: International commercial arbitration; mechanism for resolving disputes; international rules*

*Key words: International commercail arbitration; mechanism of solving a dispute; international rules*

**Mr Ana Knežević Bojović**  
istraživač-saradnik  
Institut za uporedno pravo

Primljeno 01.06.2008.  
udk: 342.56  
341.24 + 34 (4971.11)

## **GRAĐANSKA, KRIVIČNA, I DISCIPLINSKA ODGOVORNOST SUDIJA – MEĐUNARODNI DOKUMENTI I PRAVO SRBIJE**

*Jedan od najvažnijih elemenata vladavine prava jeste nezavisnost sudstva, kako institucionalna, tako i personalna. Ovo pitanje je podjednako značajno za zemlje u tranziciji, u kojima se novi pravni i politički poredak izgrađuje na nasleđu autoritarne prošlosti, ali i za razvijene demokratske države.*

*Autorka ispituje pravila kojima se reguliše pitanje građanske, krivične i disciplinske odgovornosti sudija propisana relevantnim međunarodnim dokumentima i poredi preporuke u njima sadržane sa važećim propisima u Srbiji. U radu se takođe ispituju i rešenja predviđena predlozima za reformu seta pravosudnih zakona, koja su za sada sadržana u radnim verzijama zakona..*

*Ključne reči: sudije, građanska odgovornost, krivična odgovornost, imunitet, disciplinska odgovornost, disciplinske sankcije, razrešenje*

Jedan od najvažnijih elemenata vladavine prava jeste nezavisnost sudstva, kako institucionalna, tako i personalna. Ovo pitanje je podjednako značajno za zemlje u tranziciji, u kojima se novi pravni i politički poredak izgrađuje na nasleđu autoritarne prošlosti, ali i za razvijene demokratske države.

Osim načina izbora sudija, pravila o njihovom napredovanju u službi i imperativa njihove stalnosti i nepremestivosti, značajne garantije nezavisnosti sudstva jesu i transparentan postupak razrešenja sudija, i jasna pravila o njihovoj građanskoj, krivičnoj i disciplinskoj odgovornosti.

Pitanje razrešenja sudija i navedenih oblika odgovornosti blisko su povezani – činjenica da je sudija odgovoran za izvršenje određenih kategorija krivičnih dela je osnov za pokretanje postupka razrešenja, disciplinska odgovornost takođe može voditi razrešenju.

Upravo zbog toga se i javila svest o potrebi usklađivanja osnovnih pravila u vezi sa građanskom, krivičnom i disciplinskom odgovornošću sudija na međunarodnom nivou. Iako su ova pravila sadržana u dokumentima koji nisu pravno obavezujući, a same preporuke su prevashodno usmerene na procesna a ne materijalno-pravna pitanja, ona predstavljaju značajne i korisne smernice za nacionalnog zakonodavca, naročito u procesu reforme sudskog sistema.

Jedan od prvih takvih dokumenata jesu u Osnovna načela nezavisnosti sudija, usvojena na nivou Ujedinjenih Nacija.<sup>1</sup> Poslednjih decenija takođe je na nivou Saveta Evrope izražena aktivnost u ovoj oblasti, kako u okviru rada Saveta Ministara, tako i okviru rada posebnih tela, sačinjenih od pripadnika pravosudne profesije<sup>2</sup>. Najznačajniji dokumenti usvojeni u okviru Saveta Evrope jesu Evropska povelja o statutu za sudije<sup>3</sup>, Preporuka Saveta Ministara o nezavisnosti, efikasnosti i ulozi sudija<sup>4</sup>, kao i Mišljenje br. 3 Konsultativnog saveta evropskih sudija o načelima i pravilima kojima se reguliše profesionalno ponašanje sudija, naročito etika, nespojivost funkcija i nepristrasnost.<sup>5</sup>

Cilj ovog rada je da ispita usklađenost važećih domaćih propisa i predloga zakona sa najznačajnijim međunarodnim dokumentima u ovoj oblasti.

---

1 Basic Principles on the Independence of the Judiciary adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from 26 August to 6 September 1985 and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of 29 November 1985 and 40/146 of 13 December 1985

2 Consultative Committee of European Judges – Savetodavni komitet evropskih sudija, u daljem tekstu SKES

3 European Charter on the Statute for Judges DAJ/DOC (98) 23

4 Recommendation no. R (94) 12 of the Committee of Ministers to Member States on the Independence, Efficiency and Role of Judges, adopted by the Committee of Ministers on 13 October 1994 at the 518th meeting of the Ministers' Deputies

5 Opinion No. 3 of the Consultative Council Of European Judges (CCJE) to the Attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Principles And Rules Governing

Judges' Professional Conduct, In Particular Ethics, Incompatible Behaviour and Impartiality

## 1. Građanska odgovornost sudija

Osnovno načelo izraženo u svim međunarodnim dokumentima jeste da sudije ne mogu biti podvrgnute građanskoj odgovornosti za pogreške učinjene u vršenju sudijske funkcije.<sup>6</sup> Kada se govori o sudijskoj grešci u ovom kontekstu, pod njom se podrazumeva pogrešna primena materijalnog ili procesnog prava ili neadekvatna ocena dokaza, naravno, pod uslovom da se radi o savesnom vršenju sudijske funkcije. Ovakve greške mogu jedino da predstavljaju osnov za podnošenje pravnog leka protiv date sudske odluke, ali ne i osnov za pozivanje sudije na građansku odgovornost. Sa druge strane, one vrste pogreški i/ili nedostatka u vršenju sudijske funkcije koje se ne mogu ispraviti kroz redovan ili vanredan pravni lek, kao što je, na primer, neopravdano odlaganje u postupku, mogu predstavljati samo osnov za pokretanje građanskog postupka za naknadu štete, ali protiv države, ne protiv sudije.<sup>7</sup>

Načelno, prethodno navedena pravila ne isključuju mogućnost da država naknadi ovakve troškove od sudije, ali pod uslovom da je sudija postupao nesavesno tj. u slučaju grube nepažnje.<sup>8</sup>

U Evropskoj povelji o statutu za sudije pokretanje postupka protiv sudije je uslovljeno prethodnim odobrenjem nezavisnog tela, čiji veći deo čine sudije.<sup>9</sup>

Sa druge strane, Konsultativni komitet evropskih sudija otišao je korak dalje, te je u njegovom Mišljenju br. 3 izražen stav da nije prikladno da sudija bude izložen bilo kakvom obliku lične odgovornosti, čak i ako se radi o naknadi troškova od strane države, osim u slučaju namernog postupanja. Argument koji se u Mišljenju ističe u prilog ovoj tezi jeste da bi sudija zbog čije se greške izvršene u vršenju sudijske funkcije vodi

6 Stav 16. UN Osnovnih načela o nezavisnosti sudija, stav 5.2 Evropske povelje o statutu za sudije, stav 55. Mišljenja br. 3

7 Videti stav 55 Mišljenja br. 3

8 Stav 5.2 Evropske povelje o statutu za sudije. Ovakvo pravilo poznato je u praksi brojnih evropskih država.

9 Samo postojanje tela nezavisnog od izvršne i zakonodavne vlasti, čiju najmanje jednu polovinu članova čine sudije izabrane od strane svojih kolega na način koji obezbeđuje najširu predstavljenost sudstva, a koje mora imati uticaj na sve odluke u vezi sa regrutovanjem, izborom, napredovanjem sudija i prestankom sudijske funkcije, Evropska povelja o statutu za sudije predviđa u stavu 1.3. U velikom broju evropskih država pravosudni savet vrši ulogu takvog tela. Više o pravosudnim savetima u Evropi videti u: Grupa autora, "Pravosudni saveti", Institut za uporedno pravo, Beograd 2003.

postupak protiv države morao biti uključen u taj postupak od samog početka – što je sasvim u skladu sa opštim načelima građanskog procesnog prava.

Što se tiče prava Srbije, osnovno načelo kojim je regulisano pitanje građanskopravne odgovornosti sudija sadržano je u članu 6 Zakona o sudijama<sup>10</sup>, koji glasi:

*„Za štetu koju sudija prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija.*

*Kad je šteta prouzrokovana namerno ili grubom nepažnjom Republika Srbija može od sudije tražiti naknadu isplaćenog iznosa”.*

Osim toga, sudije uživaju apsolutni imunitet za mišljenje ili glas dat u vršenju sudijske dužnosti<sup>11</sup>

Osnovno načelo građanske odgovornosti sudija veoma je jednostavno, i poznato u uporednoj praksi.

Sama ideja odgovornosti države za rad sudija zasniva se na opštem načelu sadržanom u Zakonu o obligacionim odnosima<sup>12</sup>, prema kome su pravna lica odgovorna za štetu koju prouzrokuju njihovih organi.

Zanimljivo je da pravo Srbije ne sadrži dalje odredbe o građanskoj odgovornosti sudija, kao ni pravila o obimu i vrsti štete koja se ima nadoknaditi, te treba uzeti da će se primenjivati pravila obligacionog prava.<sup>13</sup>

Uslov za to da država uopšte naknadi štetu nanetu u vršenju sudijske funkcije jeste da je takva šteta prouzrokovana nezakonitim ili nepravilnim radom sudije. Što se tiče pojma nezakonitosti, on je sam po sebi jasan, dok pojam nepravilnog rada sudije, čini se, zahteva dodatna objašnjenja. Ipak, domaći zakonodavac takvo pojašnjenje ne pruža.

Jedan od pokazatelja u vezi sa time šta će se smatrati “nepravilnim” radom sudije može se naći u odredbama kojima se reguliše razrešenje sudija. Naime, jedan od osnova za razrešenje jeste i da sudija nesavesno ili nestručno vrši dužnost.<sup>14</sup> Zakonom se dalje predviđa da sudija nesavesno vrši dužnost ako odugovlači rešavanje predmeta, zanemaruje propisane rokove u vođenju postupka ili izradi odluka ili na drugi način postup

10 Zakon o sudijama, “Službeni glasnik Republike Srbije” br. 63/2001, 42/2002, 17/2003 – odluka Ustavnog suda Republike Srbije, 25/2003 – ispravka Odluke USRS, 27/2003, 29/2004 – odluka USRS, 44/2004, 61/2005, 101/2005, 46/2006.

11 Član 5 Zakona o sudijama.

12 Član 172 Zakona o obligacionim odnosima, (“Sl. list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89 i “Sl. list SRJ”, br. 31/93)

13 Članovi 185-188, član 199 član 200 Zakona o obligacionim odnosima.

14 Član 54 Zakona o sudijama.

protivno merilima koje odredi Vrhovni sud Srbije.<sup>15</sup> Nadalje, smatra se da sudija nesavesno vrši svoju dužnost ako nastavi službe, poslove ili postupke slične onima za koje je utvrđeno da su nespojivi sa njegovom dužnošću.<sup>16</sup> Nestručnim se smatra nedovoljno uspešno vršenje sudijske dužnosti, shodno merilima koje propiše Vrhovni sud Srbije.<sup>17</sup> Ova merila<sup>18</sup> su: broj predmeta u radu po sudiji, broj predmeta koji bi sudija trebalo da reši mesečno, broj ukinutih, potvrđenih i preinačenih odluka, vreme izrade odluke, blagovremeno i ažurno postupanje u predmetu, odnos prema učesnicima postupka.

Svakako, pojam nepravilnog rada ne treba ograničiti samo na nesavesno ili nestručno vršenje dužnosti, ali se čini da se mora uzeti da ih on obuhvata.

U tom slučaju, način na koji je postavljena građanskopravna odgovornost sudija u potpunosti odgovara osnovnim načelima izraženim u odgovarajućim međunarodnim dokumentima.

Ono što, međutim, predstavlja ozbiljan nedostatak, jeste nepostojanje posebnih procesnih odredbi. Naime, ostaje nejasno na koji način i u kom postupku se donosi ocena o tome da li je sudija postupao nepravilno. Ukoliko se prihvati stav da sadržina pojma nepravilnog rada u najvećoj meri koincidira sa pojmom nesavesnog ili nestručnog vršenja dužnosti, logično bi bilo da se nesavesno ili nestručno vršenje dužnosti utvrđuje u postupku koji je za to predviđen – a prema važećim propisima, to se čini samo prilikom izbora, odnosno unapređenja sudija ili njihovog razrešenja.

Ukoliko se pak, sa druge strane, pretpostavi da se činjenica da je sudija radio nepravilno utvrđuje u građanskom sudskom postupku pokrenutom protiv države u cilju naknade štete, to bi značilo da se:

- jedno veoma složeno i osetljivo pitanje raspravlja u redovnom sudskom postupku, bez ikakvog uticaja specijalizovanog tela kao što je Visoki savet pravosuđa/sudstva;
- ostaje nejasno da li su i u kakvoj vezi utvrđena građanskopravna odgovornost sudije i pokretanje odgovarajućeg postupka razrešenja ili vanrednog nadzora.

15 Član 55 stav 1 Zakona o sudijama

16 Član 55 stav 2 Zakona o sudijama

17 Član 55 stav 3 Zakona o sudijama..

18 Merilima za vršenje minimuma uspešnosti vršenja sudijske dužnosti, "Službeni glasnik RS" br. 36/2002 i 41/2002.

Treba istaći da je u postojećem Predlogu Zakona o sudijama predviđeno rešenje kojim se ovi nedostaci ispravljaju. Član 6 ovog Predloga glasi:

*Odgovornost za štetu*

*Za štetu koju sudija prouzrokuje nezakonitim ili nepravilnim radom odgovara Republika Srbija.*

*Kad je pravosnažnom sudskom odlukom, odnosno poravnanjem pred sudom ili drugim nadležnim organom odlučeno da je šteta prouzrokovana namerno ili krajnjom neažnjom, Republika Srbija može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa.*

*Kad je odlukom Evropskog suda za ljudska prava (ili drugog suda nastalog ratifikovanim međunarodnim ugovorom) utvrđeno da su u toku sudskog postupka kršena ljudska prava i osnovne slobode i da je presuda zasnovana na takvom kršenju, Republika Srbija može tražiti od sudije naknadu isplaćenog iznosa.*

*O postojanju uslova za naknadu isplaćenog iznosa iz st. 2 i 3. ovog člana odlučuje Visoki savet sudstva, na zahtev ministarstva nadležnog za pravosuđe.*

Rešenjem sadržanim u ovom članu Predloga zakona uvodi se i novi osnov odgovornosti – odluka međunarodnog suda kojom se utvrđuje da je tokom postupka došlo do kršenja ljudskih prava i da je presuda zasnovana na takvom kršenju. Osim toga, usvaja se preporuka izneta u Evropskoj povelji o statutu za sudije, te se predviđa učešće Visokog saveta sudstva u donošenju odluke o postojanju uslova za regresnu odgovornost sudije.

Ipak, čini se da ideja izražena u ovom članu nije do kraja sprovedena u setu reformskih pravosudnih zakona – naime, u Predlogu zakona o visokom savetu sudstva, prilikom navođenja nadležnosti VSS, ne pominje se i odlučivanje o pitanjima iz stava 4. člana 6. predloga Zakona, te ono ostaje u domenu “obavljanja ostalih poslova predviđenih zakonom”.<sup>19</sup> Svakako bi bilo bolje da i nadležnost i postupak (ili upućivanje na drugi odgovarajući postupak – npr. disciplinski) za ovakvo odlučivanje budu propisani Zakonom o VSS, ali, kako se radi o predlogu, mesta za poboljšanje još uvek ima.

---

19 Videti član 13 Prečišćene verzije Predloga zakona o Visokom savetu sudstva.

## 2. Krivična odgovornost

Pomenuti međunarodni dokumenti prihvataju načelo da one sudije koje u vršenju dužnosti izvrše krivično delo ne mogu da se pozivaju na sudijski imunitet. Ipak, Savetodavni komitet evropskih sudija ističe u svom Mišljenju da se krivična odgovornost sudija za nehatno izvršena dela u vršenju sudijske funkcije ne smatra prihvatljivom, niti smatra da takvu praksu treba podsticati. U ovom mišljenju se ističe da sudija nikako ne sme raditi pod pretnjom novčane kazne ili zatvora, jer svest o mogućnosti takve kazne može uticati na donošenja odluka.<sup>20</sup>

U pravu Srbije predviđeno je da sudije uživaju imunitet od krivičnog gonjenja, to dve vrste imuniteta:

- materijalni imunitet, za mišljanja iskazana i glas dat u vršenju sudijske funkcije
- procesni imunitet – pokretanje krivičnog postupka za dela učinjena u vršenju sudijske funkcije kao i određivanje pritvora sudiji uslovljeno je prethodnim odobrenjem Visokog saveta sudstva<sup>21</sup>.

Za razliku od ranijeg Ustava<sup>22</sup>, kojim je bio predviđen apsolutni materijalni imunitet, odredbama novog Ustava propisano je da sudija *može* biti pozvan na odgovornost za izraženo mišljenje ili glasanje prilikom donošenja odluke ukoliko se radi o krivičnom delu kršenja zakona od strane sudije. Ovo delo propisano je članom 360 Krivičnog zakonika Srbije<sup>23</sup>, koji glasi:

*“Sudija ili sudija porotnik, javni tužilac ili njegov zamenik koji u sudskom postupku u nameri da drugom pribavi kakvu korist ili da mu nanese kakvu štetu, donese nezakonit akt ili na drugi način prekrši zakon, kazniće se zatvorom od šest meseci do pet godina.”*

Odredbe važećeg Zakona o sudijama nisu formalno usklađene sa ovom odredbom, s obzirom na to da se u njima predviđa aspolutni materijalnopravni imunitet sudija za mišljenje ili glas dat u vršenju

20 Stav 53 Mišljenja broj 3

21 Član 151 Ustava Srbije “Službeni glasnik Republike Srbije” br. 98/2006

22 “Službeni glasnik RS” br. 1/1990

23 “Službeni glasnik Republike Srbije” br. 85/2005

sudijske funkcije.<sup>24</sup> Ovaj nedostatak treba da bude ispravljen usvajanjem novog Zakona o sudijama, u čijem članu 5 je imunitet sudija predviđen na isti način kao i u važećem Ustavu.

Dakle, kao što je već istaknuto, sudije u Srbiji odgovaraju za krivična dela izvršena u obavljanju sudijske funkcije, s tim što je njihovo lišenje slobode u ovom postupku uslovljeno prethodnim odobrenjem Visokog saveta sudstva.

Čini se da je potrebno bliže odrediti pojam krivičnih dela izvršenih u obavljanju sudijske funkcije. Ovaj pojam svakako obuhvata već pomenuto krivično delo kršenja zakona od strane sudije, ali postavlja se opravdano pitanje da li obuhvata i druga zakonom propisana dela protiv službene dužnosti, koja su, zajedno sa delom kršenja zakona od strane sudije, propisana Trideset trećom glavom Krivičnog zakonika<sup>25</sup>.

U tom cilju potrebno je utvrditi da li pojam službenog lica podrazumeva i sudiju. Iz same činjenice da je krivično delo kršenja zakona svrstano u pomenutu Trideset treću glavu Krivičnog zakonika dalo bi se zaključiti da sudije u smislu ovog zakona jesu službena lica. Ovakvo stanovište potkrepljeno je i preovlađujućim teorijskim stanovištem da sud *jeste* državni organ, te da sudija svakako može biti obuhvaćen određenjem iz člana 112 stav 3 Krivičnog zakonika prema kome je službeno lice, inter alia:

- 1) lice koje u državnom organu vrši službene dužnosti;*
- 2) izabrano, imenovano ili postavljeno lice u državnom organu, organu lokalne samouprave ili lice koje stalno ili povremeno vrši službene dužnosti ili službene funkcije u tim organima;*

Nadalje, kako je stavom 4 člana 113 predviđeno da se stranim službenim licem, između ostalog, smatra i član sudskog organa strane države, više je nego jasno da će se i domaći sudija smatrati službenim licem.

Stoga pojam dela izvršenih u obavljanju sudijske funkcije nužno obuhvata i krivična dela protiv službene dužnosti.

U isto vreme, sudije ne uživaju procesni imunitet u odnosu na krivična dela izvršena van svoje sudijske funkcije. Sudije mogu biti lišene slobode i protiv njih može biti pokrenut postupak za krivična dela izvršena van funkcije bez ikakvih ograničenja. To znači da sudija u ovom slučaju

---

24 Videti član 5 Zakona o sudijama

25 Glava Trideset treća Krivičnog zakonika

odgovara kao i svaki drugi građanin. Osim posledica u vidu služenja kazne lišenja slobode ili plaćanja novčane kazne, krivična osuda nužno utiče na sudijsku funkciju.

Prema važećim propisima, ako sudija bude osuđen na bezuslovnu kaznu zatvora dužu od šest meseci, takva osuda predstavlja jedan od osnova za razrešenje.<sup>26</sup> Treba napomenuti da je ovaj osnov za razrešenje, kao i drugi osnovi, bio propisan i odredbama prethodnog Ustava Srbije<sup>27</sup>, dok je novim Ustavom predviđeno da se postupak, osnovi i razlozi razrešenja sudija predviđaju zakonom. Na taj način jedno značajno pitanje, jedan od suštinskih elemenata zajemčene nezavisnosti sudija, ostavljeno je da bude regulisano aktom koji je relativno lako promenljiv.<sup>28</sup> Predlogom novog Zakona o sudijama takođe se predviđa da je bezuslovna osuda na zatvorsku kaznu duža od šest meseci jedan od osnova za razrešenje sudije, te, dakle, u toj oblasti neće biti većih izmena. Ovakvim rešenjem je zapravo samo potvrđeno opšte načelo radnog prava o prestanku radnog odnosa po sili zakona ako radnik bude osuđen na bezuslovnu zatvorsku kaznu od najmanje šest meseci.<sup>29</sup>

Ovako određen imunitet sudija predstavljao je predmet kritika – činjenica da je prosečni imunitet sudija ograničen na dela izvršena u vršenju funkcije, prema nekim autorima<sup>30</sup>, predstavlja kršenje proklamovanog načela podele vlasti. Naime, tvrdi se da se činjenicom da je imunitet narodnih poslanika postavljen mnogo šire nego imunitet sudija narušava proklamovano načelo podele vlasti.

Sa druge strane, novo ustavno (i očekivano zakonsko) rešenje u kojem je predviđeno da Visoki savet sudstva odlučuje o imunitetu sudija, predstavlja značajno poboljšanje i korak ka prihvatanju evropskih standarda u ovoj oblasti.<sup>31</sup> Inače, radnom verzijom Zakona o VSS je predviđeno

---

26 Član 54 Zakona o Sudijama.

27 Član 101 starog Ustava

28 Na primer, važeći Zakon o sudijama Srbije za 5 godina pretrpeo je 10 izmena.

29 Videti član 176 Zakona o radu ("Službeni glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005)

30 Z. Ivošević, "Sudstvo u Srbiji", navedeno prema: Miodrag Radivojević, "Položaj i uloga sudske vlasti", zbornik "Križa i reforma pravosuđa", CUPS, 2001, Beograd

31 Sa druge strane, opravdane zamerke se i dalje mogu uputiti u odnosu na predloženi sastav ovog tela – u predlogu Zakona o visokom savetu sudstva nisu učinjene značajne izmene u pogledu strukture ovog tela (činjenica da stalni članovi kao što su ministar nadležan za pravosuđe i član nadležnog odbora Narodne skupštine uvek imaju pravo glasa), podele članova na stalne i pozivne, načinu izbora pojedinih kategorija članova (npr. činjenica da se predlaganje kandidata iz reda profesora pravnog fakulteta sprovodi

da članovi Visokog saveta sudstva uživaju isti imunitet kao i sudije, a i lišenje slobode člana Saveta zbog krivičnog dela izvršenog u obavljanju funkcije uslovljeno je prethodnim odobrenjem samog Saveta. Čini se da se ovakvim rešenje zapravo samo osigurava da članovi Saveta iz redova advokata i profesora pravnog fakulteta steknu imunitet za dela izvršena u obavljanju funkcije člana Saveta – oni članovi Saveta koji su sudije, taj imunitet već uživaju, dok ministar nadležan za poslove pravosuđa i predstavnik nadležnog odbora Narodne skupštine uživaju širi, poslanički imunitet. Čini se da bi bilo bolje da je za članove ovog tela bio predviđen imunitet jednak poslaničkom.

Krivična osuda sudije za delo izvršeno van sudijske funkcije takođe može predstavljati osnov za razrešenje ukoliko se radi o delu koje sudiju čini nedostojnim za vršenje sudijske funkcije. Ovaj osnov, ranije sadržan i u Ustavu i u zakonu, sada je predviđen samo odredbama važećeg Zakona o sudijama kao i radnom verzijom ovog zakona. Zanimljivo je da se u ovom slučaju ne mora raditi o krivičnom već o kažnjivom delu, te u obzir dolaze i prekršaji. Sam osnov opravdan je sa stanovišta uloge sudske vlasti u celokupnom pravnom sistemu i potrebe da se zaštiti integritet sudijske profesije. I zaista, činjenica da u postupku sudi lice osuđeno, na primer, za neovlašćenu proizvodnju, držanje i stavljanje u upotrebu opojnih droga.<sup>32</sup> Nadalje, kao što u svom “Prosedeu za nezavisnog sudiju” piše bivši sudija Vrhovnog suda Srbije, Zoran Ivošević “poverenje u sudje stiče se časnim životom, a časni život vode oni koji se prema drugima ponašaju kao prema sebi, koji ne štite samo sebe od drugih, već i druge od sebe, koji vaspitavaju delima a ne samo rečima”.

### **3. Disciplinska odgovornost**

U pomenutim međunarodnim dokumentima pitanje disciplinske odgovornosti sudija istaknuto je kao veoma značajno. Ovo je, zapravo veoma složeno pitanje, i čini se neophodnim razložiti ga na sledeća:<sup>33</sup>

- Kakvo ponašanje sudija predstavlja osnov njihove disciplinske odgovornosti?

---

na način i u postupku koji svojim aktom utvrdi dekan Pravnog fakulteta u Beogradu, a odluku donosi zajednička sednica svih redovnih i vanrednih profesora Pravnog fakulteta u Beogradu)

32 Član 246 Krivičnog zakonika

33 Što je i učinjeno u Mišljenju broj 3 Savetodavnog komiteta Evropskih sudija.

- Ko može i na koji način pokrenuti disciplinski postupak?
- Koje telo vodi ovaj postupak i donosi odluke?
- Kakve sankcije se mogu predvideti u slučajevima kada se utvrdi da postoji disciplinski prekršaj?

Što se tiče ponašanja koje predstavlja osnov disciplinske odgovornosti, u svom Mišljenju broj 3 CCJE ističe da nije ispravno predvideti da kršenje profesionalnih standarda predstavlja osnov za pokretanje disciplinskog postupka. Disciplinski postupak se može pokrenuti samo u slučaju ozbiljnog i očiglednog kršenja profesionalnih standarda, a ne u svakom slučaju propuštanja da se ovi standardi poštuju.

Takođe, čini se da postoji potreba da se zakonom jasno propiše ono ponašanje koje predstavlja osnov za pokretanje disciplinskog postupka. Na prvi pogled, čini se da je i u Principu VI. 2 Preporuke R(94) 12 predviđeno da osnovi za pokretanje disciplinskog postupka moraju uvek biti precizno određeni zakonom. Naravno da je nemoguće na precizan i iscrpan način odrediti sve moguće oblike ponašanja koji mogu dovesti do disciplinskog postupka i disciplinske sankcije - najčešće će biti dovoljno da se mogući razlozi odrede u zakonu na precizniji način, umesto upotrebom opštih odredbi, koje ostavljaju širok prostor za tumačenje.

Pokretanje disciplinskog postupka takođe je veoma značajno pitanje – sa jedne strane, potrebno je omogućiti strankama u postupku da se žale na neprofesionalno ponašanje sudije, a sa druge strane, potrebno je zaštititi sudije od mogućih zloupotreba ovog prava. Zbog toga se u međunarodnim dokumentima preporučuje da žalbe na ponašanje sudija koje bi mogle da dovedu do pokretanja disciplinskog postupka prethodno treba da ispita jedno nezavisno telo. Ukoliko ovo telo oceni da postoji jasno i očigledno kršenje profesionalnog ponašanja od strane sudije, ono ima ovlašćenje da predmet uputi telu nadležnom za vođenje disciplinskog postupka protiv sudija.<sup>34</sup>

Samo telo nadležno za sprovođenje disciplinskog postupka i odlučivanje u njemu moralo bi biti posebno, nezavisno telo, čije odluke podležu kontroli nekog višeg sudska, ili koje je i samo viši sud.<sup>35</sup> Ovo telo, osim što mora da bude nezavisno, takođe bi trebalo da u najvećem delu bude sačinjeno od sudija<sup>36</sup>, to jest, kako SKES preporučuje, to bi zapravo

34 Preporuka R (94) 12, Mišljenje broj 3 CCJE

35 Načelo VI Preporuke R (94) 12, član 19 Osnovnih načela UN

36 Članovi tela svakako mogu biti i lica koja nisu sudije, ali ne smeju biti predstavnici zakonodavne ili izvršne vlasti, kao ni izabrana, postavljena ili imenovana lica, ni državni

trebalo da bude isto ono telo koje odlučuje o izboru sudija. Neophodno je da se u toku postupka sudiji obezbedi pravo na odbranu i to u skladu sa članom 6.1. Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Koje se sankcije mogu izreći u disciplinskom postupku? Kako su razlike u pogledu vrsta disciplinskih sankcija u različitim zemljama velike, čini se dovoljnim da se poštuje preporuka data u Evropskoj povelji o statutu za sudije<sup>37</sup>, gde je predviđeno da “vrste sankcija moraju biti propisane zakonom i biti u skladu sa načelom srazmernosti”.

Što se tiče trenutno važećeg zakonodavstva u Srbiji, ono je unekoliko nedosledno u pogledu načina na koji je regulisana disciplinska odgovornost sudija. U samom zakon nigde izričito ne pominje pojam disciplinske odgovornosti niti disciplinskih sankcija, osim u odredbi stava 2 člana 40b. Ovaj član predstavlja deo poglavlja kojim se reguliše obrazovanje i nadležnost Nadzornog odbora, i uneta je u zakon 2004. godine. Naime, u članu 40b propisano je da Nadzorni odbor ima ovlašćenje da kontroliše sudske predmete i načini uvid u njih, a da po izvršenoj kontroli može pokrenuti postupak razrešenja sudije ili predložiti izricanje disciplinske mere sudijii. Ali, koje su to disciplinske mere?

Zakonom o sudijama predviđa se mogućnost izricanja sledećih mera:

- udaljenje sa dužnosti<sup>38</sup>
- uklanjanje iz suda<sup>39</sup>
- mera upozorenja<sup>40</sup>

Indikativno je da su sve ove mere zapravo posledice drugih prekršaja. Naime, udaljenje sa dužnosti se izriče u sledećim slučajvima:

- kada je sudiji određen pritvor (obavezno udaljenje)
- kada je protiv sudije pokrenut postupak razrešenja (udaljenje koje nije obavezno)
- kada je protiv sudije pokrenut krivični postupak za delo zbog koga može biti razrešen (udaljenje nije obavezno).

Ako je udaljenje obavezno, o njemu odlučuje predsednik suda, dok o udaljenju koje nije obavezno odlučuje predsednik Vrhovnog suda Srbije.

---

službenici.

37 Član 5.1. Povelje

38 Članovi 12-15

39 Član 58 Zakona o sudijama

40 Član 29 i član 58 Zakona o sudijama, član 58

O udaljenju predsednika Vrhovnog suda odlučuje Veliko personalno veće.

Trajanje mere udaljenje zavisi od trajanja postupka zbog koga je mera izrečena – to jest, ona traje do ukidanja pritvora ili okončanja postupka koji se vodi protiv sudije.

Što se tiče mere uklanjanja iz suda, ona je predviđena samo u slučaju postupka razrešenja sudija zbog nesavesnog i nestručnog vršenja dužnosti.<sup>41</sup> Mera uklanjanja iz suda može se izreći u trajanju od jedne godine do jednog meseca, ima isto dejstvo kao i mera udaljenja sa dužnosti, te nije sasvim jasno zbog čega zakonodavac pravi razliku između ove dve mere. Sudija ima pravo na prigovor protiv izrečene mere, i to Opštoj sednici Vrhovnog suda Srbije.<sup>42</sup>

Mera upozorenja može se izreći sudiji u dva slučaja – u postupku odlučivanja o nespojivosti službi i poslova sa sudijskom dužnosti ili u postupku razrešenja zbog nestručnog i nesavesnog vršenja sudijske dužnosti. U oba slučaja izrečena mera se upisuje u lični list sudije, a sudija ima pravo prigovora – u prvom slučaju, Visokom savetu pravosuđa, u drugom slučaju, Opštoj sednici Vrhovnog suda Srbije. Razlog za činjenicu da su kao druga instanca predviđena dva različita tela treba tražiti u odredbama prethodnog Ustava Srbije, prema kome je samo Vrhovni sud mogao odlučivati o razrešenju sudija i shodno tome, o drugim merama izrečenim u tom postupku – otud se prigovor na meru upozorenja izrečenu u postupku razrešenja prigovor može uložiti samo Opštoj sednici Vrhovnog suda.

Ono što je takođe unekoliko nejasno jeste formulacija člana 58, kojim se predviđa mogućnost izricanja mere upozorenja u postupku razrešenja zbog nesavesnog ili nestručnog vršenja dužnosti. Izricanje ove mere imalo bi smisla samo ako se u postupku ne utvrdi da je sudija nestručno ili nesavesno vršio svoju dužnost, ali da postoje propusti u njegovom radu. Ovakvo tumačenje, čini se, podržano je i odredbom člana 61 Zakona o sudijama, u kojoj je predviđeno da se mera upozorenja sudiji može izreći samo jedanput. U tom smislu, može se pretpostaviti da se na ovaj način i pravi gradacija uslovno rečeno disciplinskih mera, te se ozbiljnije mere

41 Ostali razlozi za razrešenje su i krivična osuda na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje 6 meseci ili osuda za krivično delo koje sudiju čini nedostojnim vršenja svoje dužnosti, kao i trajni gubitak radne sposobnosti za vršenje sudijske dužnosti – član 54 Zakona o sudijama.

42 Član 58 Zakona o sudijama

predviđaju za ponovljene prekršaje.

Sama pravila disciplinskog postupka nisu detaljno propisana. Zakonom o sudijama je predviđeno da u postupku razrešenja zbog nesavesnog i nestručnog vršenja dužnosti sudija ima pravo da bude odmah obavešten o razlozima za pokretanje postupka, da se upozna da predmetom i pratećom dokumentacijom, tokom postupka i izveštajem sudije izvestioca, kao i da sam ili preko zastupnika pruži objašnjenja i dokaze sa svoje tvrdnje.<sup>43</sup> Sudija može da svoje tvrdnje izloži usmeno.<sup>44</sup>

Sudija, sa druge strane, nema pravo prigovora na odluku Velikog personalnog veća na odluku o postojanju razloga za razrešenje. Ono što do sada nije bilo jasno jeste da li sudija u ovom slučaju ima pravo na žalbu i kome.<sup>45</sup> Prema novom Ustavu Srbije, sudije imaju pravo na žalbu Ustavnom sudu na odluku o prestanku sudijske funkcije, s tim što ova žalba isključuje pravo na ustavnu žalbu.<sup>46</sup>

Iz svega navedenog očigledno je da je pitanje disciplinske odgovornosti sudija u postojećem zakonodavstvu Srbije nedovoljno regulisano. Odredbe o ovom obliku odgovornosti nalaze se u različitim delovima zakona, nisu dovoljno precizne, a po pravilu, nisu ni dodatno razrađene u podzakonskim aktima.<sup>47</sup> Upravo se zbog toga i sudije i oni koji se bave pravnom naukom zalažu za detaljnije uređenje disciplinske odgovornosti sudija. Još jedan nedostatak, uslovljen odredbama prethodnog ustava, jeste to što o disciplinskim merama odlučuje veći broj tela, pri čemu je njihovo hijerarhijsko uređenje različito. Osim toga, disciplinska odgovornost sudija, kako je uređena važećim propisima, zapravo znači sledeće:

- sudije ne dobijaju priliku da poprave svoje propuste u obavljanju dužnosti (jer nestručno vršenje posla tj. neispunjenje sudijske norme predstavlja osnov za razrešenje)
- zakon nudi dve krajnje opcije – razrešenje sudije ili zadržavanje sudije na dužnosti uz eventualno izricanje mere upozorenja, što,

---

43 Član 59 Zakona o sudijama

44 Član 29, član 59

45 Stanovište da bi sudije u slučaju razrešenja mogle da svoja pravo zaštite pred Ustavnim sudom zastupala je Bosa Nenadić, u radu “Pravo razrešenog sudije na delotvorno pravno sredstvo u pravnom sistemu Republike Srbije”, Pravni informator, 1/2005, str. 3-14

46 Član 148 novog Ustava Srbije.

47 Na primer, Pravilnik Velikog personalnog veća i Visokog saveta pravosuđa imaju 29, odnosno 12 članova, u kojima su propisana samo osnovna pravila postupka.

kako je već istaknuto, nije dovoljno precizno regulisano.

Postojeća Radna verzija Zakona o sudijama na detaljan i iscrpan način reguliše disciplinsku odogovornost sudija. Pod disciplinskim prekršajem se podrazumeva nesavesno vršenje sudijske funkcije ili ponašanje sudije nedostojno sudijske funkcije, a same vrste prekršaja su propisane zakonom.<sup>48</sup> Takođe je propisana i gradacija, te težak disciplinski prekršaj postoji ako je usled njegovog izvršenja došlo do ozbiljnog poremećaja u vršenju sudske vlasti ili obavljanja radnih zadataka u sudu ili do teškog narušavanja ugleda i poverenja javnosti u sudstvo, a naročito zastarevanja predmeta.<sup>49</sup>

Radnom verzijom zakona propisane su sledeće disciplinske sankcije:

- javna opomena, koja se može izreći samo za prvi disciplinski prekršaj
- umanj enje plate do 30% i do jedne godine
- upućivanje sudije u drugi sud iste vrste i istog ili nižeg stepena.

Radnom verzijom zakona propisani su i novi disciplinski organi – Disciplinski tužilac i njegovi zamenici, i Disciplinska komisija, koje obrazuje Visoki savet sudstva, a čiji sastav, uslovi za imenovanje, trajanje mandata i prestanak dužnosti treba da uredi VSS svojim aktom.<sup>50</sup> Položaj sudija regulisan je na isti način kao i u važećem zakonu, a na sve odluke Disciplinske komisije postoji pravo žalbe Visokom savetu sudstva.

Ono što je naročito zanimljivo jeste da je Radnom verzijom zakona takođe predviđeno izricanje mere udaljenja sa sudijske funkcije, i to iz

48 U članu 91 Radne verzije to su sledeći prekršaji: povreda načela nepristrasnosti, propuštanje sudije da traži izuzeće u predmetima u kojima postoji sukob interesa, neopravdano kašnjenje u izradi odluka, uzimanje predmeta u rad radom koji neopravdano postupa od reda kojim su primljeni, neopravdano nezakazivanje ročišta ili pretresa, učestalo kašnjenje na zakazana ročišta ili pretrese, očigledno nekorektno postupanje prema učesnicima u sudskim postupcima i zaposlenima u sudu, nepoštovanje radnog vremena, prihvatanje poklona suprotno propisima koji regulišu sukob interesa, upuštanje sudije u neprimerene odnose sa strankama ili njihovim pravnim zastupnicima u postuku koji ovid, obavljanje aktivnosti koje su zakonom određene kao nespojive sa sudijskom funkcijom, neopravdano odugovlačenje postupka, neopravdano nepohađanje obaveznih programa obuke, dostavljanje nepotpunih ili netačnih podataka od značaja za rad i odlučivanje Visokog saveta sudstva, neopravdana izmena godišnjeg rasporeda sudijskih poslova u sudu i povreda principa prirodnog sudije van zakonom dozvoljenih slučajeva. Težak disciplinski

49 Ibid, stav 2.

50 Član 94 Radne verzije zakona

istih razloga kao i u važećem zakonu, te se sa pravom može osporiti njena priroda disciplinske sankcije i u važećem zakonu. Sa druge strane, javna opomena, ekvivalent sadašnjoj meri upozorenja, zbog obavljanja službi i poslova nespojivih sa sudijskom funkcijom biće izrečena samo u disciplinskom postupku.

Rešenja predložena u radnoj verziji zakona u velikoj meri su usklađena sa izloženim preporukama – obezbeđeno je da u disciplinskom postupku odlučuje nezavisno telo, postoji mogućnost žalbe višem telu, disciplinsko telo treba da bude sačinjeno od sudija, jasno su propisani i disciplinski prekršaji i sankcije. Svakako, biće potrebno određeno vreme da ovaj institut i postupak zažive u praksi, jer, samo tako će predložena ova zakonska rešenja u punoj meri ostvariti svoju svrhu.

#### **4. Zaključak**

Čini se da u Srbiji postoji svest o tome da je potrebno unapređivati pravosudne zakone i usklađivati ih sa važećim međunarodnim standardima. Evidentni nedostaci u važećim propisima trebalo bi da budu otklonjeni usvajanjem novog seta pravosudnih zakona – pri čemu je naročito značajno to da ova reforma nije samo rezultat usklađivanja zakona sa odredbama novog Ustava Srbije, već jasnog opredeljenja za unapređivanje pravila kojima se regulišu prava, obaveze i očekivanja ne samo sudija, već i drugih učesnika u postupku. Preciznijim regulisanjem pitanja građanske, krivične, a naročito disciplinske odgovornosti sudija, doprinosi se ne samo nezavisnosti sudske od drugih grana vlasti, i smanjuje pritisak javnosti, već se i preduzima korak ka uspostavljanju funkcionalnog i transparentnog sudskog sistema, kao i uspostavljanju poverenja građana u pravosuđe.

*Ana Knežević – Bojović, MA*  
*Institute of Comparative Law, Belgrade*

## **CIVIL, CRIMINAL AND DISCIPLINARY LIABILITY OF JUDGES – INTERNATIONAL DOCUMENTS AND SERBIAN LAW**

*One of the most important elements of the rule of law is judicial independence – both institutional and personal. This issue is equally important for transition countries, where new legal and political order is built on the heritage of authoritarian past, and for developed democracies.*

*The author examines the rules regarding civil, criminal and disciplinary liability of judges as prescribed in relevant international documents and compares the recommendations included therein with the valid Serbian legislation. Due attention is also given to the reform proposals of judicial legislation, currently only in the form of the working version.*

*Key words: judges, civil liability, criminal liability, immunity, disciplinary liability, disciplinary sanctions, dismissal.*

**Prof Fernanda Florentino Fernandez Jankov; PhD<sup>1</sup>**

**Andrea Radulović<sup>2</sup>**

Primljeno 01.10.2008

udk: 339.137.2

347.776

## **UNFAIR COMPETITION AMONG BUSINESSES IN THE MARKETPLACE**

### **-Abuse of a Dominant Position-**

*Ovaj rad je naučna studija koja pokazuje pravno I direktno predstavljanje Evropske Komisije, sa ciljem ukazivanja na beztakmičarski pristup ponašanja na tržištu, na osnovu zakona I procedura koja se nalaze u Zakonu za zaštitu konkurencije Evropske Unije. U ovom specifičnom slučaju protiv Majkrosofta, koje prikazuje monopolističko ponašanje I zloupotrebu pozicije od strane ove kompanije na tržištu, rezultirace do različitih mišljenja I procena u definisanju pravog značenja termina zakona o antipoverenju, posebno povrede Člana 82 Zakona o konkurenciji, I pitanja granica ponašanja vodećih kompanija, u relaciji sa zloupotrebom dominantne pozicije na tržištu. **Ovaj naučni rad je podeljen u II dela, deo koji se nastavlja u sledećem članku u formi praktičnog slučaja.***

**Ključne reči:** *Zakon o konkurenciji, Evropska Komisija, Zloupotreba dominantne pozicije, Intelektualna svojina, povreda Člana 82, Slučaj zakona o nepoverenju protiv Majkrosofta.*

### **Introduction**

*‘Businesses with significant market shares must take care not to exploit their strong market positions in an anti-competitive way. The abuse by a business of its dominant position is prohibited under competition law.*

1 Prof Fernanda Florentino Fernandez Jankov, PhD, RAD; São Marcos University, São Paulo, Brazil; British Institute of Comparative Law, London, UK; Institute of Comparative Law, Belgrade, Serbia; FJ International Consultants, Belgrade, Serbia

2 FJ International Consultants, Belgrade, Serbia

*Having a dominant position per se is not a breach of competition law. It is the abuse of that dominant position that is prohibited.*<sup>3</sup>

The aim of the Term Paper is to present the conduct of businesses in the market by focusing on the unfair conduct to the competition from companies on a position of high dominance regarding the infringement of the Article 82 of the EC Treaty.

In a free market, business is a competitive game. Sometimes, companies may be tempted to avoid competing with each other and try to set their own rules for the game. At times, a major player in the game may try to squeeze its competitors out of the market. This type of game in the market is known as the anti-competitive behavior, or abuse of a dominant position.

Guidelines:

The Paper will first focus on theoretical part by defining and elaborating on the term intellectual property, specifically copyright as a field of intellectual protection and computer programs as copyright term, as an amount owned, and traded by the companies in the market. Then, in the second part of the Paper the focus will switch on the rules and guidelines concerning conduct in the market and specification of the unfair competition and the legislations that prohibit this type of behaviour, specifically the abuse of dominant position, also known as monopolist conduct leading Corporations. At the end of the term paper, practical part will present a specific case involving the unfair competition practices.

## **Chapter 1 - The Theory of Intellectual Property**

### ***1.1 HISTORICAL BACKGROUND***

The term Intellectual Property has been used for almost one hundred and fifty years to refer to the general area of law that encompasses copyright, patents, designs, and trade marks, as well as a host of related rights.<sup>4</sup>

The term Intellectual Property as the law did not accept a distinct and non-controversial form of property until late 18<sup>th</sup> century, early 19<sup>th</sup>

3 Note: text is a part of the press release of the stated by the European Commission regarding the Competition Policy, [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), May 2006

4 BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, New York, 2001, p.2

century. In granting property status to intangibles, the question arose as to how and where the boundary lines of the intangible property were to be determined. That is, once it was accepted that the law should grant property rights over intangibles, the question arose: how was the object of the property to be identified and its limits defined? While in real and personal property law, questions of this nature were answered by reference to the boundary post and physical markers of the object in question, one of the defining features of intangible property was that these reference points did not exist. As a result, each area of intellectual property law had been forced to develop its own techniques in order to define the parameters of intangible property. These included schemes of deposit and registration; techniques of representation (such as the patent specifications and claims), statutory rules and legal concepts such as the requirement of sufficiency of disclosure (in patent law) and the originality requirement (in copyright law).<sup>5</sup>

According to BENTLY & SHERMAN [2001]<sup>6</sup> the reasons for establishing intellectual property as a field of protection during the 18th century late 19th were falling in two categories of justifications:

First, was that commentator often relying upon instrumental justifications that focused on the fact that intellectual property induced or encouraged desirable behavior? For example, the patent system was justified on the basis that it provided inventors with an incentive to disclose valuable technical information to the public, which would have otherwise remained secret. Similarly, the trademark system was justified on the basis that it encouraged of providing information to the public about those attributes. Secondly, commentators often called upon ethical and moral arguments to justify their intellectual property rights. For example, it is often said that the copyright is justified because the law recognized an author's natural or human rights over the products of their labor.<sup>7</sup>

---

5 Information available BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, New York, 2001, p.2-3

6 BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, New York, 2001

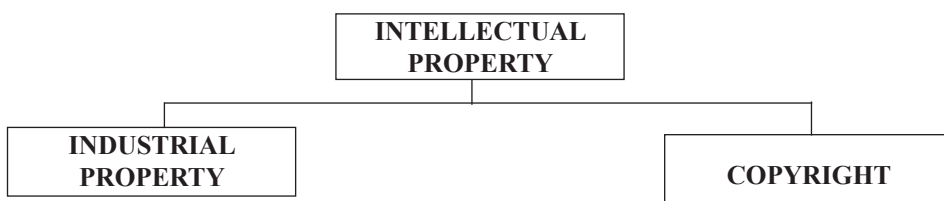
7 Information available BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, New York, 2001, p.2-3

## 2.2 CONTEMPORARY PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY

Based on the World Trade Organization, the term Intellectual Property is defined as:

The legal rights, which result from intellectual activity in the industrial, scientific, literary, and artistic fields. Countries have laws to protect intellectual property for two main reasons. One is to give statutory expression to the moral and economic rights of creators in their creations and the rights of the public in access to those creations. The second is to promote, as a deliberate act of Government policy, creativity and the dissemination and application of its results and to encourage fair-trading which would contribute to economic and social development.<sup>8</sup>

Intellectual property is traditionally divided into two branches: industrial property and copyright (Picture 1.1).



Picture 1.1

The Convention Establishing the World Intellectual Property Organization (WIPO), concluded in Stockholm on July 14, 1967 (Article 2(viii)) provides that intellectual property shall include rights relating to: literary, artistic and scientific works, performances of performing artists, phonograms and broadcasts, inventions in all fields of endeavor, scientific discoveries, industrial designs, trademarks, service marks and commercial names and designations and protection against unfair competition.

According to the WTO's structure in classification of the term Intellectual Property,

Industrial property covers inventions and industrial designs. The inventions are referred as new solutions to technical problems and industrial

<sup>8</sup> The definition available at the WTO's site: *General Information, WIPO Pub.No.400*, [www.wto.org](http://www.wto.org)

designs as visual creations determining the appearance of industrial products. The areas mentioned as inventions, industrial designs, trademarks, service marks and commercial names and designations constitute the industrial property branch of intellectual property. The area mentioned as protection against unfair competition may also be considered as belonging to that branch, the more so as Article 1(2) of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property (Stockholm Act of 1967, the Paris Convention) includes the repression of unfair competition among the areas of the protection of industrial property; the said Convention states that any act of competition contrary to honest practices in industrial and commercial matters constitutes an act of unfair competition (Article 10*bis*(2)).<sup>9</sup>

Here, the aspect of intellectual creations—although existent—is less prominent, but what counts here is that the object of industrial property typically consists of signs transmitting information to consumers, in particular as regards products and services offered on the market, and that the protection is directed against unauthorized use of such signs which is likely to mislead consumers, and misleading practices in general.<sup>10</sup>

The Copyright Branch includes literary, artistic, and scientific works of intellectual property. The areas mentioned as performances of performing artists, phonograms and broadcasts are usually called related rights, that is, rights related to copyright.

Scientific discoveries are the remaining area mentioned in the WIPO Convention, are not the same as inventions. The Geneva Treaty on the International Recording of Scientific Discoveries defines a scientific discovery as ‘the recognition of phenomena, properties, or laws of the material universe not hitherto recognized and capable of verification. Inventions are new solutions to specific technical problems. Such solutions must, naturally, rely on the properties or laws of the material universe (otherwise they could not be materially or technically applied), but those properties or laws need not be properties or laws not hitherto recognized. An invention puts to new use, to new technical use, the said properties, or laws, whether they are recognized or discovered simultaneously with the making of the invention, or whether they were already recognized before, and independently of, the invention.’<sup>11</sup>

---

9 Information provided at the official site of WTO, at [www.wto.org](http://www.wto.org)

10 See the information in the WIPO Intellectual Property Handbook: *Policy, Law and Use*, at the site [www.wto.org](http://www.wto.org)

11 See the information at site of WTO, at [www.wto.org](http://www.wto.org)

Following the second definition argued by the UK Intellectual Property Office:

‘Intellectual property (IP) is defined as a process that allows you to own things you create in a similar way to owning physical property. You can control the use of your IP, and use it to gain reward. This encourages further innovation and creativity.’<sup>12</sup>

The four main types of IP according to the UK Office are: copyright (protects material, such as literature, art, music, sound recordings, films and broadcasts), designs (protect the visual appearance or eye appeal of products), patents (protect the technical and functional aspects of products and processes), trade marks (protect signs that can distinguish the goods and services of one trader from those of another). However, IP also covers trade secrets, plant varieties, geographical indications, performers’ rights and so on.

Thirdly, the Australian Government provides that:

Intellectual property represents the property of your mind or intellect. In business terms, this also means your proprietary knowledge as a key component of success in business today. It is often the edge, which sets successful companies apart, and as world markets become increasingly competitive, protecting your intellectual property becomes essential.<sup>13</sup>

The types of intellectual property include patents for new or improved products or processes; trade marks for letters, words, phrases, sounds, smells, shapes, logos, pictures, aspects of packaging or a combination of these, to distinguish the goods and services of one trader from those of another; designs for the shape or appearance of manufactured goods; copyright for original material in literary, artistic, dramatic or musical works, films, broadcasts, multimedia and computer programs; circuit layout rights for the three-dimensional configuration of electronic circuits in integrated circuit products or layout designs; plant breeder’s rights for new plant varieties; and confidentiality/trade secrets including know-how and other confidential or proprietary information.<sup>14</sup>

---

12 See the information at the site of the UK Intellectual Property Office, [www.ipo.gov.uk/whatis.htm](http://www.ipo.gov.uk/whatis.htm)

13 See the General Information at the site of Australian Government, [www.ipaaustralia.gov.au](http://www.ipaaustralia.gov.au)

14 Data of types of IP available at the site of the Australian Government, at [www.ipaustralia.gov.au](http://www.ipaustralia.gov.au)

Based on the three definitions of Intellectual Property term provided by three sources, The World Trade Organization, UK Intellectual Property Office and the Australian Government Patent Department, it is argued that all three sources, when it comes to defining the Intellectual Property as a specific term, are being focused on the industrial, scientific, literary, and artistic fields and the works contained in it.

### 2.3 FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY: COPYRIGHT

According to BENTLY & SHERMAN [2001]<sup>15</sup>, it is said that in British legal terms, copyright is the area of intellectual property law that regulates the creation and use of the goods such as books, songs, films, and computer programs. The intangible property protected by the copyright law is distinctive in that it arises automatically and usually for the benefit of the author.<sup>16</sup> The Copyright is defined by European Council<sup>17</sup> as a set of exclusive rights that regulate the use of a particular expression of an idea or information. At its most general, it is literally the rights to copy an original creation. In most cases, these rights are of limited duration. The symbol for copyright is “©”, and in some jurisdictions may alternatively be written as either (c) or (C).<sup>18</sup>

European Council presents copyright as a statutory right covered by the umbrella term intellectual property that deals with the privileges of intellectual creators in their creations. Copyright may subsist in a wide range of creative, intellectual, or artistic forms or works. These include poems, theses, plays, and other literary works, musical compositions, audio recordings, paintings, drawings, sculptures, photographs, software, radio and television broadcasts of live and other performances, and, in some jurisdictions, industrial designs. Designs or industrial designs may have separate or overlapping laws applied to them in some jurisdictions.<sup>19</sup>

---

15 BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001

16 BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.33

17 Note: It is a European Union directive in the field of copyright law, made under the internal market provisions of the Treaty of Rome, [www.law.com](http://www.law.com)

18 Official symbol for Copyright, see the sign at [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com).

19 See information at the site of European Council, [www.europa.eu/european\\_council/index\\_en.htm](http://www.europa.eu/european_council/index_en.htm)

Pointed out as a difference by the World Trade Organization, the Copyright law, however, protects only the form of expression of ideas, not the ideas themselves. The creativity protected by copyright law is creativity in the choice and arrangement of words, musical notes, colors and shapes. It is not designed or intended to cover the actual idea, concepts, facts, styles, or techniques, which may be embodied in or represented by the copyright work. For example, the copyright which subsists in relation to a Mickey Mouse cartoon prohibits unauthorized parties from distributing copies of the cartoon or creating derivative works which copy or mimic Disney's particular anthropomorphic mouse, but does not prohibit the creation of artistic works about anthropomorphic mice in general, so long as they are sufficiently different to not be deemed imitative of the original.<sup>20</sup> Copyright law protects the owner of rights in artistic works against those who copy, that is to say those who take and use the form in which the original work was expressed by the author.<sup>21</sup> Copyright laws are standardized through international conventions such as the Berne Convention<sup>22</sup> in some countries and are required by international organizations such as European Union or World Trade Organization from their member states.<sup>23</sup>

Concerning the criteria or requirements for Copyright Protection, the universal idea that all countries tend to argue, is that in order to qualify for a copyright, minimal requirements must be met. Different countries impose different tests within those requirements, although generally, the requirements that are imposed by states are low<sup>24</sup>.

In United Kingdom and Australia for instance, there has to be some skill, labor, and judgment that has gone into it. In addition, it has been held that a single word is insufficient to comprise a copyright work<sup>25</sup>.

---

20 Note: Mickey Mouse is an [Academy Award-winning comic animal cartoon character](#) who has become an icon for [The Walt Disney Company](#). The [anthropomorphic mouse](#) has evolved from being simply a character in [animated cartoons](#) and [comic strips](#) to become one of the most recognizable symbols in the world. See the information at [www.mickeymouse.com](http://www.mickeymouse.com)

21 See General Information posted on the WTO's site at [www.wto.org/wto/](http://www.wto.org/wto/)

22 Note: The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, usually known as the Berne Convention, is an international agreement about copyright, which was first adopted in Berne, Switzerland in 1886, [www.wipo.int/treaties/en/](http://www.wipo.int/treaties/en/)

23 Information available at the site of the European Commission, *Information Management*, [www.europa.eu](http://www.europa.eu)

24 See information at [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)

25 Note: UK Copyright law argues that four main requirements are needed for a work

In opposite to UK and Australia, in the United States, copyright has been made automatic based on Berne Convention, which has had the effect of making it appear to be more like a property right. Thus, as with some forms of personal property, copyrights need not to be granted or obtained through official registration with any government office. Once an idea has been reduced to tangible form, for example by securing it in a fixed medium such as a drawing, sheet music, photograph, videotape or a letter, the copyright holder is entitled to enforce his or her exclusive rights.<sup>26</sup>

The notations that are required by UK Copyright Law<sup>27</sup> consist of four main requirements that need to be fulfilling in order for a work to be granted a copyright protection. The first requirement demanded by UK Copyright Law is that the particular work such as musical, literary, or dramatic work must be recorded in a material form. However, since the types of forms as musical, dramatic, or literary works are already established in this form, it is impossible for someone to create or say, a sound recording or a film in a way in which is not fixed.<sup>28</sup> Second requirement demanded under UK Law on Copyright Protection is the 'originality'. According to the UK Intellectual Office, such works cannot be copied from previous works of the same sort. That means as referred in a UK Copyright Law, it does not mean that the work done by author is inventive, novel or unique, instead, when Law on Copyright says that a work must be original, this means that the author must have exercised the requisite labor, skill, or effort in producing the work.<sup>29</sup> Third requirement is connected to a law applicable in specific country. This means that in order for a work to be protected, it is necessary to show that the work is sufficiently connected to the country where the work should be protected and with the law of the country in question.<sup>30</sup> Moreover, the last basic requirement under the UK

---

to be granted a copyright protection; this will be explained in the next paragraphs.

26 See information at the site of the United States Copyright Office, at [www.copyright.gov/](http://www.copyright.gov/)

27 Note: data of the requirements available in BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.78-79

28 BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.79

29 Note: In determining whether a work is original, copyright law focuses on the input-labor, skill, or effort in the way the specific work of an author is expressed. See explanation available: BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.82-83

30 Note: example for UK Law on Copyright, a work in order to be approved for

Law on Copyright Protection argues that the work is not excluded from the protection on public policy grounds. This is referred to occasionally cases where the courts have stated that works that are immoral, blasphemous, or libelous or are infringing copyright will not be granted a copyright protection due to these characteristics.<sup>31</sup>

### **1.1.1 Subject matter of Copyright Protection**

The subject matter or the object of copyright protection is a work, an intellectual creation in the fields of art, literature, music, or science. Particular examples of works covered are provided in many national copyright laws, and all of them generally include: literary works: novels, short stories, poems, dramatic works and any other writings, irrespective of their content, length, purpose (amusement, education, information, advertisement, propaganda), form (handwritten, typed, printed; book, pamphlet, single sheet, newspaper, magazine), in most countries oral works, that is, works not reduced to writing, are also protected by the copyright law; musical works: whether serious or light; songs, choruses, operas, musicals, operettas; if for instructions, whether for one instrument (solos), a few instruments (sonatas, chamber music, etc. ), or many (bands, orchestras); artistic works: whether two-dimensional (drawings, paintings, etchings, lithographs) or three-dimensional (sculptures, architectural works), irrespective of content (representational or abstract) and destination (“pure” art, for advertisement); maps and technical drawings, photographic works: irrespective of the subject matter (portraits, landscapes, current events, etc.) and the purpose for which they are made; motion pictures (cinematographic works), their genre (film dramas, documentaries, newsreels, etc.), length, method employed (filming “live,” cartoons), or

---

protection, it needs to be connected to the UK to qualify for protection under UK Law. BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.79

31 Note: This sentence is explained by BENTLY & SHERMAN[2001], through a case *Glyn v Weston Film Feature* where a Weston Film Feature was granted an injunction for infringement of a copyright in the claimant’s dramatic work, for the reason of being described as a sensual adulterous, intrigue and condemned on the ground that it advocated free love. The party argued that it was clear that copyright could not subsist in a work of a tendency as immoral as this. Short description of a case mentioned by: BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001

technical process used (pictures on transparent film, videotapes, DVDs, and computer).<sup>32</sup>

### **1.3.2 Rights Comprised in Copyright**

According to the definition provided by the WTO, the owner of copyright in a protected work may use the work as he wishes—but not without regard to the legally recognized rights and interests of others—and may exclude others from using it without his authorization.<sup>33</sup> Most copyright laws define the acts in relation to a work, which cannot be performed by persons other than the copyright owner without his/hers authorization.

Such acts, requiring the authorization of the copyright owner, include copying or reproducing the work as an exclusive right of an author to make multiple copies of a copyrighted work; performing the work in public presenting the right of an author to communicate a copyrighted work to the public; making a sound recording of a form protected by copyright; making a motion picture of the work (“cinematographic work” or an audiovisual work); broadcasting the work; translating the work as a major category of acts restricted by copyright consists of the acts of broadcasting works and of communicating works to the public by means of wires or cables; adapting the work, the acts of translating or of adapting a work protected by copyright require the authorization of the copyright owner (translation means the expression of a work in a language other than that of the original version, and adaptation is generally understood as the modification of a work from one type of work to another, for example adapting a novel so as to make a motion picture); moral rights (independent of the usual economic rights and to remain with the author even after he has transferred his economic rights); related rights referred to as rights that are related to, or neighboring on, copyright.<sup>34</sup>

### **3.3.3 Ownership of Copyright**

An author is the first owner of copyright if the work is a text work, music, a dramatic work, a computer program, or an artistic work.<sup>35</sup>

32 See General Information posted on the WTO’s site at [www.wto.org](http://www.wto.org)

33 See General Information posted on the WTO’s site at [www.wto.org](http://www.wto.org)

34 See General Information posted on the WTO’s site at [www.wto.org](http://www.wto.org)

35 Note: the term author has a universal meaning in all countries legally.  
[www.europa.eu](http://www.europa.eu)

As stated by the UK Copyright Law, the author of literary, musical, or artistic work is the person who creates it, in terms of fixing or recording the actual work<sup>36</sup>. As similar to the UK Law on Copyright, the Australian Copyright Council<sup>37</sup> defines the author in a same sense but, by explaining that an author is a person who gives expression to the ideas or information in a work, for example by writing an instruction manual, or drawing a graph, or writing a computer program.<sup>38</sup>

In order for someone to be classified as an author, it is necessary for them to be able to show that the labor, skill, and effort are being contributed to the work as a type that is protected by copyright, which means that it would be sufficient to confer originality on the relevant work.<sup>39</sup>

In addition, both Countries in question argue that there is a one more term connected with the ownership that needs to be considered, when deciding on the owner of a copyrighted work, also known in both Copyright Laws as non-author.

The Australian Copyright Council clearly describes no author as a person who contributes ideas, information, or suggestions, but does not in any way contribute to the expression of a work itself.<sup>40</sup> The relation to the UK Copyright Law, the same meaning is appearing in defining the nonauthorship, in which the UK Council is connecting the explanation with the first criteria or requirement of originality stating that: a person that has expanded labor in the creation of a particular work, does not actually mean that the resulting work is original or that a person is an author if it is the wrong type of labor. This means according to the UK Law on Copyright, that although a person may play an important role in the production process, person may still not be treated as an author.<sup>41</sup>

---

36 BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.110-112

37 Information about Australian Copyright Council available at [www.copyright.org.au](http://www.copyright.org.au)

38 [www.copyright.org.au](http://www.copyright.org.au)

39 Information about Australian Copyright Council available at [www.copyright.org.au](http://www.copyright.org.au)

40 Information about Australian Copyright Council available at [www.copyright.org.au](http://www.copyright.org.au)

41 Note, example: In a case of a book, while the copy-editor plays an important role in giving a shape to a final product, he/she will not be treated as an author of the resulting literary work. Source: BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.110-112

Australian Copyright Council provides a couple of rules that apply on defining who is not regarded as an original author of a copyrighted work.

It is sought as an exemption rule under the Australian Copyright Act, that the general rule of referring a person as an author, owner of copyright may not apply if: the author has signed a document which says that someone else will own copyright (transfership agreement); or there has been no agreement about ownership of copyright (unknown authorship), and the author was an employee (rather than a freelancer or volunteer) and created the work as part of his or her usual duties or the work was made by, or under the direction or control of, the Commonwealth Government, or a State or Territory government;<sup>42</sup>

As Australian Copyright Council relates the no authorship with the exceptions defined and followed, UK Copyright Law determines the rule of applying the authorship or no authorship based on different types of work. As it is seen in the relation to the originality requirement, the mere fact that a person expanded labor in the creation of work will not necessarily mean that the resulting work is original or that a person is an author if it is wrong type of labor. For example, in the case of literary dramatic, musical or artistic works that have been computer-generated, the creator is the person by whom the arrangement necessary for the creation of the work is undertaken.<sup>43</sup> Or in the case of entrepreneurial works, for instance films, the producer of a film is defined as the person by whom arrangements necessary for the making of the film are undertaken. The same definition is used for describing the producer of sound recording.<sup>44</sup>

Arguably, it can be concluded that the term author even if represents the same meaning in the sense of creation and engagement in the actual work in all countries, each member is free to determine the rules and exceptions within it will distinguish as a legal party from other member states in defining the real authorship in a particular work or labor as stated by UK Copyright Law.

42 The exceptions of the general rule on authorship are provided at the site of the Australian Copyright Council, at [www.copyright.org.au](http://www.copyright.org.au)

43 This means that a person who operates the computer, as well as person who provides or has programmed the computer may be classified as an author of that work. See: BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p.11

44 See: BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 113-115

### **1.3.4 Duration of a Copyright**

Based on the revision of the Berne Convention that was established in 1948, the duration of the copyright is 50 years *post mortem auctoris* (i.e., 50 years following the author's death). The WTO has adopted an Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights that follows this precedent, requiring WTO member states to provide the copyright protection of at least 50 years.<sup>45</sup>

### **1.3.5 Computer Programs**

According to BENTLY & SHERMAN [2001], they contend that in 1991, the question was addressed by the Computer Programs Directive<sup>46</sup>. As whether the computer programs should be viewed and treated as matter of protection by copyright, patents, or a *sui generis* right.

It was adopted that the computer programs should be considered as a literary works falling under the supervision of the Berne Convention.<sup>47</sup> Berne Convention demands that members are required to provide a minimum standard of protection to copyright owners and authors, who include the right to reproduce the work<sup>48</sup>, to perform the work publicly<sup>49</sup>, to translate the work, to adapt the work, and to broadcast the work.<sup>50</sup> In addition, the members are to give the authors (rather than the copyright owners) the moral rights of attribution and integrity.

Under the Computer Programs Directive the primary criteria members have to comply with is to protect the computer programs as long as they are original in the sense they are their author's own intellectual creation. Also, it requires member states to counter certain rights on the

45 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Article 12, 1994.

46 The first European Initiative in the copyright field was the Computer Programmers Directive, which was implemented in 1993. See source BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 43-44

47 Berne Convention on the Protection of Literary and Artistic Works was drawn up in 1886 as a small treaty allowing for mutual recognition of rights amongst a few largely European countries. See Explanation at the site of the Department of trade and Industry, [www.dti.gov.uk](http://www.dti.gov.uk)

48 Article 9

49 Article 11

50 Data provided in the BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 2-3.

owners of copyright in computer programs, including the right to control the temporary reproduction, the running and the storage of the programs, the translation or adaptation of the programs, the distribution or rental of the programs<sup>51</sup>

The Computer Programmers Directive also requires recognizing certain four exceptions to the exclusive rights: First, as regards acts done by a lawful acquirer of a program, which are necessitated by the use of a program for its intended purposes. Second, to allow the making of back-up copies. Third, to permit the studying and testing of the program. Fourth, and most controversially, to permit in very limited circumstances, the decompilation of programs.<sup>52</sup>

## **Chapter 2 - Competition Law in the EU**

### **2.1 COMPETITION POLICY IN THE EU**

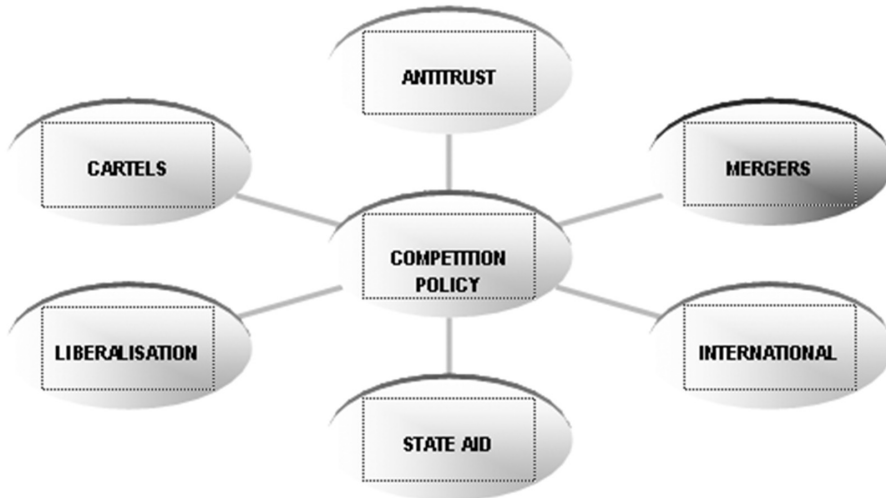
European Commission defines the term Competition a basic mechanism of the market economy that encourages companies to provide consumers products that consumers want. They also point out that it encourages innovation, and pushes down prices. In order to be effective, competition needs suppliers who are independent of each other, each subject to the competitive pressure exerted by the others. European Commission Sates that Competition Policy is applying rules to make sure that companies compete with each other and, in order to sell their products, innovate and offer good prices to consumers. The risk if there's no competition policy is that companies will do deals with each other to split up the market between them, or will act in a way which doesn't allow competitors on to the market; and in either case the result can be that consumers are denied access to innovative products and pay higher prices.<sup>53</sup>

---

51 Rental and lending involve the making of the original or a copy of a work available for the use on terms that it will or may be returned. The distinction is that the act of rental involves a commercial advantage, whereas lending does not. See Explanation: BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 132

52 Data provided in the BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*, "Oxford University Press, New York, 2001, p. 3-4.

53 See The detailed explanation of the Competition Policy at the site of the European Commission, *Competition makes markets work better*, [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)



Competition Law in the European Union and its process is seen in the segments of its key competition policy and the areas in which the policy is applicable. Those areas include:

- Antitrust area
- Mergers
- Cartels
- Liberalization
- State Aid
- International

---

### **Antitrust**

The European Commission states that the antitrust rules are contained in various legal instruments. The basic provisions are contained in the EC Treaty itself. The Antitrust area covers two prohibition rules set out in the EC Treaty: in which Article 81 of the Treaty prohibits agreements between two or more firms, which restrict competition (Example: is a cartel between competitors that may involve price-fixing or market sharing), and the second one where firms in a dominant position may not abuse that position, prohibited by the Article 82 of the EC Treaty (Example:

the case for predatory pricing aiming at eliminating competitors from the market).<sup>54</sup>

---

## **Mergers**

---

The Commission also defines the second policy area, Mergers as Companies combining forces that have a primary goal, expanding markets, and bringing benefits to the economy.<sup>55</sup>

Now, combining the activities of different companies may allow the companies, for example, to develop new products more efficiently or to reduce production or distribution costs. Through their increased efficiency, the market becomes more competitive and consumers benefit from higher-quality goods at fairer prices.

However, if a company by any chance creates a dominant player in the specific market place, then this action would lead to the reduction of the competition, resulting in higher prices and reduced choice or less innovation that would in the end harm the target they serve, the consumers.

The objective of examining proposed mergers is to prevent harmful effects on competition. Mergers going beyond the national borders of any one Member State are examined at European level. This allows companies trading in different EU Member States to obtain clearance for their mergers in one go.<sup>56</sup>

---

## **Cartels**

---

‘It is an illegal secret agreement concluded between competitors who in coordination fix or increase their prices, restrict supply by limiting their sales or their production capacities, and/or divide their markets or consumers.’<sup>57</sup>

---

54 See The detailed explanation of the Antitrust as a policy area at the site of the European Commission, *Competition makes markets work better*, [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)

55 See The detailed explanation of the Mergers as a policy area at the site of the European Commission, *Competition makes markets work better*, [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)

56 See The detailed explanation of the Cartels as a policy area at the site of the European Commission, *Competition makes markets work better*, [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)

57 See The detailed explanation of the Cartels as a policy area at the site of the European Commission, *Competition makes markets work better*, [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)

Cartels shield their participants from competition. This allows the participants to charge higher prices and to remove the pressure on them to improve the products they sell or find more ways that are efficient in which to produce them. Their customers (companies and consumers) end up paying higher prices for lower quality and narrower choice. This also adversely affects the competitiveness of the economy as a whole. Article 81 of the Treaty establishing the European Community, prohibits agreements and concerted practices between firms that distort competition within the Single Market. Fines of up to 10% of their worldwide turnover may be imposed on the guilty parties.

---

### **Liberalization**

---

Services such as transport, energy, postal services, and telecommunications have not always been as open to competition as they are today. The European Commission has been instrumental in opening up these markets to competition (also known as liberalization).

The good side of the Liberalization is that at one side, services like these have previously been provided by national organizations with exclusive rights to provide a given service. By opening up these markets to international competition, consumers can now choose from a number of alternative service providers and products. At the other side, opening up these markets to competition has also allowed consumers to benefit from lower prices and new services, which are usually more efficient and consumer-friendly than before. This helps to make our economy more competitive.<sup>58</sup>

---

### **State Aid**

---

The objective of State aid control is, as laid down in the founding Treaties of the European Communities, to ensure that government interventions do not distort competition and intra-community trade. In this respect, State aid is defined as an advantage in any form whatsoever conferred on a selective basis to undertakings by national public authorities. The EC Treaty pronounces the general prohibition of State aid,

---

org.uk

58 Information available at the site of European Commission, Competition Policy, [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)

leaving room for a number of policy objectives for which State aid can be considered compatible. By complementing the fundamental rules through a series of legislative acts that provide for a number of exemptions, the European Commission has established a worldwide unique system of rules under which State aid is monitored and assessed in the European Union. This legal framework is regularly reviewed to improve its efficiency and to respond to the call of the European Councils for less but better targeted State aid in order to boost the European economy.<sup>59</sup>

---

### **International**

---

With increasing globalization, more and more companies, mergers and cartels are international. As a result, the activities of companies based outside the EU may affect competition within the EU. This has made international cooperation on competition policy essential.

The EU has established bilateral agreements on competition, in particular with its main trading partners. It has also been at the forefront of multilateral cooperation efforts, for example, being among the first to propose the inclusion of competition policy as a subject for discussion in the World Trade Organization, and playing a key role in the International Competition Network and at the OECD Competition Committee.<sup>60</sup>

#### *2.2 THE DOMINANT POSITION IN THE MARKETPLACE*

‘The dominant position or often referred as dominance is a position of economic strength enjoyed by an undertaking<sup>61</sup> which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers.’<sup>62</sup>

---

59 See the Information at the site of European Commission, [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)

60 See the Information at the site of European Commission, Mergers, [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)

61 According to the Community Law it covers any natural or legal person engaged in economic activity regardless of its legal status and the way in which it is financed (companies, partnerships, firms), ”*Competition Law Guide*”, December 2004.

62 Information available on the European Commission site [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), “*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*”, Brussels, December 2005

Dominance can exist on the part of one undertaking also known as a single dominance or two or more undertakings acting together on a particular market as a collective entity known as collective dominance. Whether resting on a single or collective combination the dominance consist of three elements, of which two are closely linked: (a) there must be a position of economic strength on a market, (b) enables the undertaking (s) in question to prevent effective competition being maintained on that market, (c) affording it the power to behave independently to an appreciable extent.<sup>63</sup>

By arguing that a position of economic strength must be defined on the market, the first element mentioned implies that dominance exist in relation to a market. It cannot exist in abstract. It also implies that an undertaking either in its own or together with other undertakings must hold a leading position on the market compared to its rivals. The second and third elements concern the link between the position of economic strength held by the undertaking concerned and the competitive process (presents the way in which the undertaking and other players act and inter-act on the market).<sup>64</sup>

### **1.1.1 Dominant Position in relation to the Article 82 of the EC Treaty**

The European Commission defines the term dominant position as the ability to prevent effective competition being maintained on the market. When a Company conducts this type of conduct it is considered as an entity that contains a substantial market power. That means that it is empowered to influence market prices, output, innovation, the variety, or quality of goods and services, or other parameters of competition on the market for a significant period.<sup>65</sup>

Open and healthy competition is good for both consumers, and

---

63 Information available on the European Commission site [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), “*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*”, Brussels, December 2005

64 Information available on the European Commission site [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu), “*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*”, Brussels, December 2005

65 See the information about the Competition Policy at the official site of the European Commission, *Competition Overview*, at [www.ec.europa.eu/comm/competition](http://www.ec.europa.eu/comm/competition)

for businesses. If businesses compete on a level playing field, they will flourish, and consumers are more likely to pay lower prices, and get better quality and more choice.

The European Commission for Competition argues that businesses whatever legal status they possess need to be aware of competition law not only for the reason of being able to meet their obligations as a undertaking in the market under the competition law, but also to be able to protect their rights and their position in the specific market place.<sup>66</sup>

As regarded by the European Commission, the negative side of the fair competition among the business, the anti-competitive behavior is prohibited by two Articles of the EC Treaty: Article 81/ Chapter I of the EC Treaty and Article 82/ Chapter II of the EC Treaty.<sup>67</sup>

Based on the EC Competition law two main types of the anti-competitive activity are prohibited: Anti-competitive agreements between businesses, which are prohibited by Article 81 of the EC treaty, and businesses abusing their dominant market position that are prohibited by Article 82 of the EC Treaty.<sup>68</sup>

The focus of the term paper will be orientated towards the Article 82 of the EC Treaty, thus the abuse of a dominant position in the market place, which will be setting the grounds for a case, which will be later discussed in the upcoming chapter [Case No. T-201/04, Antitrust Microsoft Case].

#### Article 81 (ex Article 85) of the EC Treaty

‘All agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention’

#### Article 82 (ex Article 86) of the EC Treaty

‘Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market insofar as it may affect trade

<sup>66</sup> See the information about the Competition Policy at the official site of the European Commission, *Competition Overview*, at [www.ec.europa.eu/comm/competition](http://www.ec.europa.eu/comm/competition)

<sup>67</sup> Article 82 of the EC Treaty is known as Chapter II in the UK Office of Fair Trading terms, see the both articles related as one at the site of Office of Fair Trading at [www.of.gov.uk](http://www.of.gov.uk)

<sup>68</sup> The Objections of the unfair competition provided at the site of the European Commission, *Legislations*, at [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)

between Member States.<sup>69</sup>

According to the UK Office of Fair Trading, the Chapter II and Article 82 prohibit a business, which holds a dominant position in a market from abusing that position. UK Office of Fair Trading defines a dominant position in means of a business that is generally able to behave independently of competitive pressures, such as other competitor's behavior, in that market.<sup>70</sup>

Conduct which may be considered an abuse by a business in a dominant position based on Article 82 of the EC treaty includes: charging excessively high prices by one business to another, limiting production, refusing to supply an existing long standing customer without good reason and charging different prices to different customers where there is no difference in what is being supplied.<sup>71</sup>

## Bibliography

### BOOKS & ARTICLES:

- ARNULL, A. *The European Union and its Court of Justice*. Oxford EC Law Library. Oxford University Press. 2<sup>nd</sup> edition. New York. 2006.
- BENTLY L. & SHERMAN, BRAD. *Intellectual Property Law*. Oxford University Press, New York, 2001
- BÚRCA, GRAINNE DE & CRAIG, PAUL. *EU Law – Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 3<sup>rd</sup> edition, New York, 2003.
- BÚRCA, GRAINNE DE. *Limiting EU Powers*, EUROPEAN CONSTITUTIONAL LAW REVIEW, 1: 92-98, 2005.
- European Commission's online article: *DG Competition discussion*

---

69 Information available at the site of European Council, Legislations, [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)

70 Data gathered from the official site of the UK Office of Fair Trading, at [www.offt.go.uk](http://www.offt.go.uk)

71 The premises of Article 82 of EC Treaty available at the official site of UK Office of Fair Trading, *Abuse of a Dominant Position*, at [www.offt.go.uk](http://www.offt.go.uk)

*paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses”,  
Brussels, December 2005*

ONLINE DOCUMENTS:

- Press Release, Judgment of the Court of First Instance, USA,  
September, 2007,  
[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

WEBSITES:

- World Trade Organization [www.wto.org](http://www.wto.org)
- Competition Commission [www.competitioncommission.org.uk](http://www.competitioncommission.org.uk)
- European Commission [www.europa.org](http://www.europa.org)
- UK Government [www.open.gov.uk](http://www.open.gov.uk)
- World Intellectual Property Organization [www.wipo.org](http://www.wipo.org)
- UK Fair Trading Office [www.offt.gov.uk](http://www.offt.gov.uk)
- USA State Copyright Office [www.copyright.gov/](http://www.copyright.gov/)
- Australian Copyright Council [www.copyright.org.au](http://www.copyright.org.au)

*Prof Fernanda Florentino Fernandez Jankov; PhD  
Andrea Radulović*

**UNFAIR COMPETITION AMONG BUSINESSES  
IN THE MARKETPLACE  
-Abuse of a Dominant Position-**

*The paper is based a case study, presenting the legal and direct approach  
by the European Commission of addressing the non-competitive behaviour in the  
marketplace within the rules and procedures of European Competition Law. In*

*this specific Anti-Trust Microsoft case, arguing Microsoft's monopolistic direction and abuse in the market, leads to different opinions and evaluations by both, business and legal bodies, in defining the right application of the antitrust rules, specifically the breach of the Article 82 of the EC Treaty and their boundaries regarding giant companies, in relation to the abuse of a dominant position in the marketplace. **This paper has been divided in II parts, to be continued in part II in the form of the practical case study.***

**Key words:**

*Competition Law, European Commission, Dominant position, Intellectual property, breach of the Article 82 EC, Anti-Microsoft Case.*

## FUNDAMENTALNA PRAVA PORESKIH OBVEZNIKA I NJIHOVA ZAŠTITA U SAVREMENIM INFORMACIONO-TEHNOLOŠKIM USLOVIMA<sup>1</sup>

*Savremene države ne mogu očekivati funkcionisanje poreskih sistema, bez većih poteškoća, ukoliko je nivo dobrovoljnog ispunjavanja poreskih obaveza nizak. Upravo stoga, poreske vlasti posvećuju sve veću pažnju zaštiti fundamentalnih prava poreskih obveznika. Značaj ove zaštite raste u uslovima ubrzane informaciono-tehnološke povezanosti država. U radu se najpre postavlja opšti normativni okvir u kome se ostvaruju i štite prava poreskih obveznika. Ova prava se dalje sagledavaju u kontekstu osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao njihov integralni deo. Autor ukazuje na postojanje realne opasnosti ugrožavanja fundamentalnih prava poreskih obveznika kako na nacionalnom planu tako sve više i u međunarodnoj poreskoj saradnji, obavezivanjem država da razmenjuju poreske informacije. Ubrzana digitalizacija savremenog društva postavlja pred države izazov obezbeđivanja adekvatne i efikasne zaštite pravnog položaja poreskih obveznika.*

*Ključne reči: funkcionisanje poreskih sistema; prava poreskih obveznika; savremeni tehnološki razvoj*

### Uvodna razmatranja

Oporezivanje je posebno osetljivo područje odnosa između države i njenih građana. Porezima se, u većoj ili manjoj meri, zadire u ekonomsku snagu poreskih obveznika. Legitimnost poreskog zahvatanja proističe iz potrebe življenja ljudi u društvenoj zajednici i finansiranja njenih troškova na principu solidarnosti i uzajamnosti. Opravdanost oporezivanja i njegovo

---

<sup>1</sup> Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Pristup pravosuđu-instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem republike Srbije", br.149043D, Ministarstvo nauke i zaštite životne sredine RS

prihvatanje sa što manje protivljenja u tesnoj je vezi sa delotvornošću države kojoj se moraju postaviti granice u vršenju poreske funkcije. U suprotnom, oporezivanje može da preraste iz instrumenta fiskalne politike u instrument konfiskatorne politike.

Plaćanje poreza, kao jedna od osnovnih javnih dužnosti, obezbeđuje materijalnu osnovu za obavljanje brojnih državnih funkcija. Konkretan koncept poreskog sistema treba da predstavlja rezultantu usklađenih javnih i privatnih interesa uz optimalno zadovoljavanje javnih potreba. U tome leži prividna kontradiktornost između potrebe za osiguranjem stabilnog i efikasnog društvenog poretka i zahteva prema građanima da plaćanjem poreza obezbede dovoljna finansijska sredstva za njegovo postojanje. Optimalno funkcionisanje društvene zajednice, u datim okvirima, ostvarivo je u meri u kojoj država uspe da prepozna i zadovolji javne potrebe ali i osigura ispunjenje privatnih odnosno ličnih potreba.

Predmet rada nije razmatranje opšteprihvaćenih prava poreskih obveznika u savremenim poreskim sistemima. Cilj analize jeste da se sagledaju mogućnosti njihove zaštite u današnjim informaciono-tehnološkim uslovima, što sobom nosi brojne opasnosti nepravilne upotrebe prikupljenih poreskih podataka. Fundamentalna prava poreskih obveznika posmatraju se u kontekstu osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao njihov integralni deo. U radu se posebno razmatraju pojedini instrumenti i mehanizmi zaštite prava poreskih obveznika, kako na nacionalnom nivou tako i na međunarodnom planu. Izvršena analiza treba da ukaže na pravni položaj poreskih obveznika u procesima prikupljanja i dostavljanja poreskih podataka između nacionalnih poreskih administracija.

### **Opšti normativni okviri garantovanja prava poreskih obveznika**

Priznavanje i garantovanje prava poreskih obveznika treba da ojača njihov položaj u poreskom sistemu. Nepoštovanje i moguće zloupotrebe poreskih prava od strane poreskih organa iziskuju ustanovljavanje adekvatnih mehanizama pravne zaštite. Poreska prava, kao značajan segment ljudskih prava, ne mogu se više nalaziti na marginama poreske politike, ukoliko poreska vlast očekuje povećanje stepena dobrovoljnosti plaćanja poreza. Zakonsko ustanovljenje i garantovanje prava obveznika podrazumeva i veće angažovanje poreskih organa na njihovoj promociji i poštovanju. Napori koji se preduzimaju u okviru međunarodnih organizacija

u pogledu podsticanja saradnje nacionalnih poreskih administracija mogu rezultirati ne samo korisnim razmenama informacija nužnih za efikasno funkcionisanje nacionalnih poreskih sistema, već i potencijalnim ugrožavanjem fundamentalnih prava poreskih obveznika.

Zaštita obveznika od nezakonitog i arbitrarnog oporezivanja obezbeđuje se postavljanjem ograničenja poreskim vlastima definisanim u pravnim aktima različite pravne snage. Savremeni ustavi, u čemu nije izuzetak ni Ustav RS iz 2006. godine, sadrže neke principe kojima se na generalan način definišu opšta opredeljenja društva u pogledu ispunjavanja poreskih obaveza. Ovi principi bliže se razrađuju relevantnim poreskim propisima, preciziranjem uslova i merila za konkretizaciju poreskog zahteva države.

Princip jednakosti građana pred zakonom u širem smislu može se tumačiti kao pravo na jednaku zakonsku zaštitu poreskih obveznika. Ovo načelo ispoljava specifičnu sadržinu u domenu oporezivanja budući da poreska administracija može ostvarivati poreski cilj uvažavajući različitosti u veličini ekonomske snage poreskih obveznika, u čemu se ogleda realizacija drugog temeljnog principa savremenih poreskih sistema, a to je pravičnost oporezivanja. Princip poreske jednakosti podrazumeva i jednakost pred odlukama poreske administracije. To znači da nije dozvoljeno povlašćivanje pojedinih kategorija obveznika na štetu drugih u smislu nevršenja poreske kontrole ili neprimenjivanja poreskih kazni u identičnim ili bitno sličnim situacijama.

Princip korišćenja pravnih sredstava osiguran je svim poreskim obveznicima ne samo protiv odluka poreskih organa već i pred nadležnim nacionalnim sudovima. Na međunarodnom planu, međutim, obveznici se za razliku od drugih lica, ne mogu obratiti za zaštitu Evropskom sudu za ljudska prava, s obzirom da se član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima ne primenjuje na obične poreske sporove.

Princip zaštite podataka o ličnosti povezan je sa vrlo važnim pravom obveznika na poverljivost i tajnost podataka prikupljenih u poreskom postupku, od koga poreska administracija može odstupati pod vrlo restriktivno postavljenim uslovima u nacionalnim poreskim propisima. Procesi međunarodne poreske saradnje koji se odvijaju pod pritiskom međunarodnih organizacija, pre svega, obuhvataju razmenu informacija o poreskim obveznicima čije se poslovne aktivnosti odvijaju van nacionalnih granica. Imajući u vidu činjenicu da obveznici nisu ugovorne strane

međunarodnih poreskih sporazuma teško je predvideti stvarnu mogućnost zaštite njihovog prava na poverljivost podataka.

Princip zabrane retroaktivnosti poreskih zakona ima poseban značaj u poreskoj materiji sa stanovišta pružanja pravne sigurnosti poreskim obveznicima i kao posebna manifestacija principa zakonitosti. Odstupanja su dopuštena restriktivno, samo u zakonom predviđenim uslovima. Primenom ovog principa obveznicima se pruža mogućnost da sa sigurnošću predvide poreske posledice preduzetih poslovnih aktivnosti i da pretpostave da im se priznata prava i obaveze neće arbitrarno menjati.

Pored ustavnih i relevantnih zakonskih odredbi, prava poreskih obveznika u nekim savremenim državama (SAD; Kanada, Velika Britanija) posebno su uređena tzv. poveljama ili deklaracijama kao političkim aktima, kojima se izražava spremnost poreskih vlasti da im se obezbedi efektivna zaštita.

Pravima poreskih obveznika, u određenoj meri, pažnja se posvećuje i u međunarodnim sporazumima o pružanju poreske pomoći između nacionalnih poreskih administracija. Međunarodna poreska saradnja je opravdana ukoliko se njome teži potpunijoj realizaciji fiskalnog interesa država ali u tom procesu istovremeno leže i potencijalne opasnosti za nepoštovanje fundamentalnih prava poreskih obveznika. Osim nacionalnih pravnih sredstava, obveznici skoro da nemaju mogućnosti da u međunarodnim okvirima zahtevaju zaštitu prava na privatnost i poverljivost razmenjenih poreskih informacija, budući da samo nekoliko država ima zakonsku obavezu da prethodno obavesti rezidentne obveznike o dostavljanju podataka drugim poreskim jurisdikcijama.

### **Prava poreskih obveznika u kontekstu osnovnih ljudskih prava i sloboda**

Prava obveznika na privatnost, poverljivost, pristup informacijama i žalbu protiv odluka poreskih organa, priznaju se kao fundamentalna prava u savremenim demokratskim društvima.

Postoji, naizgled, kontradiktornost u obavezi plaćanja poreza i prava na mirno uživanje imovine. Ovo pravo je priznato članom 1. Protokola br.1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima. Međutim, upravo ubranim poreskim prihodima država osigurava zaštitu prava na mirno uživanje imovine koja deluje *erga omnes*. Odatle proističe

osnovno političko-pravno pitanje postavljanja granica zadiranja države u privatni i poslovni život pojedinaca u svojstvu poreskih obveznika. Da oporezivanje ne bi preraslo u konfiskatorno zahvatanje u sudskoj praksi nekih razvijenih država, uočavajući da su moguće povrede prava na mirno uživanje imovine, formulišu se kvantitativna ograničenja tako da poreski teret koji pogađa imovinu ne sme da pređe 50%. Takvo stanovište zauzeo je nemački Ustavni sud nalazeći oslonac u članu 14. nemačkog ustava.<sup>2</sup>

Opšte priznata prava poreskih obveznika sagledana u kontekstu osnovnih ljudskih prava i sloboda mogu biti ugrožena pod uticajem ekonomsko-političkih procesa ubrzanog povezivanja nacionalnih ekonomija i neslučenog informaciono-tehnološkog napretka. Ova savremena kretanja već predstavljaju ozbiljnu pretnju legitimnom ostvarivanju prava i interesa građana, ne samo u poreskoj oblasti. Na međunarodnom planu postavljaju se temelji međunarodnog poreskog prava, sa daljim planovima za uobličavanje nadnacionalnih a kasnije i globalnog, svetskog poreskog sistema, koji se može realizovati samo ako bude postojao nesmetan protok poreskih (finansijskih) informacija između nacionalnih poreskih administracija. Nije slučajnost da se savremene poreske reforme, prateći ova dešavanja, baziraju na principima transparentnosti, jednostavnosti i prenebregavanju bankarske tajne.

Prenos i obrada podataka su ključni za oporezivanje<sup>3</sup>. U tom procesu potencijalno leže opasnosti koje prete ostvarivanju prava ličnosti zbog neadekvatne i preširoke upotrebe savremenih informacionih tehnologija. Pravo na lični podatak je ugroženo u najvećoj meri kao posledica sve ubrzanijeg i šireg korišćenja kompjuterske tehnologije i stvaranja elektronskih baza podataka o svakom pojedincu. Nedovoljna zaštita ovog prava može da ima za posledicu povredu opšte priznatih prava obveznika na privatnost, poverljivost i pristup informacijama od značaja za oporezivanje.

Danas se u većini država preduzimaju povećane aktivnosti na planu prikupljanja obimnih podataka o raznim sferama života državljana, pa ni poreska oblast nije izuzetak. Naročito se naglašava korisnost principa transparentnosti radi veće državne zaštite. Međutim, težnja poreskih vlasti da ostvare potpunu „providnost“ celokupnog ekonomskog stanja

2 Navedeno prema: Dejan Popović, *Poresko pravo: opšti deo*, Cegos in, Beograd, 2006, str. 75-76.

3 Joel Slemrod, *Taxation and Big Brother: Information, Personalisation and Privacy in 21st Century Tax Policy*, *Fiscal Studies*, vol. 27, no. 1, str. 2.

svakog obveznika može dovesti u pitanje same političko-etičke osnove procesa oporezivanja. Zar se na taj način svi obveznici ne stavljaju pod sumnju da su potencijalni utajivači, što može da podrije i onako krhko poverenje građana u dobre namere vlasti? Vode li takva nastojanja stvaranju atmosfere straha gde će se poreski obveznici tretirati samo kao brojevi budući da je u većini savremenih država formirana jedinstvena evidencija, dodelom poreskih identifikacionih brojeva?<sup>4</sup> U ovim pitanjima, uz pravno-političku, sadržana je i moralno-etička dimenzija prava države na oporezivanje. Izgleda da potpuna transparentnost finansijske situacije poreskih obveznika, za kojom teže savremene poreske administracije (a forsiraju je uticajne međunarodne organizacije), označava jednu od faza u planiranom procesu potpunog nadzora nad životom i radom svih ljudi.

U takvim okolnostima čini se da je pravo vreme da se govori o osnovnim pravima poreskih obveznika i njihovoj zaštiti ne samo u nacionalnim, već i u međunarodnim okvirima. Ovu temu ne treba shvatati kao pomodan trend, kako bi neki mogli pomisliti, s obzirom da se danas u svetu toliko insistira na pravima ljudi u raznim oblastima života, pa se čak promovišu i osiguravaju i neka „neprirodna“ prava. Ne smemo smetnuti s uma da poreska obaveza, u suštini, jeste najvidljiviji pokazatelj pripadnosti nacionalnoj državi. S jedne strane, građani imaju dužnost da pošteno i blagovremeno plaćaju poreze, a s druge strane, oni očekuju od države zakonit i korektan poreski tretman. U toku procesa oporezivanja, zahvaljujući novim sredstvima prikupljanja informacija, poreske administracije formiraju svojevrsne baze poverljivih podataka ne samo o poslovanju obveznika, već i o pojedinostima iz njihovog privatnog života. Objedinjavanje ovih poreski relevantnih podataka ostvaruje se preko poreskog identifikacionog broja koji se bez prethodnog obaveštavanja i izjašnjavanja dodeljuje svim fizičkim i pravnim licima. Tako su sva lica na neki način već numerisana, s tim što se takvi podaci mogu uključivati u šire baze podataka iz drugih sfera života pojedinaca.

Nepravilna upotreba poreskog identifikacionog broja može da

---

4 Interesantno je saznanje da moćna međunarodna finansijska institucija, kao što je MMF, u programima reformi javnih finansija koje očekuje da sprovedu zemlje dužnici upravo insistira na dodeljivanju poreskog identifikacionog broja svim fizičkim i pravnim licima. U Srbiji je u okviru monitoringa poslova sprovođenja reforme poreske administracije i poreskog postupka, od strane MMF kao jedan od strukturnih parametara na osnovu kojih se merila uspešnost sprovođenja navedene reforme, definisano i formiranje jedinstvenog registra poreskih obveznika i dodela PIB-a poreskim obveznicima.

naruši poštovanje prava na privatnost, kao jednog od osnovnih ljudskih prava, koje ograničava državu u njenim pokušajima da se preterano i neopravdano meša u lični život svojih građana. Nameće se pitanje kome su potrebna detaljna saznanja o svim transakcijama poreskih obveznika, čemu se teži dodeljivanjem PIB-a na nacionalnom nivou, i da li postoji realna opasnost od neovlašćenog prodora i preuzimanja takvih informacija od strane nekih drugih subjekata?<sup>5</sup> Zašto se dodeljuje broj ličnosti obveznika i zar se ne mogu evidentirati i pratiti transakcije? Poreske informacije će se postupno spajati sa podacima iz drugih sfera života pojedinaca u globalnu informacionu mrežu. Za sada se samo može pretpostavljati ko će sve imati pristup ovim bazama podataka i kome su one potrebne, osim ako ne u cilju globalne kontrole ljudi.<sup>6</sup> Praćenjem jedinstvenog poreskog informacionog broja državna (svetska) poreska vlast vremenom će imati uvid u sve ekonomsko-finansijske transakcije obveznika, naročito sa povlačenjem (istiskivanjem) gotovine iz platnog prometa.

Poreske vlasti pravdaju evidentiranje obveznika (ako to uopšte i čine) neophodnošću uvida u stvarnu ekonomsku snagu lica, kako bi se porezi plaćali u skladu sa zakonom. U tom kontekstu, takvo objašnjenje bi se moglo prihvatiti kao legitimno ukoliko iza njega ne stoji neka druga državna svrha. To se neposredno ne može uočiti bez dubljeg sagledavanja procesa koji se odvijaju u međunarodnim ekonomsko-finansijskim odnosima i ubrzanom razvoju informaciono-komunikacionih tehnologija. Međunarodne poslovne transakcije, odvijajući se van domašaja nacionalnih poreskih organa, mogu da imaju za neposrednu posledicu eroziju nacionalnih poreskih osnovica. Upravo se suzbijanjem međunarodne evazije poreza i opravdava saradnja nacionalnih poreskih administracija i potreba razmene poreskih informacija. Međunarodna pravna pomoć u poreskoj materiji uređuje se nacionalnim poreskim zakonodavstvima ili međunarodnim ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja ili konvencijama o uzajamnoj saradnji nacionalnih poreskih administracija.

Kada govorimo o pravima poreskih obveznika u kontekstu osnovnih ljudskih prava i sloboda možemo ih posmatrati i iz jedne posebne dimenzije. Poštovanje navedenih fundamentalnih prava poreskih

5 Videti više o tome: Mileva Anđelković, Reformisani poreski postupak u Srbiji: moguće zloupotrebe poreskih ovlašćenja, *Pravni život*, 11/2007, str.1024-1026.

6 Takvo sveobuhvatno prikupljanje, obrada i skladištenje ličnih podataka sigurno se neće koristiti samo kao oblik borbe protiv međunarodne evazije poreza, pranja novca i drugog finansijskog kriminala u međunarodnim (globalnim) ekonomskim odnosima.

obveznika sagledavamo kao svojevrsnu garanciju ostvarivanja prava na slobodu, dostojanstvo ličnosti, privatnost života, mirno uživanje imovine. Narušavanje osnovnih poreskih prava preteranim zadiranjem države u ekonomsku snagu obveznika i njihov privatni život, sa tendencijom potpune kontrole nad njihovim prihodima i rashodima, može da obezvredi sve ustavne i zakonske odredbe o priznavanju i zaštiti osnovnih ljudskih prava i sloboda. Imajući u vidu opštost poreske obaveze, nije slučajaj izbor poreske službe da bude značajno mesto prikupljanja poverljivih podataka o prihodima, troškovima, imovini i svim finansijskim transakcijama poreskih obveznika, dodeljivanjem jednog jedinstvenog poreskog identifikacionog broja.

Sve ubrzanije digitalizovanje savremenog društva preko elektronskog odvijanja poslovanja i pretvaranja tradicionalnih vlada u e-vlade, potencijalno vodi totalnoj otuđenosti države od građana i njihovoj kontroli od strane nadnacionalnih centara moći. Opasnosti za ugrožavanje prava poreskih obveznika posebno uočavamo u dvema situacijama. Jedna se odnosi na prvi nivo zaštite podataka prikupljenih o poreskim obveznicima u okviru nacionalnih poreskih administracija. Druga situacija se tiče nivoa zaštite poreskih podataka u uslovima međunarodne razmene podataka između nacionalnih poreskih administracija. U tom pogledu, mehanizme zaštite prava poreskih obveznika možemo sagledavati na nacionalnom nivou i na međunarodnom planu.

### **Nacionalni nivo zaštite prava poreskih obveznika**

Poreska materija se u svakoj državi javlja kao izuzetno napeto područje odnosa između potrebe vlasti da pribavi poreze i interesa građana da imaju pravnu sigurnost i izvesnost od preteranog oporezivanja. Normalno funkcionisanje poreskog sistema nameće pitanje efikasne pravne zaštite položaja poreskih obveznika. Obveznici imaju na raspolaganju redovna i vanredna pravna sredstva kao i sudsku zaštitu.<sup>7</sup> Imajući u vidu depersonalizaciju poreskih odnosa (zbog šire primene poreza na potrošnju) bitno je da se garantovanje i zaštita prava poreskih obveznika ne svedu samo na puke formalnosti. U našem pravnom sistemu ne postoji poseban poreski ombudsman, za razliku od nekih razvijenih država. Nedavno je

<sup>7</sup> Primera radi, u pravnom sistemu Austrije zaštitu prava poreskih obveznika, pored administrativnih organa, pružaju i nezavisni sudski organi: Nezavisni fiskalni senat, Visoki administrativni sud, Ustavni sud i Visoki sud.

kod nas uveden institut zaštitnika građana koji bi trebalo da pruži dodatnu sigurnost obveznicima u komunikaciji sa poreskim organima.<sup>8</sup>

U našem poreskom pravu žalba i tužba, za razliku od upravne procedure, nemaju suspenzivno dejstvo u procesiranju poreskih predmeta. Međutim, u skoro dve trećine zemalja OECD žalba uložena protiv poreskog rešenja automatski će odložiti plaćanje poreskog davanja, mada u nekima od njih ova mogućnost postoji samo ukoliko se ispune određeni specifični uslovi.<sup>9</sup> Ovde se bitnim javlja jedno tehničko pitanje, naime, od kada počinje da teče zatezna kamata na poreski dug. Ovo je važno, jer u suprotnom, to može biti podsticaj nekim poreskim obveznicima da podnesu žalbu sa jednim ciljem da odlože plaćanje poreza, umanjujući na taj način njegovu realnu vrednost.

Ako u našoj pravnoj teoriji ima razmišljanja da bi poreska žalba trebalo automatski da ima odložno dejstvo, čini nam se da bi se time samo stvorili neslućeni problemi realizacije poreskog potraživanja države. Pre svega, imamo u vidu fiskalni interes države i potrebu kontinuiranog funkcionisanja državnih organa. Takvi društveni ciljevi bi vrlo izvesno bili narušeni, ukoliko bi se poreskim obveznicima ostavila mogućnost automatskog odlaganja izvršavanja poreskih odluka. Poznato je da je tradicionalno na ovim prostorima slab poreski moral i nizak nivo poreske svesti. Stoga je opravdana bojazan poreske vlasti da bi obveznici neopravdanim zahtevima za odlaganjem plaćanja poreza, dok se ne odluči o podnetoj žalbi, doveli u pitanje i samo finansiranje javne potrošnje.

Sa stanovišta obveznika, važeće poresko rešenje deluje obeshrabrujuće jer se oni i inače nalaze u podređenom položaju u odnosu na poresku administraciju. To se naročito ispoljava kada obveznici uspeju u žalbenoj proceduri a uplaćena sredstva ili razliku ne mogu dobiti natrag već im se priznaju kao akontacija za naredni poreski period, što im možda neće odgovarati ako imaju finansijske teškoće. S druge strane, ukoliko bi se normiralo da žalba i tužba imaju suspenzivno dejstvo a ostavili izuzeci, javila bi se dilema kako njih precizirati i koliki bi bio njihov obuhvat a da se ne ugrozi normalno odvijanje državnih aktivnosti. Prema važećem poreskom rešenju, poreska žalba nema suspenzivno dejstvo ali novi Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji<sup>10</sup> predviđa jedan izuzetak

8 U Velikoj Britaniji postoji poseban poreski branilac (tax advocate or adjudicator).

9 Videti: Taxpayers' Rights and Obligations: A survey of the legal situation in OECD countries, OECD, Paris, 1990, str.23.

10 „Sl. glasnik RS“, br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 63/06,

od ovog pravila, kada obveznik mora da dokumentuje da bi plaćanjem poreza pre konačnosti pobijanog akta pretrpeo bitnu ekonomsku štetu (čl. 147.st.2.).

Obveznicima se garantuje pravo na poverljivost i tajnost podataka prikupljenih u poreskom postupku (član 24. stav 1. tačka 4) ZPPPA) što je istovremeno normirano kao obaveza poreskih službenika da sve informacije, činjenice i druge podatke čuvaju kao službenu tajnu (član 7. ZPPPA).

Zaštita podataka pravnim putem može biti preventivna i *ex post*. Preventivno na opštem planu, građaninu se na osnovu Zakona o zaštiti podataka o ličnosti iz 1998. godine,<sup>11</sup> daje pravo da može verifikovati podatke koji se o njemu nalaze u kompjuterizovanoj banci podataka. Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji sadrži specifično rešenje da poreski obveznik ima pravo da ostvari uvid u podatke o utvrđivanju i naplati poreza koji se o njemu vode kod Poreske uprave i zahteva izmenu nepotpunih i netačnih podataka (član 24. stav 1. tačka 6). Kada je učinjena povreda prava na lični podatak, poreski obveznici imaju pravo na krivičnopravnu i građanskopravnu zaštitu.

Prema Zakonu o poreskom postupku i poreskoj administraciji, međunarodna pravna pomoć u poreskoj materiji zasniva se na međunarodnim ugovorima. Ukoliko to nije slučaj, članom 157. navedenog zakona predviđeni su uslovi pružanja pravne pomoći inostranim poreskim administracijama. Neke zemlje, kao što su Holandija, Švajcarska i SAD, nastoje da prethodno obaveste poreske obveznike da će poreski organ podatke o njima dostaviti inostranim poreskim organima. Ovo pravo ZPPPA ne garantuje poreskim obveznicima.

### **Zaštita prava obveznika u novom međunarodnom poreskom režimu**

Poznato je da u međunarodnom javnom pravu nisu postavljena međunarodno priznata načela kojima bi se ograničavala suverenost država u poreskoj oblasti. Fiskalni suverenitet još uvek je značajan pokazatelj državne nezavisnosti mada se on postupno ograničava prihvatanjem i zaključivanjem sporazuma o izbegavanju dvostrukog oporezivanja i

61/07.

11 Vlada Republike Srbije je usvojila predlog novog Zakona o zaštiti podataka o ličnosti koji sadrži rešenja usklađena sa evropskim standardima u ovoj oblasti i čije se usvajanje uskoro očekuje u skupštinskoj proceduri.

međunarodnoj poreskoj saradnji. U međunarodnoj poreskoj praksi uočava se pojava neformalnog stvaranja poreskih standarda od strane stručnih tela uticajnih međunarodnih organizacija (MMF, Svetska banka, OECD) i pokušaja njihove ugradnje u međunarodne poreske ugovore i nacionalna poreska zakonodavstva, ponekad bez prolaženja zvanične zakonodavne procedure.<sup>12</sup>

Ratifikovani međunarodni ugovori imaju prioritet važenja u hijerarhiji pravnih propisa što može biti od značaja za ostvarenje efikasne zaštite prava poreskih obveznika. Ukoliko im se ne obezbede adekvatni mehanizmi uvida u komunikaciju nacionalnih poreskih administracija i dostavljene podatke o njihovoj poreskoj situaciji, obveznicima mogu biti ugrožena osnovna prava. Rešenja u međunarodnom poreskom pravu, koje se danas uobličava, ne pružaju garanciju poreskim obveznicima od neovlašćenog odavanja poreskih informacija inostranim poreskim organima.

Bilateralni sporazumi o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sadrže odredbe i o saradnji nacionalnih poreskih administracija i obavezi razmene poreskih informacija o rezidentnim obveznicima. U vezi sa njihovom primenom može se postaviti pitanje ko će proveravati kakve će sve vrste informacija poreske administracije dostavljati jedna drugoj i kako da se poreski obveznik zaštiti od neovlašćenog odavanja poreskih podataka?

Opravdanost međudržavne poreske saradnje je razumljiva imajući u vidu zaštitu nacionalnih poreskih interesa odnosno sprečavanje erozije nacionalnih poreskih osnovica. Ali, ko može garantovati običnim građanima, poreskim obveznicima, da sve te baze podataka koje se formiraju o mnogim aktivnostima života neće biti zloupotrebene i tako dospeti u ruke nekih subjekata koji ih mogu upotrebiti u sasvim druge svrhe?

Pored bilateralnih sporazuma o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, razmenu poreskih informacija uređuju sledeći međunarodni dokumenti: član 26. Model konvencije OECD o dvostrukom oporezivanju dohotka i imovine, Konvencija o uzajamnoj administrativnoj pomoći u poreskoj materiji zaključena između OECD-a i Saveta Evrope iz 1988. godine<sup>13</sup> kao

<sup>12</sup> Primer za to je projekat OECD iz 1998. godine o klasifikaciji određenih jurisdikcija kao poreskih oaza.

<sup>13</sup> Pogledati: Explanatory report on the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, Council of Europe, OECD, Strasbourg, 1989.

i Direktiva o uzajamnoj administrativnoj pomoći između poreskih organa zemalja-članica Evropske unije. Ovi međunarodni dokumenti treba da olakšaju primenu nacionalnih poreskih sistema u situacijama kada njihovi rezidentni obveznici posluju u drugim državama, a da se pritom ispoštuju prava na privatnost i propisanu proceduru utvrđivanja poreskih obaveza, uključujući odgovarajuću zaštitu protiv diskriminacije i dvostrukog oporezivanja.

Većina ovih dokumenata sadržavala je ograničenje da država kojoj je upućen zahtev ne mora da obezbedi traženu informaciju ukoliko ona nije potrebna njenoj poreskoj administraciji ili/i informaciju koja se ne može pribaviti na osnovu nacionalnog zakona. Takvo ograničenje smatralo se preprekom efektivnoj razmeni poreskih informacija između nacionalnih poreskih administracija.<sup>14</sup> Model sporazuma OECD o razmeni poreskih informacija iz 2002. godine nastoji da prevaziđe taj nedostatak. Njime se postavlja zahtev da država mora pružiti informaciju čak i kada joj ona nije potrebna za sopstvene svrhe oporezivanja (tzv. nepostojanje domaćeg poreskog interesa). Jedan broj zemalja OECD ali i nečlanica već su započeli sa zaključivanjem sporazuma o razmeni informacija na osnovu principa iz navedenog Model sporazuma.<sup>15</sup>

U međunarodnom poreskom pravu smatra se da fundamentalna prava poreskih obveznika nisu povređena ako država odluči da podeli poreske informacije o obveznicima sa drugom državom.<sup>16</sup> Svi napred navedeni međunarodni dokumenti sadrže odredbe o zaštiti poverljivosti informacija o obveznicima na najbolji mogući način. Pravni položaj obveznika se ipak sagledava kao neadekvatan, imajući u vidu činjenicu da poreski obveznik nije stranka u međunarodnoj razmeni informacija, tako da ne može zahtevati nikakva lična prava u toj proceduri. Čini se da nema baš dobrih izgleda da bi se situacija mogla poboljšati ako bliže pogledamo novine koje uvodi Model sporazuma o razmeni informacija u poreskoj materiji iz 2002. godine. Radi efikasnije razmene poreskih podataka, države ugovornice se podstiču da preduzimaju određene mere kako bi olakšale primenu standarda pristupa bankarskim informacijama. Time se

---

14 Videti: Johan Barnard, *Former Tax Havens Prepared to Lift Bank Secrecy*, Bulletin for international fiscal documentation, IBFD, Vol 57, No.1, 2003, str.10.

15 Pogledati: *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, The 2007 Progress Report, OECD, 2007, str. 8, 14-21.

16 IFA 59th Annual Congress Buenos Aires, Argentina, Outline Seminar A, *Fundamental rights of taxpayers*, 12 September 2005, str.2.

nameću promene u nacionalnim poreskim zakonodavstvima što, između ostalog, obuhvata zabranu anonimnih bankarskih računa, zahteve za identifikacijom klijenata, nepostojanje domaćeg poreskog interesa, pristup bankarskim informacijama ne samo u običnim poreskim sporovima već i u poreskim krivičnim stvarima.<sup>17</sup>

Član 26. Model konvencije OECD o dvostrukom oporezivanju dohotka i imovine<sup>18</sup> je 2004. godine revidiran prihvatanjem standarda nepostojanja domaćeg poreskog interesa, kao razloga za odbijanje tražene međunarodne poreske pomoći i ukidanjem principa bankarske tajne. Bez obzira što ovaj član predviđa određene mere zaštite poreskih obveznika,<sup>19</sup> predviđene garancije su iluzorne ukoliko u masi razmenjenih informacija poreski obveznik prethodno ne bude obavešten o podacima koji se o njemu dostavljaju.<sup>20</sup>

Regulativa po kojoj se odvija međunarodna razmena poreskih informacija ne pruža dovoljnu zaštitu poreskim obveznicima. S druge strane, oni ne mogu tražiti međunarodnu pravnu zaštitu zbog neprimenjivanja člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima na poresku materiju. Većina sudija Evropskog suda za ljudska prava još uvek smatra da poreska procedura spada u javnopravni domen, sa dominantnom javnom prirodom relacije između obveznika i poreskih vlasti. Preovlađuje mišljenje da poreski sporovi spadaju van domašaja građanskih prava i obaveza, uprkos novčanim efektima koje nužno stvaraju za obveznike. Takvim tumačenjem, obična poreska procedura utvrđivanja poreskih obaveza ostaje bez zaštite prema članu 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Karakterističan je, u tom pogledu, slučaj *Ferrazzini v. Italy* iz 2001. godine, gde se obveznik žalio na trajanje poresko-sudskog postupka van „razumnog roka“, ali je

17 Videti: Improving Access to Bank Information for Tax Purposes, The 2007 Progress Report, OECD, 2007.

18 Novi naziv je Model konvencija o porezima na dohodak i imovinu i poslednja revidirana verzija je iz 2005. godine.

19 Svaka informacija dobijena od države ugovornice smatraće se poverljivom na isti način prema domaćem zakonu i biće otkrivena samo u svrhe oporezivanja. Ni u kom slučaju se ne mogu nametati obaveze državama ugovornicama da preduzimaju upravne mere suprotno domaćim zakonima i upravnoj praksi; da obezbede informaciju koja se ne može dobiti na osnovu zakona ili u toku normalne administrativne procedure; da pruže informaciju koja bi otkrila poslovnu, industrijsku ili profesionalnu tajnu ili poslovni proces, čije bi otkrivanje bilo suprotno javnom poretku.

20 Videti: Bruce Zagaris, Exchange of Tax Information Policies at the Millenium: Balancing Enforcement with Due Process and International Human Rights, aug. 2001, [www.freedomandprosperity.org/zagaris2.pdf](http://www.freedomandprosperity.org/zagaris2.pdf)

Evropski sud za ljudska prava odlučio da se garancije pravičnog suđenja ne mogu primenjivati na poreske slučajeve.

Izuzetak je učinjen u jednom drugom slučaju *Bendenoun v. France*, kada se obveznik žalio na osudu zbog izbegavanja plaćanja poreza. Evropski sud je smatrao da su preovladali aspekti slučaja koji su bili krivične prirode i koji su zajedno učinili da „optužba“ ima krivični karakter i da se na nju primenjuje član 6. stav 1. Konvencije. Neujednačena praksa ima za posledicu diskriminaciju poreskih obveznika tako da se javljaju shvatanja da bi trebalo pripremiti protokol o zaštiti poreskih obveznika uz Evropsku konvenciju.<sup>21</sup>

U procesima međunarodne razmene poreskih informacija izražen je problem nepostojanja međunarodnog minimuma saglasnosti o nivou pravne zaštite poreskih obveznika tokom međunarodne pomoći u poreskoj materiji. Imajući u vidu praksu OECD, prava na zaštitu poreskih obveznika mogla bi se svrstati u tri kategorije: pravo na obaveštavanje o traženim informacijama i njihovoj sadržini; pravo učestvovanja u postupku prikupljanja informacija, makar u vidu konsultacija; pravo da se proveri legalnost i legitimnost postupka razmene poreskih informacija posredstvom nezavisnog tela.<sup>22</sup>

### Zaključak

Ustanovljenje i priznavanje fundamentalnih prava poreskih obveznika nema stvarni značaj ukoliko države ne pružaju efikasne mehanizme njihove zaštite. Pitanje je da li tradicionalni mehanizmi jesu dovoljni da osiguraju pravovremenu i efektivnu zaštitu prava poreskih obveznika u svim fazama procesa oporezivanja. Korišćenje žalbe i tužbe u poresko-sudskom postupku može biti nedovoljno imajući u vidu domašaj međunarodnih poreskih ugovora o saradnji nacionalnih poreskih administracija. Poreski obveznici nisu stranke u ovim međunarodnim sporazumima i nemaju uvid u tokove međunarodnih poreskih komunikacija. Ko će kontrolisati da li se poreski organi pridržavaju definisanih pravila u

---

21 Videti: Philip Baker QC, *The Decision in Ferrazzini: Time to Reconsider The Application of the European Convention on Human Rights to Tax Matters*, [www.taxbar.com/documents/Ferrazzini-Philip-Baker.pdf](http://www.taxbar.com/documents/Ferrazzini-Philip-Baker.pdf)

22 Xavier Oberson, *The OECD Model Agreement on Exchange of Information-a Shift to the Applicant State*, *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 57, Number 1, IBFD, 2003.

pružanju i razmeni poreskih informacija u međunarodnoj poreskoj saradnji? Kako da obveznici zaštite privatnost ličnog, porodičnog i poslovnog života usled neovlašćenog dostavljanja i zlonamerne upotrebe podataka u ovim procesima? Opšta je pretpostavka da su poreski obveznici savesni dok se ne dokaže suprotno. Prenebregavanjem principa bankarske tajne probija se „informativni zid“ koji je predstavljao legitimnu branu očuvanja i garantovanja fundamentalnih prava poreskih obveznika-prava na privatnost, poverljivost i pristup informacijama. Kompjuterska tehnologija omogućava efikasno procesuiranje podataka iz poreskih prijava i prema nekim mišljenjima iz poreske prakse, lojalni obveznici nemaju razloga za bojazan. Da li je baš tako? Čini nam se da je građanin u svojstvu poreskog obveznika u nezavidnoj poziciji naspram moćne poreske vlasti.

***Prof. Mileva Anđelković, LL.D.***

*Associate Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **THE PROTECTION OF THE FUNDAMENTAL TAX PAYERS' RIGHTS IN THE CONTEMPORARY WORLD OF INFORMATION TECHNOLOGIES**

*In the contemporary world, tax systems may not be expected to be fully operative if there is a low degree of a voluntary payment of tax duties. For this reason, tax authorities have been paying more attention to the protection of the fundamental tax payers' rights. The importance of this protection is ever more significant in the circumstances of accelerated communication among states by means of information technologies.*

*In this paper, the author first lays down a general normative framework for exercising and protecting tax payers' rights. These rights are further discussed in the context of the fundamental human rights and freedoms, being their integral part. The author emphasizes that there is a real danger from the violation of the tax payers' fundamental rights both on the national scale and, increasingly, in*

*the international cooperation between tax authorities, which are obliged by some international agreements to exchange tax information. The fast digitalization of the modern society has posed a new challenge to the states to secure an adequate and efficient protection of tax payers' legal position.*

*Key words: functioning of tax systems; tax payer's rights; contemporary technologies*

## KRIVIČNA DELA KORUPCIJE U UPOREDNOM KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU

*Među službenim krivičnim delima se posebno izdvajaju krivična dela korupcije koja predstavljaju samo različite oblike i vidove ispoljavanja zloupotrebe službenog položaja. Radi se o različitim oblicima i vidovima aktivnog (davanje mita) i pasivnog (primanje mita) podmićivanja koja poznaje veliki broj savremenih krivičnih zakonodavstava, ali i više međunarodnih akata, u prvom redu akata Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije. Zbog izuzetne opasnosti od koruptivnih ponašanja pojedinaca i grupa, međunarodna zajednica (univerzalna međunarodna organizacija oličena u Ujedinjenim nacijama kao i regionalne organizacije u prvom redu Savet Evrope i Evropska unija sa odgovarajućim organizacijama i agencijama u svom sastavu) je kroz niz međunarodnih pravnih akata postavila solidnu pravnu osnovu i instrumentarijum za organizovanu zajedničku akciju u otkrivanju, krivičnom progonu, procesuiranju i suzbijanju ovakvih protivpravnih ponašanja.*

*Na ovim osnovima sve savremene države, u sistemu krivičnog zakonodavstva, predviđaju krivičnu odgovornost i sistem krivičnih sankcija, u prvom redu kazni, za više krivičnih dela korupcije, inkriminišući različite oblike i vidove zloupotrebe javnih ovlašćenja od strane službenih ili odgovornih lica u organima javne vlasti. Stoga ćemo na ovom mestu ukazati na osnovne karakteristike uporednopravnih rešenja kojima pojedine savremene države pokušavaju da suzbiju i spreče korupciju kao opasno društveno zlo.*

**Ključne reči:** korupcija, krivično delo, odgovornost, sankcije, međunarodna zajednica, pravni akti

### Uvodna razmatranja

*Upravo zato što još uvek ne postoji jedinstveni i opšte prihvaćeni pojam i definicija korupcije<sup>1</sup>, iako se radi o pojavi davnašnjeg porekla u pravnoj,*

1 D. Derenčinović, Mit o korupciji, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 6/2001. godine, str. 1465-1468

sociološkoj<sup>2</sup>, filozofskoj, bezbednosnoj, politikološkoj i drugoj literaturi se mogu pronaći različita određenja ovog pojma. Pri tome pojedini autori daju jasne, precizne i koncizne definicije za razliku od onih koji opisnim putem pokušavaju da što širi krug različitih oblika pojavnog manifestovanja korupcije podvedu pod obeležja i karakteristike ovog pojma<sup>3</sup>. Ima i onih autora koji se zadovoljavaju prostim tumačenjem zakonom određenog pojma korupcije (kroz krivična dela primanja mita i davanja mita), i to najčešće zbog pojma kako je određen u odredbama krivičnog zakonodavstva odnosno države. Naravno da pri tome možemo razlikovati definicije ovog pojma u međunarodnoj, odnosno u unutrašnjoj, nacionalnoj literaturi<sup>4</sup>.

Dakle, osnovu za organizovanu društvenu reakciju protiv učinilaca krivičnih dela korupcije čine akti međunarodne zajednice<sup>5</sup>. Pošto je ipak oštrica borbe protiv krivičnih dela korupcije i pored niza međunarodno pravnih akata donetih u okviru i pod okriljem univerzalnih međunarodnih organizacija<sup>6</sup> (Ujedinjenih nacija i njenih organa) odnosno regionalnih organizacija ( u prvom redu Saveta Evrope kao najznačajnije političke i bezbednosne regionalne organizacije u Evropi)<sup>7</sup>, ipak u nacionalnim okvirima, to je izlaganje o krivičnopravnim aspektima, obeležjima i karakteristikama krivičnih dela korupcije nepotpuno ako se bar u kratkim crtama ne ukaže na uporedno pravna rešenja ovih inkriminacija u pozitivnopravnim sistemima nekih evropskih država<sup>8</sup>.

---

2 D. Polšek, Sociološka objašnjenja korupcije, Društvena istraživanja, Zagreb, broj 2-3/1999. godine, str. 443-455

3 D.Jovašević, M. Gajić Glamočlija, Problem korupcije u svetlu zaštite ljudskih prava, Beograd, 2008. godine, str.231-243

4 V. Alibunarić, Uloga medija u borbi protiv korupcije, Zagreb, 2002. godine, str. 56-69; N. Sačić, Korupcija, sudstvo i mediji, Kriminalističke teme, Sarajevo, broj 3-4/2003. godine, str. 361-375

5 R.Cvrčić, Korupcija i instrumenti njezina suzbijanja u međunarodnoj zajednici, Računovodstvo i financije, Zagreb, broj 8/2000. godine, str. 63-69; D. Derenčinović, Prikaz Konvencije UN protiv korupcije, Pravo i porezi, Zagreb, broj 3/2004. godine, str.38-46

6 D. Derenčinović, Komentar Konvencije UN protiv korupcije, Zagreb, 2005. godine, str. 81-94

7 V.Đ.Degan, B. Pavišić, Međunarodno kazneno pravo, Rijeka, 2005. godine, str. 204-206

8 R. Asprin, Mit i korupcija, Zagreb, 2003. godine, str. 139-156

## Problem korupcije u međunarodnoj zajednici

Međunarodna zajednica se rano suočila sa opasnošću od korupcije<sup>9</sup>. Naime, korupcija predstavlja jedan od osnovnih oblika fenomenološkog ispoljavanja organizovanog kriminaliteta i to kriminaliteta izuzetno visokog stepena težine i opasnosti sa teškim posledicama po pojedinca i društvo<sup>10</sup>. Ovde se, naime, radi o organizovanim, često prikrivenim, dugotrajnim aktivnostima pojedinaca, grupa i organizacija u zemlji ili inostranstvu sa ciljem da putem novca ili druge imovinske koristi podriju temelje vlasti, zakonitost u postupanje javnih službi, odnosno vladavinu prava i na taj način povrede ili ugroze ljudska prava drugih lica<sup>11</sup>.

*Dakle, osnovu za organizovanu društvenu reakciju protiv učinilaca krivičnih dela korupcije čine akti međunarodne zajednice*<sup>12</sup>. Pošto je ipak oštrica borbe protiv krivičnih dela korupcije<sup>13</sup> i pored niza međunarodno pravnih akata donetih u okviru i pod okriljem univerzalnih međunarodnih organizacija (Ujedinjenih nacija i njenih organa) odnosno regionalnih organizacija (uprvomredu Saveta Evrope kao najznačajnije političke i bezbednosne regionalne organizacije u Evropi), ipak u nacionalnim okvirima, to je izlaganje o krivičnopravnim aspektima, obeležjima i karakteristikama krivičnih dela korupcije nepotpuno ako se bar u kratkim crtama ne ukaže na uporednopravna rešenja ovih inkriminacija u pozitivnopravnim sistemima nekih evropskih država<sup>14</sup>.

Praktično od kada se pojavilo činovništvo kao deo upravnog ili javnopravnog ili administrativnog aparata javljaju se i krivična dela korupcije. Ovo su krivična dela i danas u različitim oblicima i vidovima ispoljavanja prisutna u skoro svim savremenim krivičnopravnim sistemima. Na to ukazuje i činjenica da se države u cilju održanja autoriteta državne

---

9 S. Vasiljević, Republika Hrvatska i međunarodna zajednica pred izazovom korupcije, *Pravnik*, Zagreb, broj 1-2/1999. godine, str. 136-160

10 D. Datzler, Korupcija – sistemsksa ili individualna slabost, *Kriminalističke teme*, Sarajevo, broj 1-2/2005. godine, str. 249-261

11 K. Holtz, Korupcija u policiji, *Izbor*, Zagreb, broj 4/1998. godine, str. 267-275; T. Tarle, Korupcija u javnoj upravi, *Pravnik*, Zagreb, broj 2/2004. godine, str. 129-141, N. Pantelić, Uloga i značaj sektora unutrašnje kontrole policije u borbi protiv korupcije, *Revija za bezbednost*, Beograd, broj 1/2007. godine, str. 17-20

12 S. Vasiljević, Republika Hrvatska i međunarodna zajednica pred izazovom korupcije, *Pravnik*, Zagreb, broj 1-2/1999. godine, str. 136-160

13 M. Tomanović, Krivična dela korupcije u krivičnom zakonodavstvu Srbije i bivšem jugoslovenskom zakonodavstvu, *Sudska praksa*, Beograd, broj 6/2007. godine, str.52-59

14 M. Vujin, Značaj međunarodne saradnje u borbi protiv korupcije, *Zornik radova*, Privredni kriminal i korupcija, Beograd, 2001. godine, str. 217-224

i uopšte javne vlasti i obezbeđenja poštovanja pravnog poretka i aksioma pravne države svim raspoloživim sredstvima suprotstavljaju načinima i oblicima povređivanja i ugrožavanja službene dužnosti, javnih ovlašćenja javnih službenih lica (državnih ili javnih činovnika). U tom pravcu svakako da i krivičnopravna zaštita službene dužnosti (pored drugih vidova kaznenopravne zaštite: odgovornosti za privredne presteupe, prekršaje ili disciplinske presteupe) igra posebno značajnu i osobenu ulogu.

U cilju potpunijeg i svestranijeg sagledavanja krivičnopravne problematike korupcije kao antipoda pravne države i vladavine prava<sup>15</sup>, stoga nije dovoljno samo da se posvetimo teorijskoj i praktičnoj analizi oblika ispoljavanja, obeležja i karakteristika ovih krivičnih dela shodno rešenjima iz domaćeg krivičnog zakonodavstva, pravne teorije i sudske prakse, već je potrebno (i poželjno) da određenu pažnju posvetimo i uporednopravnoj (komparativno pravnoj) analizi ovih krivičnih dela u savremenim krivičnopravnim sistemima<sup>16</sup>. Stoga ćemo na ovom mestu dati prikaz nekoliko nama dostupnih zakonskih rešenja inkriminacija krivičnih dela korupcije (s tim što moramo reći da se ova krivična dela mogu javiti pod različitim nazivom i sa različitom sadržinom, obeležjima i karakteristikama te propisanom kaznom).

## Albanija

Krivični zakonik Republike Albanije<sup>17</sup> od 27. januara 1995. godine u Sekciji 2, u grupi krivičnih dela protiv aktivnosti državnih organa javne vlasti, predviđa u članu 260. krivično delo pod nazivom : “Primanje mita”. Ovo delo ima samo jedan oblik – pravo pasivno podmićivanje. Delo čini lice koje vrši državnu funkciju, javnu službu ili drugo zanimanje, a koje primi nagradu, poklon ili drugu korist da u okviru svoje delatnosti preduzme ili propusti neku radnju u okviru službe, dužnosti ili zanimanja kako bi drugo lice na taj način pribavilo kakvu uslugu, nagradu, posao ili drugu korist.

15 grupa autora, Korupcija u odsustvu vladavine prava, Sarajevo, 2004. godine, str. 45-59

16 D. Derenčinović, Kazneno djelo davanja mita u hrvatskom i uporednom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 3/2001. godine, str. 56-68

17 Criminal code of the Republic of Albania, Official text, Tirana, 1995. godine

Dakle, ovde je radnja izvršenja primanje (a ne samo zahtevanje, traženje) kakvog poklona ili druge koristi. Kao učinilac dela može se da se javi samo lice koje ima određeno svojstvo - lice koje vrši državnu funkciju, javnu službu ili drugo zanimanje. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od tri do deset godina.

Inače, albanski zakonodavac ne poznaje krivično delo davanja mita što se može pripisati kriminalnopolitičkim razlozima nekažnjavanja davaoca mita kako bi se lakše i jednostavnije moglo dokazati izvršenje krivičnog dela primanja mita.

## Belorusija

Krivični zakonik Republike Belorusije<sup>18</sup> donet 1960. godine sa izmenama i dopunama koje su učinjene do 1.maja 1994. godine u glavi 12, u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti predviđa više korupcijskih krivičnih dela.

U članu 169. je određeno krivično delo: „Primanje mita”. Delo ima više oblika ispoljavanja. Osnovni oblik dela za koji je propisana kazna zatvora do deset godina sa konfiskacijom imovine čini službeno lice koje s umišljajem nedopušteno prihvati poklon, vrednost ili drugu korist od vlasništva da bi u vršenju službe ili uz pomoć ili popustljivost u vršenju službene dužnosti doneo rešenje ili preduzeo kakvu radnju odnosno propustio kakvu radnju u korist lica koje je dalo mito.

Delo ima dva teža oblika ispoljavanja. Prvi teži oblik za koji je propisana kazna zatvora od pet do petnaest godina uz konfiskaciju imovine postoji u sledećim slučajevima : a) ako je radnja primanja mita preduzeta na osnovu dogovora između dva ili više lica, b) ako je radnja primanja mita ponovljena, dakle preduzeta od strane povratnika (gde je povrat kvalifikatorna okolnost koja utiče na težu kvalifikaciju ovog dela), v) ako je primljeno mito u velikom iznosu. Koji je to veliki iznos primljenog mita, predstavlja faktičko pitanje koje sudsko veće mora da reši u svakom konkretnom slučaju i g) ako je mito primljeno uz upotrebu prinude – dakle iznuđivanjem, gde je način preduzimanja radnje kvalifikatorna okolnost.

Najteži oblik krivičnog dela primanja mita postoji u dva slučaja

---

18 Criminal code of the Republic of Belarus, 1960. godine sa izmenama i dopunama do 1.maja 1994. godine, Minsk, 1995. godine

: a) kada je radnju izvršenja preduzelo službeno lice koje je prethodno bilo osuđivano za krivično delo podmićivanja i b) kada je primljeno mito u naročito velikom iznosu. Koji je to naročito veliki iznos datog mita, predstavlja faktičko pitanje koje sudsko veće mora da reši u svakom konkretnom slučaju. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od osam do petnaest godina i konfiskacija imovine.

U članu 169. 1. Krivični zakonik Republike Belorusije predviđa delo pod nazivom: „Posredovanje u podmićivanju”. Ovde je zapravo saučesništvo u smislu pomaganja dobilo karakter samostalne radnje izvršenja za koju je propisana kazna zatvora od dve do osam godina. Delo se sastoji u direktnom povezivanju davaoca i primaoca mita. Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od sedam do petnaest godina i konfiskacija imovine čini lice: a) koje je ponovilo krivično delo korupcije (dakle u slučaju postojanja povrata) i b) koje zloupotrebljava službenu dužnost za preduzimanje ove radnje.

Posednje krivično delo korupcije je predviđeno u članu 170. pod nazivom: „Davanje mita”. I ovo delo ima osnovni, teži i lakši oblik ispoljavanja. Osnovno delo za koje je propisana kazna zatvora od tri do osam godina postoji u slučaju davanja mita (poklona, nagrade ili druge koristi) bilo kom licu, u bilo kom iznosu ili sa bilo kojim ciljem.

Teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od sedam do petnaest godina i konfiskacija imovine čini lice ako je radnju izvršenja preduzelo ponovljeno ili lice koje je prethodno bilo osuđivano za delo korupcije.

Lakši oblik ovog dela za koji se učinilac može u potpunosti osloboditi od krivične odgovornosti (pa i kazne) postoji ako je davalac mita bio prinuđen na davanje mita ili ako davalac mita posle preduzete radnje izvršenja svoje delo dobrovoljno prijavi nadležnom organu.

## Bosna i Hercegovina

Krivičnadelakorupcije<sup>19</sup> su u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine<sup>20</sup> predviđena u posebnoj glavi pod nazivom: „Krivična dela korupcije i

19 M. Budimlić, Potreba usaglašavanja mjera za borbu protiv korupcije i organizovanog kriminala, Kriminalističke teme, Sarajevo, broj 3-4/2003. godine, str. 319-335

20 B. Petrović, D. Jovašević, Krivično (kazneno) pravo, Posebni dio, Sarajevo, 2005. godine, str.96-100

krivična dela protiv službene i druge odgovorne funkcije”. Ova krivična dela predstavljaju, zapravo, različite oblike i vidove zloupotrebe službenog položaja i javnih ovlašćenja u vršenju službene dužnosti od strane službenih ili odgovornih lica kao nosilaca tih ovlašćenja<sup>21</sup>. Ove inkriminacije imaju za cilj da obezbede ispravnost, celishodnost, efikasnost i zakonitost u radu državnih organa koji vrše javna ovlašćenja i da se tako očuva poverenje građana u pravni poredak i pravnu državu.

Izvršilac ovih krivičnih dela može biti službeno lice, osim dela davanja mita koje može da izvrši bilo koje lice. Službeno lice u smislu člana 1. stav 3. KZ BIH može biti : 1) izabrani ili imenovani funkcioner u organima zakonodavne, izvršne i sudske vlasti Bosne i Hercegovine i u drugim državnim i upravnim ustanovama ili službama koje vrše određene upravne, stručne i druge poslove u okviru prava i dužnosti vlasti koja ih je osnovala; 2) lica koja stalno ili povremeno vrše službenu dužnost u ovim upravnim organima ili ustanovama; 3) ovlašćeno lice u privrednom društvu ili u drugom pravnom licu kome je zakonom ili drugim propisom donesenim na osnovu zakona povereno vršenje javnih ovlašćenja, a koje u okviru tih ovlašćenja vrši određenu dužnost i 4) drugo lice koje vrši određenu službenu dužnost na osnovu ovlašćenja iz zakona ili drugog propisa donesenog na osnovu zakona. U članu 1. stav 7. KZ BIH određen je pojam stranog službenog lica. To je član zakonodavnog, izvršnog, upravnog ili sudskog organa strane države, javni funkcioner međunarodne organizacije i njenih organa, sudija i drugi funkcioner međunarodnog suda na službi u Bosni i Hercegovini. Na isti način pojam službenog lica i stranog službenog lica određuju i čl. 2. st. 3. odnosno st. 8. KZ FBIH, čl. 2. st.3. odnosno st.8. KZ DBIH i čl. 147. st.3. odnosno st.6. KZ RS.

Kao izvršilac ovih dela može se pojaviti i odgovorno lice pod kojim se prema čl. 1. st.5. KZ BIH, čl. 2. st.6. KZ FBIH, čl. 2. st.6. KZ DBIH i čl. 147. st.4. KZ RS smatra : lice u privrednom društvu ili drugom pravnom licu kome je s obzirom na njegovu funkciju ili na osnovu posebnog ovlašćenja poveren određeni krug poslova koji se odnose na primenu zakona ili propisa donesenih na osnovu zakona ili opšteg akta privrednog društva ili drugog pravnog lica u upravljanju i rukovanju imovinom ili se odnose na rukovođenje proizvodnim ili nekim drugim privrednim procesom ili na nadzor nad njima.

21 A. Šaković, Organizovani ekonomski kriminal u odnosu na korupciju i pranje novca u Bosni i Hercegovini, Kriminalističke teme, Sarajevo, broj 3-4/2003. godine, str. 183-193

Ova krivična dela su predviđena u glavi devetnaest Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine<sup>22</sup>, glavi trideset prva Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine<sup>23</sup>, glavi trideset prvog Krivičnog zakona Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine<sup>24</sup> i glavi dvadeset sedam Krivičnog zakona Republike Srpske<sup>25</sup>.

U ovoj su glavi predviđena dva krivična dela korupcije. To su : 1) primanje poklona i drugih oblika koristi i 2) davanje poklona i drugih oblika koristi.

1) Primanje poklona i drugih oblika koristi je prvo krivično delo korupcije predviđeno u članu 217. KZ BIH, članu 380. KZ FBIH, članu 374. KZ DBIH i članu 351. KZ RS. Delo se sastoji u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi ili u primanju obećanja poklona ili kakve druge koristi, od strane službenog, stranog službenog ili odgovornog lica da u okviru svog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši odnosno da izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi posle izvršenja ili neizvršenja neke od službenih radnji, a u vezi sa njima<sup>26</sup>.

Delo primanja mita ili pasivno podmićivanje se javlja u tri oblika: to: 1) pravo pasivno podmićivanje, 2) nepravo pasivno podmićivanje i 3) naknadno podmićivanje. Pravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno, strano službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu drugu korist, ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti. Nepravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno, strano službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu korist ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Naknadno podmićivanje postoji kad službeno, strano službeno ili

---

22 Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj : 3/2003, 32/2003, 37/2003, 54/2004 i 61/2004

23 Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj : 36/2003, 37/2003, 21/2004 i 69/2004

24 Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj : 10/2003 i 45/2004

25 Službeni glasnik Republike Srpske broj : 49/2003 i 108/2004

26 B. Petrović, D. Jovašević, Krivično (kazneno) pravo, Posebni dio, op.cit. str.96-98

odgovorno lice zahteva ili prima poklon ili kakvu korist posle izvršenja službene radnje koju nije smelo da vrši odnosno koju je bilo dužno da izvrši ili posle neizvršenja radnje koja se morala izvršiti, odnosno koja se nije smela izvršiti, a u vezi sa njom.

Za prvi oblik ovog dela je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina, za drugi oblik dela kazna zatvora od šest meseci do pet godina, dok je za treći oblik krivičnog dela primanja poklona i drugih oblika koristi propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina. Primljeni poklon i imovinska korist stečena primanjem mita se obavezno oduzimaju merom bezbednosti oduzimanja predmeta.

2) Drugo krivično delo korupcije u krivičnom pravu Bosne i Hercegovine pod nazivom: „Davanje poklona i drugih oblika koristi” je predviđeno u članu 218. KZ BIH, članu 381. KZ FBIH, članu 375. KZ DBIH i članu 352. KZ RS. Delo se sastoji u davanju ili obećanju poklona ili kakve druge koristi službenom, stranom službenom ili odgovornom licu, da u okviru svog službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši, odnosno da izvrši radnju koju bi moralo da izvrši ili ne izvrši radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u posredovanju pri podmićivanju u bilo kom od ovih oblika<sup>27</sup>.

Delo davanja mita ili aktivno podmićivanje se javlja u tri oblika: 1) pravo aktivno podmićivanje, 2) nepravo aktivno podmićivanje i 3) posredovanje u davanju mita. Pravo aktivno podmićivanje je davanje ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom, stranom službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši radnju koju bi moralo da izvrši. To je podmićivanje na nezakonitu radnju. Nepravo aktivno podmićivanje je davanje ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom, stranom službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Posredovanje u davanju mita je preduzimanje delatnosti da se doprinese da poklon ili neka druga korist bude data službenom, stranom službenom ili odgovornom licu ili da mu bude obećana. Posredovanje u sebi objedinjuje podstrekavanje i pomaganje u davanju mita. Ono se čini davanjem inicijative, uveravanjem, uspostavljanjem veze, preuzimanjem predmeta poklona od davaoca i uručivanjem primaocu.

---

27 B. Petrović, D. Jovašević, Krivično (kazneno) pravo, Posebni dio, ibid, str.98-100

Poklon ili obećanje poklona ili druge koristi u svim oblicima treba da je dat službenom ili odgovornom licu u institucijama Bosne i Hercegovine odnosno stranom službenom licu.

Za pravo aktivno podmićivanje propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina, za nepravo aktivno podmićivanje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a za posredovanje u davanju mita za nezakonito izvršenje radnje zatvor od šest meseci do pet godina odnosno novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine za zakonito izvršenje radnje. Predmeti poklona i imovinska korist se obavezno oduzimaju primenom mere bezbednosti oduzimanja predmeta.

Zakon predviđa i mogućnost oslobođenja od kazne učinioca dela pod sledećim uslovima: 1) da je poklon dat na zahtev službenog, stranog službenog ili odgovornog lica i 2) da je davalac poklona prijavio delo pre njegovog otkrivanja ili saznanja da je delo otkriveno. Ako je lice oslobođeno kazne predmeti poklona ili vrednosti koje predstavljaju drugu korist koju je on dao kao mito mogu mu se vratiti.

## Crna Gora

Krivični zakonik Republike Crne Gore<sup>28</sup> iz 2003. godine u glavi trideset četvrtoj, u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti predviđa dva krivična dela korupcije. To su : 1) primanje mita u članu 423. KZ RCG i 2) davanje mita u članu 424. KZ RCG.

1) Primanje mita se sastoji u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi ili u primanju obećanja poklona ili kakve druge koristi za sebe ili drugog, od strane službenog, stranog službenog ili odgovornog lica u privrednom društvu, ustanovi ili drugom subjektu da u okviru svog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši odnosno da izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi posle izvršenja ili neizvršenja neke od službenih radnji, a u vezi sa njima<sup>29</sup>.

Delo primanja mita ili pasivno podmićivanje se javlja u tri oblika i to: 1) pravo pasivno podmićivanje, 2) nepravo pasivno podmićivanje

28 Službeni list Republike Crne Gore broj 70/2003 i 47/2006

29 LJ. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004. godine, str. 1009-1015

i 3) naknadno podmićivanje. Pravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno, strano službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu drugu korist, ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti. Nepravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno, strano službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu korist ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Naknadno podmićivanje postoji kad službeno, strano službeno ili odgovorno lice zahteva ili prima poklon ili kakvu korist posle izvršenja službene radnje koju nije smelo da vrši odnosno koju je bilo dužno da izvrši ili posle neizvršenja radnje koja se morala izvršiti, odnosno koja se nije smela izvršiti, a u vezi sa njom.

Za prvi oblik ovog dela je propisana kazna zatvora od dve do dvanaest godina, za drugi oblik dela kazna zatvora od dve do osam godina, dok je za treći oblik nakandnog podmićivanja propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine. Primljeni poklon i imovinska korist stečena primanjem mita se obavezno oduzimaju merom bezbednosti oduzimanja predmeta.

Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od tri do petnaest godina postoji kada službeno lice zahteva ili primi poklon ili drugu korist ili njihovo obećanje u vezi sa otkrivanjem krivičnog dela, pokretanjem ili vođenjem krivičnog postupka ili izvršenjem krivične sankcije. Ovde su kvalifikatorne okolnosti za koje zakonik propisuje strože kažnjavanje: a) svojstvo službenog lica kao učinioca dela i b) vrsta službene dužnosti u vezi sa čijim vršenjem ili nevršenjem se prima mito.

2) Drugo krivično delo korupcije u krivičnom pravu Crne Gore pod nazivom: „Davanje mita” je predviđeno u članu 424. KZ RCG. Delo se sastoji u davanju, nuđenju ili obećanju poklona ili kakve druge koristi službenom, stranom službenom ili odgovornom licu u privrednom društvu, ustanovi ili drugom subjektu, da u okviru svog službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši, odnosno da izvrši radnju koju bi moralo da izvrši ili ne izvrši radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u posredovanju pri podmićivanju u bilo kom od ovih oblika<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> LJ. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004. str. 1015-1017

Delo davanja mita ili aktivno podmićivanje se javlja u tri oblika : 1) pravo aktivno podmićivanje, 2) nepravo aktivno podmićivanje i 3) posredovanje u davanju mita. Pravo aktivno podmićivanje je davanje, nuđenje ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom, stranom službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši radnju koju bi moralo da izvrši. To je podmićivanje na nezakonitu radnju. Nepravo aktivno podmićivanje je davanje, nuđenje ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom, stranom službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Posredovanje u davanju mita je preduzimanje delatnosti da se doprinese da poklon ili neka druga korist bude data službenom, stranom službenom ili odgovornom licu ili da mu bude obećana.

Za pravo aktivno podmićivanje propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina, za nepravo aktivno podmićivanje je propisana kazna zatvora do tri godine. Za ovo krivično delo u vidu posredovanja za nezakonito izvršenje radnje propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina, za posredovanje u izvršenju zakonite službene radnje, propisana je kazna zatvora do tri godine. Predmeti poklona i imovinska korist se obavezno oduzimaju primenom mere bezbednosti oduzimanja predmeta.

Zakon predviđa i mogućnost oslobođenja od kazne učinioa krivičnog dela davanja mita ako je posle učinjenog dela prijavio delo pre nego što je saznao da je ono otkriveno (član 424. stav 4. KZ RCG). Ovo je poseban oblik stvarnog kajanja kome je zakonik dao karakter fakultativne oslobađajuće okolnosti. Ako je lice oslobođeno kazne predmeti poklona ili vrednosti koje predstavljaju drugu korist koju je on dao kao mito mogu mu se vratiti.

## Etiopija

Krivični zakonik Etiopije iz 1957. godine (donet kao jedan od najnaprednijih krivičnopравnih akata u svoje vreme)<sup>31</sup> u trećem delu pod

31 Penal code of the Empire of Ethiopia of 1957., Negarit gazeta, Addis Ababa, 1957. godine, str. 129

nazivom: „Krivična dela protiv javne službe” u prvoj glavi, pod nazivom:” Krivična dela protiv službene dužnosti” u članu 425. predviđa krivično delo pod nazivom: „Korupcija u praksi”. Delo ima osnovni i teži oblik ispoljavanja.

Osnovno delo čini javni službenik koji traži ili dobije poklon ili drugu pogodnost ili obećanje poklona ili druge pogodnosti da u okviru svoje nadležnosti postupanja izvrši ili propusti neku službenu radnju radnju. Za ovo je delo propisana kazna zatvora najmanje tri meseca i novčana kazna.

Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do pet godina i novčana kazna do 10.000 dolara kada je javni službenik za preduzetu radnju u okviru službene dužnosti primio poklon ili nagradu u većoj meri ili kada se radi o učiniocu koji pokazuje težnju da i dalje bude korumpiran.

Istom kaznom za osnovno i teže delo kažnjava se i lice koje u vreme preduzimanja radnje izvršenja, pored svojstva javnog službenika, ima i svojstvo: sudije, porotnika, eksperta, prevodioca ili tumača.

## Finska

Finski krivični zakonik iz 1996. godine<sup>32</sup> predviđa klasična dva krivična dela korupcije, ali u dva različita odeljka.

U odeljku pod nazivom: „Krivična dela protiv javne vlasti” je sistematizovano krivično delo davanja mita<sup>33</sup>. Ovo delo ima dva osnovna oblika. To su : 1) pravo aktivno podmićivanje koje se sastoji u davanju novca ili druge koristi službenom licu da u okviru službenog položaja preduzme ili propusti nezakonitu radnju. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od četiri meseca do četiri godine i 2) nepravo aktivno podmićivanje koje se sastoji u davanju novca ili druge koristi službenom licu da preduzme službenu radnju koju bi inače morao da preduzme odnosno da propusti službenu radnju na čije je propuštanje obavezan. Za ovo je delo propisana novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine.

Krivično delo primanja mita<sup>34</sup> je pak predviđeno u finskom

---

32 Finnish Penal code, Finnsih Ministry of Justice, Helsinky, 1996. godine, str. 171-177

33 B. Krivokapić, Uvod u pravo Finske, Beograd, 2005. godine, str. 230-231

34 B. Krivokapić, Uvod u pravo Finske, ibid, str. 244

Krivičnom zakoniku, u grupi krivičnih dela u javnim uslugama i krivičnih dela zaposlenih lica u javnim ustanovama. I ovde se razlikuju dva oblika pasivnog podmićivanja : 1) nepravo pasivno podmićivanje koje postoji kada službeno lice prima poklon ili drugu korist ili njihovo obećanje da preduzme službenu radnju u okviru službenog ovlašćenja na koju je inače i ovlašćen. Za ovo je delo propisana novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine i 2) pravo pasivno podmićivanje za koje je propisana kazna zatvora od četiri meseca do četiri godine pri čemu ovo delo postoji kada službeno lice prima novac ili drugu korist kako bi izvršio nezakonitu radnju (činjenja ili nečinjenja). Uz kaznu se učiniocu dela obavezno oduzima svaka imovinska korist i ona prelazi u državnu svojinu.

## Grčka

Grčki krivični zakonik<sup>35</sup> donet je 1947. godine, ali je više puta menjan i dopunjavan. Ovaj zakonik u glavi dvanaest, u grupi pod nazivom: „Službena krivična dela” predviđa tri krivična dela korupcije.

Prvo krivično delo ove vrste pod nazivom: „Korupcija u službi” je propisano u članu 235. Delo čini službeno lice koje traži, prihvati ili pokaže spremnost da prihvati poklon ili drugu pogodnost ili njihovo obećanje kako bi preduzeo radnju činjenja ili propuštanja u službenoj dužnosti. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od najmanje jedne godine. Uz kaznu se u skladu sa odredbom člana 238. obavezno oduzimaju novac i druga korist koj su date kao mito.

U članu 236. je propisano kažnjavanje za krivično delo davanja mita. Naime, kaznom zatvora od najmanje jedne godine se kažnjava i lice koje učini, ponudi ili obeća poklon ili drugu pogodnost službenom licu da u okviru svoje službene dužnosti nešto učini ili propusti da učini. No, učinilac ovog dela se neće kazniti za davanje mita ako je on svoje delo usmeno ili pismeno prijavio nadležnim organima krivičnog gonjenja. U tom slučaju mu oduzeta imovina na ime datog mita, može biti vraćena.

Poslednje krivično delo korupcije u Grčkom krivičnom zakoniku je zapravo poseban oblik primanja i davanja mita. To je delo pod nazivom:

---

35 N. B. Lolis, G. Mangakis, The Greek penal code, Sweet Maxwell, London, 1973. godine, str. 126-127

„Podmićivanje sudije”. Ovo je delo predviđeno u članu 237. I za ovo delo je propisana kazna zatvora od najmanje jedne godine. Ovo delo čini sudija koji traži ili prihvati poklon ili drugu pogodnost ili njihovo obećanje kako bi postupao u preduzamađu radnji ili pri odlučivanju u sudijskoj funkciji u korist ili na štetu nekog lica.

Drugi oblik dela čini lice koje ponudi, obeća ili učini kakav poklon ili drugu pogodnost sudiji. Za ovo delo je propisana kazna zatvora od najmanje tri meseca.

## Hrvatska

Kazneni zakon Republike Hrvatske<sup>36</sup> u glavi dvadeset petoj, u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti predviđa dva krivična dela korupcije<sup>37</sup>. To su: 1) primanje mita u članu 347. KZ RH i 2) davanje mita u članu 348. KZ RH<sup>38</sup>.

1) Primanje mita se sastoji u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi ili u primanju obećanja poklona ili kakve druge koristi, od strane službenog ili odgovornog lica da u okviru svog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši odnosno da izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi posle izvršenja ili neizvršenja neke od službenih radnji, a u vezi sa njima<sup>39</sup>.

---

36 Narodne novine Republike Hrvatske broj : 110/97, 27/98, 50/2000, 129/2000 i 105/2004; Više : Ž. Horvatić, *Novo hrvatsko kazнено pravo*, Zagreb, 1997. godine; Ž. Horvatić, Z. Šeparović, *Kazнено pravo, Posebni dio*, Zagreb, 1999.

37 P. Bejaković, *Corruption in Croatia, Politička misao*, Zagreb, broj 5/2002. godine, str. 128-155; A. Štulhofer, *Percepcija korupcije i erozija društvenog kapitala u Hrvatskoj, Politička misao*, Zagreb, broj 3/2004. godine, str. 156-169

38 Ž. Sačić, *Korupcija i njezino suzbijanje u svijetu i u Hrvatskoj, Policijska i sigurnost*, Zagreb, broj 1-2/1998. godine, str. 1-16; I. Kregar, *Izgleđi Hrvatske u borbi protiv korupcije, Bilten tribine*, Zagreb, 2003. godine, str.18-31

39 M. Bajić, *Koruptivna kaznena djela, Zbornik radova, Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Kaznenog zakona*, Zagreb, 2003. godine, str. 91-108; Š. Pavlović, *Novo uređenje kaznenih djela davanja i primanja mita u gospodarskom poslovanju, Pravo u gospodarstvu*, Zagreb, broj 5/2004. godine, str. 79-93

Delo primanja mita ili pasivno podmićivanje se javlja u tri oblika: to: 1) pravo pasivno podmićivanje, 2) nepravo pasivno podmićivanje i 3) naknadno podmićivanje<sup>40</sup>. Pravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu drugu korist, ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti. Nepravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu korist ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Naknadno podmićivanje postoji kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili prima poklon ili kakvu korist posle izvršenja službene radnje koju nije smelo da vrši odnosno koju je bilo dužno da izvrši ili posle neizvršenja radnje koja se morala izvršiti, odnosno koja se nije smela izvršiti, a u vezi sa njom<sup>41</sup>.

Za prvi oblik ovog dela je propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina, za drugi oblik dela kazna zatvora od tri meseca do tri godine, dok je za treći oblik krivičnog dela primanja mita propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine. Primljeni poklon i imovinska korist stečena primanjem mita se obavezno oduzimaju merom bezbednosti oduzimanja predmeta<sup>42</sup>.

2) Drugo krivično delo korupcije u krivičnom pravu Republike Hrvatske pod nazivom: „Davanje mita” je predviđeno u članu 348. KZ RH<sup>43</sup>. Delo se sastoji u davanju ili obećanju poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu, da u okviru svog službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši, odnosno da izvrši radnju koju bi moralo

---

40 D. Derenčinović, Kaznenopravni sadržaji u suprostavljanju korupciji, Zagreb, 2000. godine, str. 147-173

41 F. Bačić, Korupcija i antikorupcijsko kazneno pravo, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/2000. godine, str. 827-841; J. Barbić, Nacionalni program suzbijanja korupcije, HAZU, Zagreb, 2006. godine, str. 158-173

42 A. Kurtović, Standardi i instrumenti Konvencije UN protiv korupcije u hrvatskom kaznenom zakonodavstvu, Zbornik radova, Aktuelna pitanja kaznenog zakonodavstva, Zagreb, 2005. godine, str. 3-37

43 F. Bačić, Korupcija i antikorupcijsko kazneno pravo, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/2000. godine, str. 827-841; G. Mišić, Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban svrt na korupcijska kaznena djela, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 10/2005. godine, str. 82-95

da izvrši ili ne izvrši radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u posredovanju pri podmićivanju u bilo kom od ovih oblika<sup>44</sup>.

Delo davanja mita ili aktivno podmićivanje se javlja u tri oblika: 1) pravo aktivno podmićivanje, 2) nepravo aktivno podmićivanje i 3) posredovanje u davanju mita<sup>45</sup>. Pravo aktivno podmićivanje je davanje ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši radnju koju bi moralo da izvrši. To je podmićivanje na nezakonitu radnju. Nepravo aktivno podmićivanje je davanje ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Posredovanje u davanju mita je preduzimanje delatnosti da se doprinese da poklon ili neka druga korist bude data službenom, stranom službenom ili odgovornom licu ili da mu bude obećana<sup>46</sup>.

Za pravo aktivno podmićivanje propisana je kazna zatvora od tri meseca do tri godine, za nepravo aktivno podmićivanje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine, a za posredovanje u davanju mita za nezakonito izvršenje radnje kazna zatvora od tri meseca do tri godine odnosno novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine za oblik dela posredovanja u podmićivanju na izvršenje zakonite službene radnje<sup>47</sup>. Predmeti poklona i imovinska korist se obavezno oduzimaju primenom mere bezbednosti oduzimanja predmeta<sup>48</sup>.

Zakon predviđa i mogućnost oslobođenja od kazne učinioca dela ako su ispunjeni sledeći kumulativni uslovi: 1) da je poklon dat na zahtev

44 D. Derenčinović, Kazneno djelo davanja mita u hrvatskom i uporednom kaznenom zakonodavstvu i sudskoj praksi, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 3/2001. godine, str. 56-68; Š. Pavlović, Novo uređenje kaznenih djela davanja i primanja mita u gospodarskom poslovanju, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, broj 5/2004. godine, str. 79-93

45 D. Derenčinović, Usklađivanje hrvatskog zakonodavstva sa Konvencijom UN protiv korupcije, Pravo i porezi, Zagreb, broj 11/2004. godine, str. 32-35

46 D. Novosel, Posebnosti Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organizovanog kriminala, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, broj 2/2001. godine, str. 41-83; D. Novosel, Kaznenopravni aspekti i dometi Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organizovanog kriminaliteta, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 5/2001. godine, str. 122-134

47 Š. Pavlović, Novo uređenje kaznenih djela davanja i primanja mita u gospodarskom poslovanju, Pravo u gospodarstvu, Zagreb, broj 5/2004. godine, str. 79-93

48 G. Mišić, Kaznena djela protiv službene dužnosti – poseban svrt na korupcijska kaznena djela, Hrvatska pravna revija, Zagreb, broj 10/2005. godine, str. 82-95

službenog ili odgovornog lica i 2) da je davalac poklona prijavio delo pre nego što je saznao da je delo otkriveno. Ako je lice oslobođeno od kazne u ovom slučaju, predmeti poklona ili vrednosti koje predstavljaju drugu korist koju je on dao kao mito mogu mu se vratiti.

## Izrael

Krivični zakonik Republike Izrael<sup>49</sup> iz 1977. godine u glavi pet pod nazivom: „Krivična dela korupcije” poznaje više krivičnih dela ove vrste.

U članu 290. predviđeno je krivično delo: „Primanje mita” za koje je propisana kazna zatvora do sedam godina sa ili bez novčane kazne u iznosu do 10.000 funti. Ovo delo čini javni službenik ili drugo zaposleno lice u nekom organu koji vrši javnu službu koje uzme (primi) mito za preduzimanje radnje koja je povezana sa njegovom službom (za preduzetu ili propuštenu službenu radnju u granicama njegovog ovlašćenja).

„Davanje mita” ili aktivno podmićivanje je krivično delo predviđeno u članu 291. ovog Zakonika. Za ovo je krivično delo je propisana polovina one kazne koja je propisana za delo primanja mita – dakle polovina kazne kazna zatvora do sedam godina sa ili bez novčane kazne u iznosu do 10.0000 funti. Ovo delo se sastoji u davanju mita nekom službenom ili drugom licu koje je zaposleno u organu koje vrši javnu službu.

U članu 292. pod nazivom: „Podmićivanje u vezi sa takmičenjem” predviđeno je krivično delo koje čini lice koje daje ili prima mito u nameri da utiče na održavanje, rok ili rezultate sportskog ili drugog takmičenja za čije je održavanje i rezultat zainteresovana javnost. Ove je, dakle, inkriminisano i aktivno i pasivno podmićivanje kojim se na nezakoniti način utiče na održavanje, tok ili rezultate nekog javnog (bilo kod sportskog, muzičkog, filmskog ili drugog) takmičenja, konkursa, tendera, aukcije i sl. Za ovo je delo propisana kazna zatvora do tri godine.

I konačno, u članu 294. Krivični zakonik Republike Izrael pod nazivom: „Modaliteti podmićivanja” se preciziraju inkriminacije primanja i davanja mita. Tako se određuje da se kao mito smatra : 1) novac, novčana vrednost, usluga ili svaka druga korist, 2) ako je takva korist data za

---

49 Laws of State of Israel, Special volume, Penal law, Jerusalem, 1977. godine, str.79-80

činjenje, nečinjenje ili odlaganje, brzanje ili kašnjenje u vezi sa nekom radnjom ili radi diskriminacije ili favorizovanja drugog lica ili je korist data za poseban akt ili da bi se dobio povoljniji tretman ili se korist daje za činjenje lica ili njegov uticaj na činjenje drugog lica ili se korist daje lično ili posredstvom drugog lica ili se ona daje direktno licu koje je uzima ili preko drugog lica ili se korist daje unapred ili posle obavljene radnje.

U članu 294. pod nazivom: „Druge odredbe” određena je odgovornost i kažnjivost za pokušaj podmićivanja (dakle pokušaj je izjednačen sa svršenim krivičnim delom). Naime, lice koje nudi, moli, traži ili ugovara mito čak i ako nema odgovora sa druge strane, će biti tretirano kao lice koje odgovara za podmićivanje (bilo u vidu davanja ili primanja mita).

## Kina

Krivični zakonik NR Kine<sup>50</sup> u osmom odeljku propisuje krivičnu odgovornost i kažnjivost za više „neimenovanih” krivičnih dela korupcije.

Prvo delo ove vrste „Primanje mita” je predviđeno u odredbi člana 385. Delo čini državni službenik koji primi bilo kakav novac, predmete ili drugu pogodnost (korist) od drugog lica kako bi mu pribavio pogodniji položaj ili pribavio kakvu korist od državne imovine. Za isto delo odgovara i državni službenik koji u ekonomskim operacijama pribavi za sebe kakvu korist kršenjem pravila državne službe.

U članu 386. je predviđeno kažnjavanje za izvršenje težih oblika krivičnih dela korupcije koja su preduzeta pod sledećim okolnostima :

a) ako je prouzrokovana šteta u iznosu preko 100.000 juana, propisana je kazna zatvora do deset godina ili doživotni zatvor uz moguće izricanje kazne konfiskacije imovine. U posebno teškim slučajevianm propisana je smrtna kazna uz obavezno izricanje kazne konfiskacije imovine,

b) ako je prouzrokovana šteta između 50.0000 i 100.000 juana, propisana je kazna zatvora do najviše pet godina uz moguće izricanje kazne konfiskacije imovine. U posebno teškim slučajeviam i za ovo delo se može izreći kazna doživotnog zatvora uz kaznu konfiskacije imovine,

---

50 C.D. Paglee, Chinese Criminal law, Peking, 1997. godine, str.68-69

v) ako je prouzrokovana šteta između 5.000 i 50.0000 juana, propisana je kazna zatvora od jedne do sedam godina. U posebno teškim slučajevima izvršenja ovog dela, učinocu se može izreći kazna zatvora od sedam do deset godina i

g) ako je prouzrokovana šteta u iznosu do 5.000 juana, propisana je kazna zatvora do dve godine.

U članu 387. Krivičnog zakonika Kine predviđeno je da krivično delo primanja mita mogu da učine državni službenici u državnim organima, državnim preduzećima, velikim organizacijama koji ilegalno prime novac, predmete ili drugu pogodnost od drugih lica. Za ovo je delo propisana novčana kazna i kazna zatvora do pet godina.

Državni službenici koji zloupotrebe poverenje službe da ilegalno povećaju, zahtevaju ili prihvate deo imovine ili prihoda korišćenjem službene dužnosti, mesta ili položaja, odgovaraju za krivično delo primanja mita koje je predviđeno u članu 388. ovog zakonika.

U odredbi člana 389. predviđen je oblik primanja mita u privrednom poslovanju. Radi se o primanju državnog službenika imovine drugog lica kako bi korišćenjem poverenja planirao izvršenje neke radnje u okviru službene dužnosti. Na sličan način je kažnjeivo i postupanje državnog službenika koji u ekonomskim aktivnostima primi deo imovien ili druge pogodnosti kako bi zloupotrebio poverenje službe ili se koristio iznudom.

U članu 390. predviđeno je krivično delo davanja i nuđenja mita. Za ovo je delo propisana kazna zatvora najviše do pet godina. Ako je pak delo izvršeno pod teškim okolnostima ili je njime prouzrokovana velika šteta po državne interese, postoji teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od pet do deset godina. No, za najteže oblike ovog krivičnog dela koji su izvršeni pod naročito otežavajućim okolnostima, propisana je kazna zatvora najmanje deset godina ili kazna doživotnog zatvora uz moguće izricanje kazne konfiskacije imovine.

## Litvanija

Krivični zakonik Republike Litvanije<sup>51</sup> iz 1998. godine, u glavi dvadeset četvrtoj, u grupi krivičnih dela protiv autoriteta državne službe predviđa više krivičnih dela korupcije.

51 The Criminal law of teh Republic of Latvia, Tulkošanas centre, Riga, 2000. godine, str. 97-98

Prvo delo korupcije je inkriminisano u odredbi člana 320. To je delo: „Primanje mita”. Osnovni oblik ovog dela čini lice koje primi mito (ilegalnu imovinu, predmet ili drugu pogodnost) lično ili preko posrednika da u okviru službene dužnosti izvrši ili ne izvrši službenu radnju. Za ovo je delo predviđena kazna zatvora do osam godina sa ili bez konfiskacije imovine.

Ako se radi o licu koje je prethodno izvršilo isto delo ili je pak preduzetom radnjom prouzrokovana šteta velikih razmera ili se radi o licima koja su se održala radi primanja mita, tada postoji teži oblik krivičnog dela primanja mita za koje je propisana kazna zatvora od tri do deset godina sa izricanjem kazne konfiskacije imovine. Najteži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od osam do petnaest godina uz obavezno izricanje kazne konfiskacije imovine postoji ako se više lica udružilo da iznude mito ili je delo izvršeno po prethodnom dogovoru ili je delo izvršeno od strane državnog službenika na naročito odgovornoj dužnosti.

U članu 321. je predviđeno delo pod nazivom: „Nezakonto prisvajanje mita”. Delo čini lice koje nezakonito primi mito da u okviru svoje službene dužnosti nezakonito ostvari prava drugom licu. Za ovo je delo propisana kazna zatvora do četiri godine ili novčana kazna najviše do 100 minimalnih mesečnih iznosa. Drugi oblik ovog dela čini lice koje nezakonito prihvati mito da u okviru druge službene dužnosti nezakonito ostvari prava drugom licu. Za ovo je pak delo propisana kazna zatvora do šest godina.

U članu 322. Krivičnog zakonika Litvanije je propisano krivično delo posredovanja u podmićivanju. Ovde nije kažnjivo samo primanje ili davanje mita, već preduzimanje saučesničke radnje - delatnosti kojima se povezuju davalac i primalac mita. Za ovo je delo propisana kazna zatvora najduže do šest godina. Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od tri do deset godina sa ili bez konfiskacije imovine postoji ako je radnja izvršenja preduzeta ponovljeno ili od strane državnog službenika. Način izvršenja dela u povratu i svojstvo učinioca dela – svojstvo državnog službenika, predstavljaju kvalifikatorne okolnosti za koje zakonik propisuje strože kažnjavanje.

Poslednje krivično delo korupcije u Litvanskom krivičnom zakonu pod nazivom: „Davanje mita” predviđeno je u članu 323. Delo čini lice koje lično ili preko posrednika da mito, poklon, predmete ili drugu korist službenom licu da u okviru svog službenog položaja izvrši ili propusti da

izvrši neku službenu radnju. Za ovo je delo propisana kazna zatvora do šest godina.

Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od pet do dvanaest godina sa ili bez konfiskacije imovine postoji ako je radnja izvršenja preduzeta ponovljeno ili od strane državnog službenika. Način izvršenja dela u povratu i svojstvo učinioca dela – svojstvo državnog službenika, predstavljaju kvalifikatorne okolnosti za koje zakonik propisuje strože kažnjavanje.

U članu 324. su predviđeni slučajevi oslobođenja od krivične odgovornosti (a time i od kazne) davaoca mita i posrednika u podmićivanju. Ovu mogućnost mogu da koriste lica koja su dala mito pod prinudom (iznudom) pod uslovom da su prijavila svoje delo nadležnim državnim organima. Mito je iznuđeno u slučaju ako je visina datog mita u srazmeri sa težinom protivpravnosti po prava i slobode prinuđenog lica.

## Makedonija

Krivični zakonik Republike Makedonije<sup>52</sup> donet 1996. godine u glavi trideset, u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti predviđa krivična dela korupcije. To su: 1) primanje mita u članu 357. KZ RM i 2) davanje mita u članu 358. KZ RM.

1) Primanje mita je prvo korupcijsko krivično delo koje se sastoji u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi ili u primanju obećanja poklona ili kakve druge koristi, od strane službenog ili odgovornog lica da u okviru svog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši odnosno da izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi posle izvršenja ili neizvršenja neke od službenih radnji, a u vezi sa njima.

Delo primanja mita ili pasivno podmićivanje se javlja u tri oblika : to: 1) pravo pasivno podmićivanje, 2) nepravno pasivno podmićivanje i 3) naknadno podmićivanje. Pravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu drugu korist, ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja

52 Služben vesnik na Republike Makedonija, broj 37/96

izvrši službenu radnju koju ne bi smelo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti. Nepravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu korist ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Naknadno podmićivanje postoji kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili prima poklon ili kakvu korist posle izvršenja službene radnje koju nije smelo da vrši odnosno koju je bilo dužno da izvrši ili posle neizvršenja radnje koja se morala izvršiti, odnosno koja se nije smela izvršiti, a u vezi sa njom.

Za prvi oblik krivičnog dela pasivnog podmićivanja je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina, za drugi oblik dela kazna zatvora od šest meseci do pet godina, dok je za treći oblik krivičnog dela primanja poklona i drugih oblika koristi propisana kazna zatvora od tri meseca do tri godine. Primljeni poklon i imovinska korist stečena primanjem mita se obavezno oduzimaju merom bezbednosti oduzimanja predmeta.

2) Drugo krivično delo korupcije u krivičnom pravu Republike Makedonije pod nazivom: „Davanje mita” iz člana 358. KZ RM se sastoji u davanju ili obećanju poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu, da u okviru svog službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši, odnosno da izvrši radnju koju bi moralo da izvrši ili ne izvrši radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u posredovanju pri podmićivanju u bilo kom od ovih oblika.

Delo davanja mita (potkupa) ili aktivno podmićivanje se javlja u tri oblika: 1) pravo aktivno podmićivanje, 2) nepravo aktivno podmićivanje i 3) posredovanje u davanju mita. Pravo aktivno podmićivanje je davanje ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši radnju koju bi moralo da izvrši. To je podmićivanje na nezakonitu radnju. Nepravo aktivno podmićivanje je davanje ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Posredovanje u davanju mita je preduzimanje delatnosti da se doprinese da poklon ili neka druga korist bude data službenom ili odgovornom licu ili da mu bude obećana.

Za pravo aktivno podmićivanje propisana je kazna zatvora od šest meseci do pet godina, za nepravo aktivno podmićivanje je propisana novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine, a za posredovanje u davanju mita za nezakonito izvršenje radnje kazna zatvora od šest meseci do pet godina odnosno novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine za posredovanje u izvršenju zakonite službene radnje. Predmeti poklona i imovinska korist se obavezno oduzimaju primenom mere bezbednosti oduzimanja predmeta.

Zakon predviđa i mogućnost oslobođenja od kazne učinioca dela pod sledećim uslovima: 1) da je poklon dat na zahtev službenog ili odgovornog lica i 2) da je davalac poklona prijavio delo pre njegovog otkrivanja. Ako je lice oslobođeno kazne predmeti poklona ili vrednosti koje predstavljaju drugu korist koju je on dao kao mito mogu mu se vratiti.

## Nemačka

Nemački krivični zakonik<sup>53</sup> u dvadeset devetom poglavlju pod nazivom: „Krivična dela učinjena u službi” poznaje više krivičnih dela korupcije<sup>54</sup> koja zapravo predstavljaju različite oblike i vidove zloupotrebe službenog položaja ili ovlašćenja. To su sledeća krivična dela: 1) primanje koristi u članu 331, 2) primanje mita (ili podmitljivost) u članu 332, 3) davanje koristi u članu 333 i 4) davanje mita ili podmićivanje u članu 334.

Primanje koristi je prvo korupcijsko krivično delo predviđeno u odredbi člana 331. Krivičnog zakonika Nemačke. Delo ima osnovni, teži i lakši oblik ispljoavanja. Osnovni oblik dela za koji je propisana kazna zatvora do dve godine ili novačna kazna postoji kada službeno lice ili lice sa posebnim ovlašćenjima u javnoj službi zahteva ili primi korist ili obećanje koristi kao protivuslugu za preduzetu službenu radnju ili službenu radnju koju tek treba da preduzme<sup>55</sup>.

Teži oblik ovog dela je kvalifikovan svojstvom učinioca. Ovaj teži oblik dela postoji kada radnju zahtevanja ili primanja koristi ili obećanja

53 U. Ebert, *Strafgesetzbuch, Heidelberg*, 1993. godine, str. 289-293

54 H.J. Fatkinhauer, *Korupcija u Nemačkoj*, Izbor, Zagreb, broj 2-3/1995. godine, str. 198-206

55 W. Schauensteiner, *Suzbijanje delikvencije korupcije*, Izbor, Zagreb, broj 3/1994. godine, str. 257-271

koristi preduzme sudija ili izabrani sudija (dakle lice sa posebnim ličnim svojstvom) za preduzetu sudsku radnju ili sudsku radnju koju tek treba da preduzme. Prema izričitoj zakonskoj odredbi i pokušaj ovog dela je kažnjiv.

No, Krivični zakonik predviđa kod ovog dela i psoeban osnov za oslobođenje od kažnjivosti (dakle osnov koji isključuje postojanje krivičnog dela). Naime, ovako preduzete radnje službenog lica (uključujući i sudiju i izabranog sudiju) nisu kažnjive u dva slučaja : 1) ako je nadležni organ vlasti u okviru svojih ovlašćenja unapred odobrio primanje koristi od strane službenog lica i 2) ako je službeno lice bez odlaganja ponudu (obećanje) da poklon (korist) sledi prijavio nadležnom organu koji je potom i odobrio njegovo prihvatanje.

U članu 332. Krivični zakonik Nemačke određuje kažnjivost za delo: "Primanje mita". Delo čini službeno lice ili lice sa posebnim ovlašćenjima u javnoj službi koje zahteva, dozvoljava da mu se obeća ili primi korist kao protivuslugu za preduzetu službenu radnju ili službenu radnju koju tek treba da preduzme čime povredi ili ugrozi svoju zakonsku obavezu.

Radnja izvršenja ovog dela je alternativno određena kao : a) zahtevanje (traženje), b) dozvoljavanje (prihvatanje) obećanja ili v) primanje (faktička vlast) koristi (u vidu novca, predmeta, poklona ili druge imovinske koristi). Cilj primanja mita je upravo preduzimanje ili propuštanje službene radnje. Učinitac ovog dela je prihatio protivuslugu u smislu ovog krivičnog dela kada je pokazao spremnost da pri preduzimanju svoje službene radnje : 1) povredi svoje obaveze ili 2) prilikom ocene i razmatranja opravdanosti službene radnje dozvoljava da bude pod uticajem koristi koju je tražio, primio ili prihvatio njeno obećanje. Posledica dela je dvojako određena kao : povreda ili kao ugrožavanje (konkretna opasnost) zakonske obaveze. Kao učinitac ovog dela može da se javi svako službeno lice ili lice sa posebnim ovlašćenjima u javnoj upravi. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od šest meseci do pet godina.

Lakši oblik ovog dela je kažnjiv zatvorom do tri godine ili novčanom kaznom. Prema izričitoj zakonskoj odredbi i pokušaj ovog dela je kažnjiv.

Teži oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od jedne do deset godina (odnosno kazna zatvora od šest meseci do pet godina u lakšem slučaju pri čemu zakonik ne određuje kada je krivično delo dobilo lak vid,

već to predstavlja faktičko pitanje koje sudsko veće mora da reši u svakom konkretnom slučaju) čini sudija ili izabrani sudija (dakle subjekt sa posebnim ličnim svojstvom) koji zahteva, dozvoljava obećanje ili prima korist kako bi u vršenju sudijske funkcije preduzeo ili trebalo da preduzme sudijsku radnju čime se povredi ili bi se mogla povrediti sudijska dužnost.

„Davanje koristi” je sledeće korupcijsko krivično delo čija su obeležja i karakteristike određene u članu 333. I ovo krivično delo ima više oblika ispoljavanja. Osnovni oblik dela za koji je propisana kazna zatvora do dve godina ili novčana kazna postoji u slučaju nuđenja, obećanja ili davanja koristi službenom licu ili licu sa posebnim ovlašćenjima u javnoj službi ili vojnom licu kao protivuslugu za preduzimanje službene radnje koju tek treba da preduzme, a čije je izvršenje u oblasti njegove diskrecione ocene. Radnja je ovog oblika dela alternativno određena kao: nuđenje, obećanje ili davanje koristi, neposredno ili posredno. Za postojanje dela je bitno da se korist bilo koje vrste (ali imovinskog karakterat) daje službenom licu, licu sa posebnim ovlašćenjima ili vojnom licu. Ovo delo postoji samo u slučaju podmićivanja službenog ili vojnog lica prilikom diskrecionog odlučivanja kod preduzimanja službenih radnji.

Teži oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do tri godine ili novčana kazna postoji kada se korist nudi, obeća ili daje sudiji ili izabranom sudiji kao protivusluga za preduzimanje buduće sudijske radnje. Kvalifikatornu okolnost za koju zakonik propisuje strože kažnjavanje predstavlja svojstvo primaoca mita.

Lakši oblik krivičnog dela za čije postojanje zakonodavac dozvoljava isključenje kažnjivosti (pa time i nekažnjavanje) postoji ako je mito primljeno od strane primaoca po unapred datom odobrenju nadležnog državnog organa ili ako je primalac mita bez odlaganja prijavio ponudu (obećanje) mita, pa je nadležni organ dozvolio njegovo prihvatanje.

Poslednje korupcijsko krivično delo shodno odredbama nemačkog Krivičnog zakonika je predviđeno u članu 334. Ovo delo nosi naziv: „Davanje mita”. Osnovni oblik davanja mita (aktivnog podmićivanja) ima dva vida ispoljavanja. Prvi vid ovog krivičnog dela za koji je propisana kazna zatvora od tri meseca do pet godina ( a u lakšem slučaju kazna zatvora do dve godine ili novčana kazna) čini lice koje nudi, obećava ili daje korist službenom licu ili licu sa posebnim ovlašćenjima u javnoj službi ili vojnom licu kao protivuslugu za preduzetu službenu radnju ili službenu radnju koju tek treba da preduzme čime se povredi ili se može povrediti službena

obaveza. Radnja je ovog oblika dela alternativno određena kao nuđenje, obećanje ili davanje, neposredno ili posredno kakve koristi. Za postoajnje dela je bitno da se korist bilo koje vrste (ali imovinskog karaktera) daje, nudi ili obećava službenom licu, licu sa posebnim ovlašćenjima ili vojnom licu. Posledica dela je dvojako alternativno određena i to: a) kao povreda ili kao ugrožavanje (mogućnost povrede u vidu konkretne opasnosti) po službenu dužnost primaoca mita.

Drugi vid ovog krivičnog dela postoji kada se korist nudi, obećava ili daje sudiji ili izabranom sudiji kao protivusluga za: a) preduzetu sudijsku radnju kojom se povređuje sudijska dužnost i b) za sudijsku radnju koju tek treba preduzeti, a kojom bi se povredila sudijska obaveza. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od tri meseca do pet godina. Prema izričitoj zakonskoj odredbi pokušaj izvršenja krivičnog dela davanja mita je takođe kažnjiv.

## Ruska federacija

Krivični zakonik Ruske federacije<sup>56</sup> donet je 1996. godine. On na znatno drugačijim osnovama uređuje materiju krivičnog prava u odnosu na ranije krivično zakonodavstvo SSSR-a. Ovaj zakonik u glavi trideset, u grupi krivičnih dela protiv državne vlasti, interesa državne službe i službe u organima lokalne samouprave poznaje dva krivična dela korupcije. To su: 1) primanje mita u članu 290. KZ RF i 2) davanje mita u članu 291. KZ RF federacija<sup>57</sup>.

1) Primanje mita ima dva osnovna i dva teža oblika ispoljavanja. Osnovno delo čini službeno lice koje lično ili preko posrednika primi novac, hartije od vrednosti, drugu imovinu ili korist imovinskog karaktera kako bi nešto učinio ili propustio da učini u okviru službenog ovlašćenja ili položaja u korist davaoca mita ili drugog lica koje ga predstavlja. Za ovo je delo propisana: a) novčana kazna u iznosu od 700 do 1.000 minimalnih iznosa cene rada, ličnog dohotka ili drugog dohotka osuđenog lica za vreme od sedam meseci do jedne godine i b) kazna zatvora do pet godina

56 J.I.Skuratov, V.M. Lebedov, *Komentarii k Ugolovnomu kodeksu v Rossijskoj federaciji*, Norma, Moskva, 1996. godine, str. 289-291

57 I. Fedosova, T. Skuratova, *Ugolovnij kodeks Rossijskoj federaciji*, Moskva, 2005. godine, str. 210-211

uz lišenje prava na bavljenje određenom dužnošću ili delatnošću za vreme do tri godine.

Ako službeno lice primi mito, neposredno ili posredno, kako bi izvršilo nezakonitu službenu radnju (pravo pasivno podmićivanje) tada postoji drugi osnovni oblik ovog dela za koji je propisana kazna zatvora od tri do sedam godina uz lišenje prava na bavljenje određenom dužnošću ili delatnošću za vreme do tri godine.

Delo primanja mita ima dva teža oblika ispoljavanja. Prvi teži oblik primanja mita za koji je propisana kazna zatvora od pet do deset godina uz lišenje prava na bavljenje određenom dužnošću ili delatnošću za vreme do tri godine postoji u slučaju ako je radnju primanja mita preduzelo lice sa posebnim ličnim svojstvom – lice koje se nalazi na državnoj službi u organu ili subjektu Ruske federacije ili od strane starešine organa lokalne smauprave. Dakle, ovde je svojstvo učinioca dela, kvalifikatorna okolnost za koju zakonik propisuje strože kažnjavanje.

Najteži oblik pasivnog podmićivanja postoji ako je radnja primanja mita preduzeta u sledećim slučajevima: 1) od strane grupe lica uz prethodni dogovor ili od strane organizovane grupe, 2) višestruko, 3) iznudom mita ili 4) u velikom obimu – a ovaj obim postoji ako vrednost novca, hartija od vrednosti, druge imovine ili imovinske koristi prelazi iznos od tri stotine minimalnih iznosa cene rada. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od sedam do dvanaest godina sa ili bez konfiskacije imovine.

2) Davanje mita je drugo korupcijsko krivično delo predviđeno u članu 291. Krivičnog zakonika Ruske federacije. I ovo delo ima više oblika ispoljavanja. Osnovni oblik dela se sastoji u davanju mita službenom licu, lično ili preko posrednika bez obzira u čemu se mito sastoji i u kom cilju je dat. Za ovo su delo propisane različite kazne i to: a) novčana kazna u iznosu od 200 do 500 minimalnih iznosa cene rada, ličnog dohotka ili drugog dohotka osuđenog lica za vreme od dva do pet meseci, b) kazna popravnog rada u trajanju od jedne do dve godine, v) kazna izolacije u trajanju od tri do šest meseci ili g) kazna zatvora u trajanju do tri godine.

Drugi, teži oblik krivičnog dela davanja mita za koji je propisana novčana kazna u iznosu od 700 do 1.000 minimalnih iznosa cene rada, ličnog dohotka ili drugog dohotka osuđenog lica za vreme od sedam meseci do jedne godine ili kazna zatvora do osam godina postoji ako je mito dato službenom licu u dva slučaja: 1) da izvrši očigledno nezakonitu službenu radnju ili 2) ako je mito dato višestruko.

No, učinilac krivičnog dela davanja mita se može osloboditi od krivične odgovornosti (pa time i od kažnjavanja) ako je do davanja mita došlo iznudom od strane službenog lica ili ako je učinilac dela dobrovoljno prijavio učinjeno delo organu krivičnog gonjenja.

## Slovenija

Krivični (Kazenski) zakonik Republike Slovenije<sup>58</sup> sa izmenama i dopunama iz 1999. godine u glavi dvadeset šest, u grupi krivičnih dela protiv službene dužnosti i javnih ovlašćenja, predviđa "klasična" krivična dela korupcije. To su : 1) primanje mita (jemanje podkupnine) u članu 267. KZ RS (odnosnu u članu 261. novog Krivičnog zakonika iz 2008. godine) i 2) davanje mita (dajanje podkupnine) u članu 268. KZ RS<sup>59</sup> (odnosno u članu 262. novog Krivičnog zakonika iz 2008. godine).

1) Primanje mita je prvo krivično delo korupcije koje se sastoji u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi ili u primanju obećanja poklona ili kakve druge koristi, od strane službenog ili odgovornog lica da u okviru svog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši odnosno da izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u zahtevanju ili primanju poklona ili kakve druge koristi posle izvršenja ili neizvršenja neke od službenih radnji, a u vezi sa njima<sup>60</sup>.

Delo primanja mita ili pasivno podmićivanje se javlja u tri oblika : to: 1) pravo pasivno podmićivanje, 2) nepravo pasivno podmićivanje i 3) naknadno podmićivanje. Pravo pasivno podmićivanje postoji kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu drugu korist, ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti. Nepravo pasivno podmićivanje postoji

58 Uradni list Republike Slovenije broj : 63/94, 23/99, 40/2004 i 95/2004

59 Na sličan način korupcijska krivična dela predviđa i novi Krivični zakonik Republike Slovenije (Uradni list Republike Slovenije broj 55/2008) koji stupa na snagu 1. novembra 2008. godine.

60 Kazenski zakonik z uvodnimi pojasnili B. Penka in K. Stroliga, Ljubljana, 1999. godine, str. 200-201

kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili primi poklon ili kakvu korist ili primi obećanje poklona ili kakve koristi da u okviru svog službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju bi moralo izvršiti ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Naknadno podmićivanje postoji kad službeno ili odgovorno lice zahteva ili prima poklon ili kakvu korist posle izvršenja službene radnje koju nije smelo da vrši odnosno koju je bilo dužno da izvrši ili posle neizvršenja radnje koja se morala izvršiti, odnosno koja se nije smela izvršiti, a u vezi sa njom.

Za prvi oblik ovog dela je propisana kazna zatvora od jedne do pet godina, za drugi oblik dela kazna zatvora do tri godine, dok je za treći oblik krivičnog dela primanja mita (naknadno promićivanje) propisana novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine. Primljeni poklon i imovinska korist stečena primanjem mita se obavezno oduzimaju merom bezbednosti oduzimanja predmeta.

2) Drugo krivično delo korupcije u krivičnom pravu Republike Slovenije pod nazivom : "Davanje mita" je predviđeno u članu 268. KZ RS. Delo se sastoji u davanju, pokušaju davanja ili obećanju poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu, da u okviru svog službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši, odnosno da izvrši radnju koju bi moralo da izvrši ili ne izvrši radnju koju ne bi smelo da izvrši, kao i u posredovanju pri podmićivanju u bilo kom od ovih oblika<sup>61</sup>.

Delo davanja mita ili aktivno podmićivanje se javlja u tri oblika: 1) pravo aktivno podmićivanje, 2) nepravo aktivno podmićivanje i 3) posredovanje u davanju mita. Pravo aktivno podmićivanje je davanje, pokušaj davanja ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši ili da ne izvrši radnju koju bi moralo da izvrši. To je podmićivanje na nezakonitu radnju. Nepravo aktivno podmićivanje je davanje, pokušaj davanja ili obećanje poklona ili kakve druge koristi službenom ili odgovornom licu da u okviru službenog ovlašćenja, izvrši službenu radnju koju bi moralo da izvrši ili da ne izvrši službenu radnju koju ne bi smelo da izvrši. Posredovanje u davanju mita je preduzimanje delatnosti da se doprinese da poklon ili neka druga korist bude data službenom ili odgovornom licu ili da mu bude obećana.

---

61 M. Deisinger, Kazenski zakonik s komentarjem, Posebni del, Ljubljana, 2001. godine, str. 279

Za pravo aktivno podmićivanje propisana je kazna zatvora do tri godine, za nepravo aktivno podmićivanje je propisana kazna zatvora do jedne godine, dok je za posredovanje u davanju mita na nezakonito izvršenje radnje propisana kazna zatvora do tri godine odnosno kazna zatvora do jedne godine za posredovanje u podmićivanju na zakonito izvršenje službene radnje. Predmeti poklona i imovinska korist se obavezno oduzimaju primenom mere bezbednosti oduzimanja predmeta.

Lakši oblik krivičnog dela davanja mita za koji zakonik predviđa mogućnost oslobođenja od kazne učinioca dela postoji ako su ispunjeni kumulativni sledeći uslovi: 1) da je poklon dat na zahtev službenog ili odgovornog lica i 2) da je davalac poklona prijavio delo nadležnim državnim organima pre njegovog otkrivanja ili pre nego što je saznao da je delo otkriveno. Ako je lice oslobođeno kazne predmeti poklona ili vrednosti koje predstavljaju drugu korist koju je on dao kao mito mogu mu se vratiti.

## Tadžikistan

Krivični zakonik Republike Tadžikistan<sup>62</sup> u glavi 30., u grupi krivičnih dela protiv državne vlasti i značaja javne službe predviđa više krivičnih dela korupcije.

Prvo korupcijsko krivično delo prema ovom zakonskom tekstu predviđeno je u članu 319. pod nazivom: "Uzimanje mita". Delo se sastoji u uzimanju mita (novca, predmeta, druge imovine ili imovinske koristi) od strane službenog lica da u okviru službenih ovlašćenja i autoriteta javne vlasti nešto učini ili propusti da učini kao zamenu za opšte pokroviteljstvo. Za ovo delo nepravog podmićivanja je propisana kazna zatvora do pet godina. Ista kazna je propisana i za drugi osnovni oblik ovog dela koji se sastoji u uzimanju mita od strane službenog lica da u okviru svoje službene dužnosti preduzme nezakonitu radnju. Ovo je oblik pravog pasivnog podmićivanja.

Kada je radnju izvršenja – uzimanje mita – preduzelo službeno lice koje obavlja službenu dužnost u organu Republike Tadžikistan ili koje obavlja ulogu starešine lokalne samouprave, postoji teži, kvalifikovani

---

62 Criminal code of the Republic of Tajikistan, Official text, Dushambe, 2002. godine, str. 130-131

oblik dela za koji je propisana kazna zatvora od pet do deset godina uz istovremeno oduzimanje prava, dužnosti ili delatnosti za vreme do tri godine.

Najteži oblik krivičnog dela uzimanja mita za koji je propisana kazna zatvora od sedam do petnaest godina uz istovremeno oduzimanje prava, dužnosti ili delatnosti za vreme do pet godina postoji u sledećim slučajevima: a) ako je radnja izvršenja preduzeta ponovljeno, b) ako je radnja izvršenja preduzeta od strane grupe lica u strogoj tajnosti (zavera) ili do strane organizovane grupe, v) ako je radnja izvršenja preduzeta iznuđivanjem mita i g) kada se mito odnosi na veliku vrednost ili velini novčani iznos.

Drugo krivično delo korupcije pod nazivom :”Davanje mita” je predviđeno u članu 320. Krivičnog zakonika Republike Tadžikistan. I ovo delo ima više oblika ispoljavanja – osnovni i teži oblik. Osnovni oblik ovog krivičnog dela za koji je propisana kazna zatvora od pet do deset godina uz kaznu konfiskacije imovine postoji u slučaju davanja mita službenom licu lično ili posredno. Teži oblik ovog dela postoji kada je mito dato službenom licu radi izvršenja namerno (smišljeno) nezakonite radnje ili ponovljeno (dakle u povratu). Za ovo je delo propisana kazna zatvora od deset do petnaest godina uz obavezno izricanje kazne konfiskacije imovine.

U članu 321. propisano je poslednje korupcijsko krivično delo pod nazivom: „Podstrekavanje (provokacija) na korupciju”. Delo se sastoji u pokušaju davanja nova, predmeta, imovine ili druge imovinske koristi sa ciljem stvaranja odluke drugog lica o uzimanju mita. Za ovo je delo propisana kazna zatvora od pet do deset godina uz kaznu konfiskacije imovine.

## Švedska

Švedski Krivični zakonik iz 1962. godine sa izmenama i dopunama do 1999. godine<sup>63</sup> u dva poglavlja predviđa krivična dela korupcije.

U poglavlju 17, pod nazivom: „Krivična dela protiv javne vlasti”, u delu 7, predviđeno je krivično delo koje se može nazvati davanje mita. Delo se sastoji u davanju, obećanju ili nuđenju mita ili druge nagrade zaposlenom ili drugom licu da postupi u službenoj dužnosti na određeni

63 N. Bishop, The Swedish Penal code, Stockholm, 1999. godine, str.76-79

način. Za ovo je delo propisana novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine.

U poglavlju 20. švedskog Krivičnog zakonika pod nazivom: „Zloupotreba službene dužnosti”, u delu 2. je predviđeno krivično delo primanja mita. Ovo delo čini zaposleno lice koje dobije, primi obećanje ili zatraži mito ili drugu nagradu za izvođenje ili neizvođenje određene radnje u okviru službene dužnosti. Za ovo je delo propisana novčana kazna ili kazna zatvora do dve godine. Ako je radnja primanja mita učinjena pre izdavanja dozvole ili odobrenja od strane zaposlenog lica, radi se o težem obliku ovog dela za koji je propisana kazna zatvora do šest godina.

Kao zaposleno lice u smislu učinioca krivičnih dela korupcije smatraju se prema izričitom zakonskom tekstu: a) član direkcije, administracije upravnog odbora, ili druge državne agencije, okruga, lokalne samouprave, udruženja ili lokalne vlasti, parohije, religijskog ureda ili zavoda za socijalno osiguranje, b) lice čije je zanimanje primena propisa, v) pripadnik oružanih snaga, g) lice koje postupa ispred javne vlasti i bez imenovanja ili postavljenja i d) lice koje je ovlašćeno da preduzima radnje u pogledu rukovođenja, upravljanja, vođenja pravnih i li finansijskih poslova ili primenu tehničkih znanja.

### **Završna razmatranja**

Među krivičnim delima koja svakako imaju posebnu ulogu u ostvarenju zaštitne i garantivne funkcije krivičnog prava – u ostvarenju zaštite najznačajnijih društvenih dobara i vrednosti nalaze se i krivična dela protiv službene dužnosti ili službena krivična dela, a među njima opet krivična dela korupcije (primanje mita i davanje mita). To su dela koja zavređuju pažnju ne samo teorije i prakse, već i stručne i opšte javnosti po nizu svojih karakteristika od kojih su najznačajnije: 1. ova dela vrše službena (domaća ili strana) ili odgovorna lica, 2. ona se vrše u službenoj dužnosti koja se krši, zloupotrebljava na različite načine, 3. nezakonitost postupanja službenih lica u vršenju službe bilo zbog preduzetih radnji ili donetih akata, 4. nanošenje štete drugim fizičkim ili pravnim licima ili povređivanje njihovih prava ili pak pribavljanje koristi za službena lica na koju nemaju prava, 5. kršenje poverenja u službu i javna ovlašćenja, pa i u

pravni poredak i institucije vlasti u okviru pravne države i 6. korumpiranost, pokvarenost, podmitljivost javne vlasti.

Među službenim krivičnim delima na prvom mestu se nalaze krivična dela korupcije koja predstavljaju samo različite oblike i vidove ispoljavanja zloupotrebe službenog položaja. Radi se o različitim oblicima i vidovima aktivnog (davanje mita) i pasivnog primanje mita) podmićivanja koja poznaje ne samo naše, već i veliki broj savremenih krivičnih zakonodavstava. Zbog izuzetne opasnosti od koruptivnih ponašanja pojedinaca i grupa i međunarodna zajednica (univerzalna međunarodna organizacija oličena u Ujedinjenim nacijama kao i regionalne organizacije u prvom redu Savet Evrope) je kroz niz međunarodnih pravnih akata postavila solidnu pravnu osnovu i instrumentarijum za organizovanu zajedničku akciju u otkrivanju, krivičnom progonu, procesuiranju i suzbijanju ovakvih protivpravnih ponašanja.

Iako i teorija i praksa pod pojam korupcije podvode različita inkriminisana ponašanja, kao što je već rečeno, ipak se može naći unutrašnja sistematika svih ovih pojedinih pojmovnih određenja. Tako se razlikuju krivična dela korupcije u širem i užem smislu. U širem smislu, u korupcijska krivična dela ili nepravna krivična dela korupcije spadaju: nesavestan rad u privrednom poslovanju, posluga i pronevera. U užem smislu ili u prava, čista korupcijska krivična dela spadaju: davanje i primanje mita, protivzakonito posredovanje i falsifikovanje službene isprave. No, u teoriji se korupcijskim krivičnim delima smatraju i sledeća dela: davanje i primanje mita, protivzakonito posredovanje, zloupotreba službenog položaja, prevara u službi i falsifikovanje službene isprave.

U klasičnom smislu korupcija se uvek svodi na aktivno i pasivno podmićivanje kao i na zloupotrebu službenog položaja. U širem smislu, u korupciju bi spadala i takav ponašanja (ne samo nezakonita, nego čak i kada se radi samo o moralno neprihvatljivim ponašanjima) kojima se neko (pravno ili fizičko) lice dovodi u pogodniji položaj u odnosu na druga lica, tako da iz takve situacije ona mogu da izvlače određenu korist (npr. ako se postupa u sukobu interesa, ako se uspostavlja monopol na tržištu dogovaranjem cena sa konkurentima, ako se koristi društveni ugled ili istatus dobrog privrednika da bi se nekome obezbedio posao ili da bi se drugi onemogućio u poslu, ako se sponzoriše politička stranka da bi mogao da se dobije prioritet kod privatizacije, javnih nabavki, tendera, javnih koncesija ili carinskih kontigenata za uvoz pojedine robe i sl).

**Dragan Jovašević, PhD**  
Faculty of Law Niš,

## **CRIMINAL OFFENCES OF CORRUPTION IN COMPARATIVE CRIMINAL LAW**

*Criminal offences of corruption are special kinds of criminal offences which actually represent various forms and shapes of an abuse of official position. The issue in question is in various forms of active (giving) and passive (taking) bribery which are well recognized by a great number of contemporary criminal legislations, and also by a number of international acts, primarily those of the United Nations, the Council of Europe and the European Union. Due to a high degree of danger from corrupted behaviors of individuals and groups, the international community (universal international organization exemplified in the United Nations, as well as regional organizations, such as the Council of Europe and the European Union) has through a number of international legal acts established a solid legal basis and instruments for organized joint action in discovering, processing and combating these illegal practices.*

*On these bases, all contemporary states in their systems of criminal legislation foresee criminal responsibility and the system of criminal sanctions (penalties in the first place) for several criminal offences of corruption, incriminating different forms and ways of abuse of public authorities from officials and responsible public authorities' personnel. Therefore, in this paper, we shall point out key characteristics of comparative solutions by which some contemporary states are trying to combat and fight against corruption as a dangerous societal evil.*

**Key words:** *corruption, criminal offence, responsibility, sanctions, international community, legal acts*

**Dr Ivanka Spasić**

naučni savetnik

Institut za uporedno pravo

Beograd

Primljeno 01.10.2008.

udk: 347.453 (493)

## **SPECIFIČNOSTI NORMATIVNOG UREĐENJA LEASING POSLA U BELGIJI**

*Belgija spada među prve zemlje u Evropi koje su prihvatile leasing poslovanje i aktivno počele da ga sprovode u svojoj poslovnoj (finansijskoj) praksi. Neposredno posle Francuske, koja je bila prva, i Belgija je donela zakon kojim uređuje leasing posao. Baš kao i u slučaju Francuske i u Belgiji su evolucija i širenje leasing poslovanja od samog početka bili povezani sa njegovim normativnom uređenjem. Normativni tretman leasinga u Belgiji je dosta sličan Francuskom (pod čijim je uticajem i nastao); sam tekst belgijskog zakona je u pojedinim aspektima nešto bolji i sveobuhvatniji od francuskog, dok su neka pitanja manje jasna .*

*Belgijski propis se odnosi samo na finansijski oblik leasing posla koji se naziva location-financement (ili leasing). Ovaj oblik je veoma sličan kreditnom zakupu (credit-bail-u) koji definiše Francuski zakon.*

*U radu se analiziraju specifičnosti finansijskog leasing posla kako ga koncipira belgijsko pravo, zatim karakteristike subjekata koji se, u skladu sa zakonskim propisom, mogu baviti ovim poslovima, kao i evolucija normativnih (zakonskih) rešenja od početnih do najsavremenijih.*

*Ključne reči: finansijski leasing, zakon o leasingu-Belgija,*

### **Uvodne napomene**

Leasing kao savremeni vid poslovanja, stvorila je inovativna i pragmatična američka poslovna praksa, vođena narastajućim zahtevima za pronalaženjem adekvatnijih vidova trgovinskog poslovanja posle Drugog svetskog rata.

Iz Amerike, matične odnosno „zemlje porekla” ovog vida poslovanja, leasing se doduše nekih desetak godina kasnije, proširio i osvojio i evropske zemlje, najpre Francusku a odmah potom i Belgiju. Ove zemlje su „interesantne” i stoga što su oblast leasing poslovanja (bar globalno i u najbitnijim crtama) uredile zakonima, što do tada naravno nije bio slučaj.

Kao što je napomenuto Francuska je bila prva zemlja u svetu koja je leasing posao uredila zakonom<sup>1</sup>. Francuski zakon je već sledeće godine dopunjen odgovarajućom Ordonansom<sup>2</sup>. Oba ova akta (koja su pretvorena u jedan revidirani i poboljšani, na način i u skladu sa legislativnom praksom u Francuskoj) izvršila su značajan uticaj na belgijskog zakonodavca koji je, može se slobodno reći, u određivanju nekih pitanja prevazišao svoje normativne uzore, budući da je belgijski zakonski tekst (u nekim svojim delovima) bio bolji i sveobuhvatniji od francuskog..

Uporedo sa razvojem leasing poslovanja i diferenciranjem različitih poslovnih (leasing) oblika, kao i izvesnim reformama finansijskih sistema, donekle se promenilo i normativno uređenje leasing posla i to kako u Francuskoj tako i u Belgiji. Ove promene ipak nisu naročito značajne budući da ne menjaju nešto bitno u shvatanju suštine i funkcionisanja leasing poslovanja.

U Francuskoj (kao svojevrsnom belgijskom „normativnom uzoru”) prvobitni zakon o leasingu (credit-bail-u) je u potpunosti derogiran novim propisima, ali bez ukidanja; ipak, suštinski „stara” rešenja uglavnom nisu promenjena već su „premeštena” u sveobuhvatniji propis (Monetarno-finansijski zakonik)<sup>3</sup>.

Osnovni zakon koji je donet u Belgiji (godinu dana posle Francuskog „uzora”) pored utvrđivanja osnovnih elemenata koje posao mora imati da bi se mogao smatrati finansijskim leasingom, pretežno je uređivao pravni položaj organizacija koje se bave poslovima leasinga ili kako ga oni nazivaju finansijskog zakupa (location-financement). Ovaj osnovni propis je modifikovan 1994. god. i tako izmenjen predstavlja osnov za normativno uređenje leasing poslovanja u ovoj zemlji.

1 Francuski zakon o leasingu je donet 1966. god.,.

2 Osnovni zakon i Ordonansa čine jednu celinu; pravilo je francuskog prava da novi akti ne ukidaju stare već se u njih inkorporiraju (čak i kad to znači praktično zamenu čitavog teksta). Ovakav sistem nekad izgleda prilično komplikovan zemljama koje ga ne primenjuju, ipak on u Francuskoj evidentno funkcioniše.

3 O specifičnostima i evoluciji normativnih rešenja u Francuskoj videti kod I. Spasić, Razvoj, specifičnosti i normativno uređenje leasing posla u Francuskoj, Strani pravni život, 2008, br. 1, str. 139 - 152.

## Osnove normativnog uređenja leasing posla u Belgiji

Belgijski zakon o leasingu (osnovni tekst)<sup>4</sup> donet je 10. novembra 1967. god.<sup>5</sup> Zakon je kreiran po ugledu na francuski Zakon o leasingu iz 1966. god. dopunjen odredbama koje je sadržala Ordonansa iz 1967. god.<sup>6</sup> Treba odmah primetiti da je belgijski zakon (bar kada se radi o koncipiranju pojma finansijskog leasinga) sadržao rešenja koja su bila potpunija i imala su više veze sa konkretnim izgledom i funkcionisanjem (finansijske) leasing transakcije u praksi (od svog "uzora" - francuskog zakona).

Baš kao i njegov francuski uzor i belgijski zakon je sadržao definiciju (finansijskog) leasing posla<sup>7</sup>, kao i statusa preduzeća odnosno firmi koje su se, u skladu sa ovim zakonom, mogle baviti leasing poslovanjem.

Leasing posao o kome se govorilo u belgijskom zakonu bio je (samo) finansijski leasing (*location-financement*) ne i drugi oblici leasinga<sup>8</sup>. U čl. 1 Zakona bile su navedene karakteristike koje je morao imati "finansijski zakup", te osobine su bile sledeće:

1. objekat transakcije morala je biti investiciona oprema kojom se korisnik leasinga služio isključivo u profesionalne svrhe<sup>9</sup> (iznajmljivanje dobara radi korišćenja za lične ili porodične svrhe nije smatrano leasing poslovanjem<sup>10</sup>);

2. dobra koja su bila predmet leasing posla (najčešće je to bila oprema) davalac leasinga je morao nabaviti u svrhu davanja u leasing, i to u saglasnosti odnosno prema specifikaciji korisnika leasinga;

4 Arrete royal n. 55.

5 Objavljen u službenom glasilu 14. XI 1967. god; stupio na snagu 24. XI 1967. god.

6 Osnovni tekst francuskog zakona sa dopunama koje sadrži Ordonansa predstavlja jednu celinu.

7 Ovo nije klasična teorijska definicija već nabrojanje osobenosti koje mora imati jedna transakcija da bi se mogla smatrati leasingom. Širu raspravu o mogućim definicijama leasing posla videti kod I. Spasić, Ugovor o leasingu, Beograd, 1990, str. 35-40.

8 Ovaj zaključak proizlazio je ne samo iz naziva *location-financement* već i iz definicije posla date u Zakonu (čl.1). Arrete royal n. 55.

9 Za razliku od francuskog zakona koji je detaljno precizirao vrste i tipove opreme koja može biti predmet ugovora o *credit-bail-u*, belgijski zakon to nije činio već je spomenuo samo investicionu opremu.

10 Ovakvo stanovište zauzeto je i kod donošenja međunarodne Konvencije o finansijskom leasingu; Model zakona UNIDROIT-a, a preuzeli su ga i mnogi drugi nacionalni zakoni o leasingu.

3. trajanje leasing posla, utvrđeno ugovorom, moralo je odgovarati pretpostavljenom ekonomskom veku upotrebe dobara, koja su bila predmet ugovora;

4. iznosi leasing naknade (rate) morale su biti utvrđene tako da se kroz njih amortizuje vrednost dobara datih u leasing u toku vremena korišćenja koje je bilo utvrđeno u ugovoru (u ugovornom roku);

5. ugovor je morao sadržati opciju datu korisniku leasinga da, istekom ugovornog roka, postane vlasnik dobra uzetog u leasing, po ceni utvrđenoj u ugovoru a koja mora odgovarati pretpostavljenoj preostaloj vrednosti tog dobra.

Belgijski zakon je, dakle, regulisao većinu najvažnijih pitanja neophodnih za nastanak i funkcionisanje leasing operacije; ova pitanja odnosila su se na objekat leasing posla; trajnaje ugovora; nabavaku opreme, njeno preciziranje i specifikaciju; način utvrđivanja iznosa (rata) leasing naknade; kao i opciju kupovine objekta leasing posla.

Većinu ovih pitanja uređivao je naravno i francuski zakon, neke razlike međutim ipak postoje; dok je, recimo, francuski zakon detaljno utvrđivao tipove opreme koji mogu biti predmet leasing posla belgijski je samo generalno naveo investicionu opremu. Za razliku od pitanja objekta, gde je francuski zakon znatno detaljniji, kada se radi o pitanju leasing naknade i njenom utvrđivanju, što je jedno od najbitnijih pitanja vezanih za realizaciju ovog posla, belgijski zakon je znatno detaljniji, utvrđujući vezu naknade i amortizacije objekta. Francuski zakon začudo ne sadrži odredbu koja se odnosi na način utvrđivanja iznosa naknade, što predstavlja ujedno i jedan od njegovih najvećih nedostataka. Kada se radi o opciji kupovine objekta leasinga (po isteku utvrđenog vremena trajanja ugovora) ovu opciju poznaju i francuski i belgijski zakon.

Sem rešenja koja su karakteristična za oba (izvorna) zakona moglo bi se zaključiti da je belgijski zakon nešto vernije i realnije odslikavao rešenja koja su postojala u poslovnoj praksi (finansijskog leasinga).

U vezi sa konkretnim legislativnim rešenjima pojedinih pitanja koja je sadržao belgijski zakon, u teoriji su se javile brojne polemike; to se odnosilo pre svega na koncept namene opreme (kao predmeta leasing posla) za profesionalne svrhe. U Belgiji koncept profesionalne svrhe je znatno šire tumačen od čisto semantičkog (pojma). Ne može se generalno za sve slučajeve unapred odrediti šta predstavlja pojam korišćenja u

profesionalne svrhe, to zavisi od konkretnog slučaja i situacije<sup>11</sup>.

Pored koncepcije namene opreme, koja je mogla stvoriti (i često je i stvarala) nesporazume u praksi, i koncepcija opcije kupovine u belgijskom zakonu takođe je bila na određeni način “problematična”. Za razliku od francuskog zakona, gde je opcija kupovine, kao obavezna, sasvim jasno definisana i određena, to nikako nije bio slučaj sa belgijskim zakonom. Pojedini autori čak idu dotle da potpuno negiraju postojanje opcije kupovine u belgijskom zakonu<sup>12</sup>. Ta negacija posledica je nedovoljne određenosti u pogledu njene obaveznosti.

Budući da se u zakonskom tekstu pominje mogućnost unošenja opcije kupovine<sup>13</sup> to se ona svakako ne može negirati, ali se zato može postaviti pitanje njene obaveznosti. Naime, nigde u tekstu nije naznačeno da je opcija kupovine obavezna, što opet vodi zaključku da, za razliku od francuskog zakona koji utvrđuje obavezu unošenja opcije kupovine, belgijski zakon to ne traži.

Belgijski zakon govori samo o leasingu pokretnosti, ne spominjući nepokretnosti (iz čega sledi da se na nepokretnosti i ne odnosi).

Jedan drugi belgijski propis koji se odnosi na takse na dodatu vrednost<sup>14</sup>, u jednom svom delu, se pak odnosi i na takse u transakcijama leasinga nepokretnosti. Bez obzira na ovu činjenicu koja govori o određenoj legislativnoj neusklađenosti može se reći da se osnovni tekst belgijskog zakona o leasingu ne odnosi na nepokretnosti.

Drugi kompleks pitanja<sup>15</sup> odnosi se na statusna pitanja organizacija (firmi) koje se mogu baviti leasing poslovima.

Firme koje se mogu baviti leasing poslovima u Belgiji moraju biti finansijska preduzeća (postoji dakle ograničenje u pogledu subjekata koji mogu da budu davaoci leasinga). Ova preduzeća (firme) davaće zainteresovanim korisnicima leasinga opremu nabavljenu (kupljenu) u svrhu davanja u leasing.

---

11 Identična situacija pojavljivala se u Francuskoj gde je pojam “profesionalne svrhe” od strane sudova znatno šire tumačen; o tome svedoče brojne sudske presude, videti opširnije I. Spasić, op. cit. str. 141 i dalje.

12 V. S. Marušić, Ugovor o finansijskom leasingu, Split, 1984, (doktorska teza), str. 120.

13 “Le contrat doit reserver au locataire la faculte d’acquérir en fin de bail la propriete du bien loue....”

14 Arrete royal br. 30 iz 1970. god.

15 Osim utvrđivanja pojma i elemenata leasing posla

Očigledno je da je belgijski zakon dozvoljavao samo organizacijama finansijskog karaktera (bankama i finansijskim preduzećima) da se bave poslovima (davanja) finansijskog leasinga.

Da bi se jedna (finansijska) organizacija mogla baviti poslovima finansijskog leasinga morala je prethodno za to dobiti odgovarajuće odobrenje od Ministarstva za ekonomska pitanja. Kada se radi o finansijskom leasing poslovanju, zapravo o poslovima davanja finansijskog leasinga, zahtevi za dobijanjem prethodnog odobrenja sasvim su opravdani budući da se radi o veoma skupim i složenim poslovima kojima se ne mogu baviti ni sve finansijske organizacije. Uslovi za dobijanje odobrenja bili su utvrđeni ministarskim aktom. Na osnovu dobijenog odobrenja firma koja je nameravala da se bavi poslovima (davanja) finansijskog leasinga morala se registrovati za te poslove.

Naravno da su finansijskim organizacijama (u skladu sa uobičajenom pravnom praksom) ostavljeni odgovarajući rokovi (šest meseci od stupanja propisa na snagu) za pribavljanje odobrenja i potom registraciju; u protivnom su morale obustaviti sve aktivnosti koje su se sastojale u obavljanju poslova (davanja) finansijskog leasinga.

#### Modifikacije Zakona usvojene 1994. god.

Modifikacije belgijskog zakona, usvojene 11 februara 1994. god., nisu ništa bitno promenile u suštinskom stavu prema ovom značajnom finansijskom poslu. Zakon je zapravo izmenjen samo delimično (delovi članova 2 i 3). Izmene se odnose na pitanja koja se tiču privrednih subjekata odnosno firmi koje se mogu baviti leasing poslovanjem; što se tiče statusne prirode ovih subjekata izmena takođe nema, samo finansijske organizacije se mogu baviti poslovima finansijskog leasinga odnosno pojavljivati se kao davaoci finansijskog leasinga. I dalje je potrebno da ove firme, da bi mogle da obavljaju ovu delatnost imaju odobrenje ministarstva i da budu registrovane. Ipak, imajući u vidu činjenicu da je Belgija i zemlja članica Evropske unije, jasno je da bi ovakve organizacije (koje su dobile odobrenje za bavljenje poslovima finansijskog leasinga) mogle ove poslove obavljati ne samo na teritoriji Belgije nego i u ostalim zemljama članicama, stoga je veoma značajno da se, o činjenici dobijanja odobrenja i registracije, obavesti odgovarajući organ u Evropskoj uniji, a to je konkretno Komisija nadležna za bankarske i finansijske poslove.

Evidentno je da je belgijski zakonski propis prilično daleko od nekog legislativnog savršenstva; odredbe koje definišu sam (finansijski) leasing posao jesu suštinske ali su uglavnom samo nabrojane (treba podsetiti da se radi o zakonskom propisu a ne o teoretskoj raspravi u kojoj se nabrajaju sastavni delovi nekog teorijskog pojma). Kako je već rečeno neki elementi (zapravo nepostojeće) definicije nisu u potpunosti jasni tako da oko njih postoje izvesne sumnje (pre svega u vezi sa opcijom kupovine i njenom eventualnom obaveznošću).

Odredbe koje se tiču firmi koje se mogu baviti ovom finansijskom delatnošću nisu baš naročito dobro sistematizovane ali je njihova suština ipak jasna. Što se tiče izmena koje su unete 94. god. one su isključivo “tehničkog” i “proceduralnog” karaktera i tiču se obaveza obaveštavanja nadležnih organa u Evropskoj uniji o činjenicama davanja odobrenja određenim firmama da se bave delatnošću finansijskog leasinga i njihovom registracijom.

Bez obzira na skromne legislativne domete ovaj propis evidentno uspešno funkcioniše u Belgiji već dosta dugo vremena, to je moguće zahvaljujući razvijenoj leasing praksi, postojanju i efikasnosti opštih pravila obligacionog i trgovačkog prava kao i trgovinskih običaja.

***Ivanka Spasić, Ph. D.***

*Research Adviser*

*Institute of Comparative Law*

*Belgrade*

## **CHARACTERISTICS OF LEGAL REGIME OF LEASING IN BELGIUM**

*Belgium was among the first european countries who started to develop leasing as a financial method, and the second one in Europe (and in the World as well) who had done the law on financial leasing. Development of financial leasing in Belgium is very closely conected with the legal regime introduced by the Law.*

*The belgian law is very similar to Franch one, besides some questions are more “problematic” (purchase option and it’s obligatoriety), and some of them are better resolved than the Franch ones (definition of financial leasing transaction).*

*Both French and Belgian laws are regulating the statutory questions concerning the firms engaged in lease financing business.*

*In this article the autor analysing the specialities of financial leasing (location-financement) in Belgian law (the original version by 1967 and it's modifications introduced 1994. ).*

*Key words: Financial leasing, Law on financial leasing-Belgium*

## **NUŽNA ODBRANA U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU ŠPANIJE**

*Špansko krivično zakonodavstvo pripada grupi zemalja koje nužnu odbranu svrstavaju u osnove koji isključuju krivičnu odgovornost, dok krivično-pravna literatura u ovoj zemlji prihvata tzv. dualističko shvatanje nužne odbrane, iako o pravnoj prirodi ovog instituta ne postoji jedinstveno mišljenje.*

*Interesantno je da sudska praksa uprkos načelnom stanovištu teorije da svako pravno dobro može biti objekt napada, u velikom broju slučajeva odbacuje mogućnost da se zbog povrede časti učinilac pozove na nužnu odbranu. Preovladava mišljenje, prema kome za postojanje napada kao uslova za primenu člana 20. stav 4 Krivičnog zakonika Španije, nema značaja okolnost da li je radnja napadača preduzeta sa krivicom. U pogledu protivpravnosti napada, pojedini autori zastupaju stav da se može govoriti o posebnoj krivičnoj protivpravnosti radnje koju preduzima napadač. Veliki deo rada posvećen je isprovociranoj odbrani, tj. „izostanku dovoljne provokacije od strane napadnutog”. U vezi sa uslovom istovremenosti napada i odbrane, nismo prihvatili stanovište prema kome je u pojedinim slučajevima dozvoljeno povrediti ili ugroziti pravna dobra napadača posle okončanja napada. Dalje, uslov neophodnosti odbrane u velikoj meri zavisi od utvrđivanja „neophodnosti racionalne upotrebe sredstava radi sprečavanja ili odbijanja napada” (član 20. stav 4 Krivičnog zakonika Španije). Na kraju, iako zakonodavac u Španiji ne zahteva izričito tzv. odbrambenu volju kao uslov za isključenje krivične odgovornosti, jedinstveno je mišljenje teorije i prakse o neophodnosti postojanja subjektivnog elementa nužne odbrane.*

*Ključne reči: uslovi napada; protivpravnost napada; istovremenost napada; isključenje krivične odgovornosti; nužna odbrana; Španija*

### **1. POJAM I PRAVNA PRIRODA NUŽNE ODBRANE**

Član 20. Krivičnog zakonika Kraljevine Španije taksativno navodi osnove koji isključuju krivičnu odgovornost učinioa, između ostalih

i nužnu odbranu. Proizilazi da špansko krivično zakonodavstvo pripada grupi zemalja koje prihvataju koncepciju nužne odbrane kao osnova koji isključuje krivičnu odgovornost, za razliku od shvatanja o isključenju protivpravnosti, odnosno krivičnog dela koje je zastupljeno u velikom broju zemalja. Osim toga, delo učinjeno u nužnoj odbrani znači da napadnuti nije odgovoran za štetu koju prouzrokuje, obzirom da član 118. stav 1 Krivičnog zakonika Španije propisuje isključenje odgovornosti lica koje prouzrokuje štetu postupajući u nužnoj odbrani.<sup>1</sup>

Član 20. stav 4 koji određuje uslove za primenu ovog instituta glasi:

*„Isključena je krivična odgovornost lica koje učini delo u odbrani svojih prava ili prava drugoga ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi:*

*Prvo. Protivpravni napad.<sup>2</sup> U slučaju odbrane dobara protivpravnim napadom će se smatrati napad na ista, kojim je učinjeno krivično delo ili izazana ozbiljna i neposredna opasnost od oštećenja ili uništenja dobara. U slučaju odbrane stana protivpravnim napadom će se smatrati nedozvoljen ulazak u isti.*

*Drugo. Neophodnost racionalne upotrebe sredstava radi sprečavanja ili odbijanja napada.*

*Treće. Izostanak dovoljne provokacije od strane napadnutog.”<sup>3</sup>*

Prema shvatanju krivičnopravne literature, nužna odbrana ima dvostruku funkciju: sa jedne strane, svrha postojanja ovog instituta krivičnog prava je zaštita individualnih pravnih dobara napadnutog, ali istovremeno njena primena omogućava zaštitu pravnog poredka koji je ugrožen protivpravnim napadom.<sup>4</sup> *Calderon Cerezo* sa pravom primećuje da princip zaštite individualnih prava i princip zaštite pravnog poredka

---

1 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, 2004., Valencia, s. 103.

2 Određujući napad zakonodavac upotrebljava termin *agresion ilegítima* što se strogo gledano može prevesti kao nezakoniti napad, ali kako se u teoriji krivičnog prava Španije nezakonit napad i protivpravni napad upotrebljavaju kao sinonimi, tj. smatra se da pojam nezakonit napad obuhvata protivpravni (*antijuricidad*) napad, u daljim izlaganjima prihvat ćemo protivpravnost kao obeležje napada kod nužne odbrane.

3 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit. s. 45.

4 Luzon Pena, *Aspectos esenciales de la legitima defensa*, 1978., Barcelona, s. 58, Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, sept.-diciembre 1991., Madrid, s. 921.

nisu suprotstavljeni, jer nužna odbrana „očuvanjem interesa pojedinca doprinosi očuvanju pravnog poretka.”<sup>5</sup> Praktične posledice ovog stanovišta ispoljavaju se pri proceni neophodnosti nužne odbrane, tj. primeni kriterijuma proporcionalnosti ugroženih dobara napadnutog i napadača, što kod nužne odbrane nema značaj koji ima kod krajnje nužde. Isto se može reći za bekstvo napadača sa mesta gde je napadnut, što se od njega ne zahteva čak i ukoliko je moguće, iako je kod primene krajnje nužde prihvaćeno suprotno. Sve ovo se može prihvatiti uzimajući u obzir okolnost da je napadač preduzeo protivpravni napad, odnosno činjenicu da su interesi napadnutog i interesi očuvanja pravnog poredka ispred zahteva za zaštitu dobara napadača. Ipak, napred navedeno nije nesporno u situaciji preduzimanja protivpravnog napada koji nije preduzet sa umišljajem ili bagatelnog napada, o čemu će biti više reči u izlaganjima koja predstoje.

Suprotno mišljenju većine, pojedini autori smatraju da suština nužne odbrane nije u sukobu interesa, već pre svega u karakterističnoj situaciji nužnosti.<sup>6</sup> Napadnuti se nalazi u situaciji u kojoj nema izbora, ili će povrediti neko pravno dobro napadača ili će zadobiti povredu. Analizirajući ovaj problem, *Rodriguez* ističe da se onaj ko brani sebe ili drugog suprotstavlja napadu koji je protivan pravnom poredku, tj. licu koje nepoštuje ono što zakoni nalažu kada su u pitanju druga lica i njihova prava. Iako je ključna uloga države zaštita prava, očigledno je da kod stanja nužne odbrane ona nije u stanju da vrši poverenu joj funkciju, jer ne može da spreči protivpravni napad koji pretili pravnim dobrima. Stoga, pojedinac koji preduzima odbranu na neki način preuzima funkciju države, tj. od države dobija prećutno ovlašćenje da vrši odbranu radi suprotstavljanja onome ko narušava pravni predak, i bio bi protiv sebe kada bi pri proceni suprotstavljenih interesa prednost dao napadaču.<sup>7</sup> Uopšteno govoreći, nužna odbrana je pravo koje država priznaje pojedincima a ne samo razlog koji isključuje krivičnu odgovornost učinioca krivičnog dela. Posledice ovog teorijskog razmatranja su jasne: kako nužnost nije jedino obeležje nužne odbrane, napadnutom je dozvoljeno da na primer, brani posed čak i po cenu života napadača koji preduzima protivpravni napad.

---

5 A. Calderon Cerezo, J. A. Choclan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, 2001., Barcelona, s. 201.

6 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, 1994., Madrid, s. 555.

7 isto, op. cit., str. 555.

*Olivares* kritikuje ovo mišljenje, jer po njemu ono sadrži dva krupna nedostatka: prvo, postupak oštećenog se „*a priori*” posmatra kao protivpravan; drugo, poređenje vrednosti pravnih dobara u konfliktu kod nužne odbrane vodi konfuziji, naročito ako se uzmu u obzir opšteprihvaćena pravila stanja nužde (*estado de necesidad – krajnje nužda*), što vodi apsurdnim rešenjima.<sup>8</sup> Tako, ne može se opravdati delo lica koje pozivajući se na stanje nužnosti ubije nekog da bi zaštitio vlasništvo na automobilom, dok se može priznati pravo na nužnu odbranu ako učinilac rani napadača da bi izbegao da bude žrtva razbojništva, osim ukoliko ne postoje velika neproporcionalnost između napada na posed i odbrane koja je usmerena na fizički integritet napadača. Štaviše, pravo ne štiti oštećenog zbog toga što je pretrpeo napad, već zato što je sam napad kako kaže zakonodavac „protivpravan”.<sup>9</sup>

*Espinar* opravdanje povrede napadačevog dobra vidi u činjenici da je upravo on taj koji je svojim protivpravnim ponašanjem inicirao sukob, dovodeći na taj način u opasnost i sopstvena pravna dobra.<sup>10</sup> Zbog toga, propisujući nužnu odbranu kao osnov koji isključuje krivičnu odgovornost napadnutog, zakonodavac vodi računa pre svega o interesima onoga ko je izložen napadu i dozvoljava mu da u određenim granicama povredi pravna dobra napadača, uključujući i dobra veće vrednosti od onih koja su ugrožena ili povređena napadom. Uzgred rečeno, uprkos zakonskom određenju pojma nužne odbrane, pojedini autori ovaj institut smatraju osnovom koji isključuje protivpravnost krivičnog dela.<sup>11</sup>

## 2. POJAM NAPADA

Napad je osnovna pretpostavka primene nužne odbrane u krivičnom zakonodavstvu Španije, uključujući i član 21. stav 1 KZ koji omogućava ublažavanje kazne učiniocu u slučaju tzv. nepotpune nužne odbrane.<sup>12</sup>

8 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, 2006., Barcelona, s. 484.

9 isto, *op. cit.*, s. 488.

10 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, 2004., Valencia, s. 557.

11 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia*, 2006., Madrid, s. 155.

12 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas*

Napadom se podrazumeva pre svega delatnost koju preduzima čovek, što znači da samo ljudska radnja može predstavljati osnov da se isključi krivična odgovornost lica koje preduzima odbrambenu radnju.<sup>13</sup> Naravno, moguće je zamisliti situaciju u kojoj su pravna dobra ugrožena od strane životinje, ali u tom slučaju se lice koje učini delo otklanjajući opasnost može pozvati na odredbu o stanju nužde (član 20. stav 5 KZ Španije).<sup>14</sup> Napadom se smatra ne samo povreda već i dovođenje u opasnost, tj. ugrožavanje pravnih dobara drugoga.<sup>15</sup> Dakle, napad je stvaranje neposrednog rizika za pravna dobra koja se u skladu sa zakonom mogu braniti, što se skoro uvek povezuje sa fizičkom aktivnošću čoveka, koji prouzrokuje realnu opasnost od nastanka štete.<sup>16</sup>

Kao što se moglo očekivati, u španskoj krivičnopravnoj doktrini dominira shvatanje, prema kome je napad kao uslov nužne odbrane moguće ostvariti kako činjenjem tako i nečinjenjem. *Calderon* navodi i karakterističan primer napada nečinjenjem: treće lice može od majke koja ne želi da nahrani dete iako mu preti smrt od gladi, upotrebom sile oduzeti dete od nesavesnog roditelja kako bi ga sam nahranio.<sup>17</sup> Međutim, ovaj autor pominje samo odgovornost za nešto ili za nekoga kao osnov obaveze na činjenje, propuštajući pri tome da istakne mogućnost da dužnost proizilazi iz zakona, radnog odnosa, ugovora, prethodnog činjenja ili odnosa poverenja.

U najvećem broju slučajeva napad predstavlja telesni pokret ili propuštanje telesnog pokreta, ali izuzetno se može govoriti o napadu kao psihičkom ili duhovnom činu.<sup>18</sup> Premda sudska praksa zauzima u pojedinim presudama stav da se napad može ostvariti isključivo kao fizički napad, što doktrina ne prihvata.<sup>19</sup> Dosledno prihvatanje ovog stanovišta značilo bi *comparados por articulos*, op. cit. s. 42.

13 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, 2007., Valencia, s. 84, Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal-parte general*, op. cit., s. 558.

14 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 201.

15 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*, 2005., Bilbao, s. 43.

16 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, 2004., Madrid, s. 206.

17 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 202-203.

18 isto, op. cit., str. 202.

19 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*,

između ostalog, isključenje časti kao pravnog dobra koje može biti objekt napada kod nužne odbrane. Pored toga, pretnja se ne bi mogla smatrati napadom, čak i ukoliko podrazumeva proganjanje (uznemiravanje) drugog lica.<sup>20</sup> Uvidevši napred navedeno, sudovi dozvoljavaju mogućnost da čast i sva druga pravna dobra mogu biti izloženi protivpravnom napadu u smislu člana 20. stav 4 KZŠ, samo ukoliko se njihova povreda ili ugrožavanje može povezati sa fizičkim napadom.<sup>21</sup> Polazište ovog shvatanja je zaštita života i telesnog integriteta, kao najvažnijih vrednosti svakog čoveka od fizičkog napada, što treba da bude prioritetni zadatak zakonske odredbe o nužnoj odbrani.

Napad kao uslov nužne odbrane nije ostvaren ako dva ili više lica učestvuju u uzajamno prihvaćenoj tuči, ukoliko je povod za „odbranu” zahtev za objašnjenjem određenog postupka, odbijanje da se nešto preda ili pomeri parkirano vozilo.<sup>22</sup> Tuča u kojoj dobrovoljno učestvuje više lica sa razlogom ne može poslužiti kao činjenični osnov za primenu člana 20. stav 4 Krivičnog zakonika, jer je ponašanje svakog od učinilaca u ovom slučaju protivpravno, stav je sudske prakse.<sup>23</sup>

Ukoliko jedan od učesnika u tuči odustane od sukoba izričito ili prećutno, situacija se menja. Takođe, kada se u toku sukoba dogodi kvalitativna promena u ponašanju učesnika, tako što jedan od njih pređe granice fizičkog obračuna koje su izričito ili prećutno prihvaćene i iznenada preduzme neproporcionalan napad, lice koje je izloženo opasnosti ima pravo da odbije napad pozivajući se na nužnu odbranu.<sup>24</sup> Na primer, dva lica započnu tuču ne koristeći pri tome oružje. Iznenada, jedan od njih uzme hladno ili vatreno oružje i njime napadne svog protivnika. Treba posebno naglasiti da se pomenuto preduzimanje neproporcionalnog napada odnosi i na upotrebu određenog načina borbe koji izlazi iz okvira dogovorenog,

---

op. cit., s. 206, Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, Derecho penal Espanol - parte general, op. cit., s. 557, 559, 560.

20 Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, op. cit., s. 921.

21 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa, septiembere-diciembre 1987., Madrid, s. 858.

22 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 84, STS 399/2003 od 17. 3. 2003.

23 Julian Sanchez Melgar,Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 157.

24 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 572.

a ne samo na korišćenje sredstva čiju upotrebu protivnik ne očekuje.<sup>25</sup> Na primer, jedan od učesnika sukoba pokušava da karakterističnim udarcem u predelu vrata nanese povredu koja može da ima za posledicu lišavanje života. *Carlos Suares* prihvata stanovište sudske prakse, prema kome pravo na nužnu odbranu treba priznati i kod prihvatanja međusobnog sukoba, ako je motiv jednog od lica isključivo strah da „*ne bude obeležen kao kukavica*”.<sup>26</sup> Naše je mišljenje da se napred navedeno rezonovanje ne može prihvatiti, jer bi se na izuzetak od pravila moglo pozvati svako lice, što u potpunosti negira dominantno shvatanje da nužna odbrana nije dozvoljena u slučaju uzajamno prihvaćene tuče.

Izgleda da se može zaključiti: sud utvrđujući činjenično stanje kod tuče dva ili više lica ima obavezu da utvrdi uzrok napada i ko je započeo fizički obračun, kako bi se obezbedila zaštita lica koje učestvuje u tuči sa ciljem da odbije napad na pravno dobro koje pripada njemu ili drugom.<sup>27</sup> Ovo gledište zastupa i sudska praksa.<sup>28</sup>

*Zapatero* smatra da se pretnje ili uvrede mogu smatrati napadom samo ukoliko ispunjavaju uslov koji se odnosi na zahtev da napad mora predstavljati stvarnu i neposrednu, predstojeću opasnost za pravna dobra.<sup>29</sup> Prema ovom stanovištu, napad čini i akt koji nagoveštava neizbežan, predstojeći napad. Doktrina problemu pretnji i uvredama kao obliku napada poklanja zasluženu pažnju, o čemu će biti više rečeno u delu rada koji je posvećen pravnim dobrima koja mogu biti predmet napada.

Napad je kao uslov za primenu instituta nužne odbrane ostvaren, bez obzira na okolnost da li je radnja napadača preduzeta sa krivicom.<sup>30</sup> To znači da se na nužnu odbranu može pozivati napadnuti koji je izložen napadu od strane lica koja nisu krivično odgovorna (npr. duševnih bolesnika), ili ukoliko se napadač nalazi u stanju neotklonjive zablude. Ako uzmemo u obzir pravno pravilo „ko može više može i manje”, dolazimo do zaključka da napadi preduzeti iz nehata takođe daju pravo učiniocu

25 SSTS 399/2003 od 13. 3. 2003.

26 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 208.

27 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia*, op.cit., s. 154.

28 SSTS 399/2003 od 13. 3. 2003.

29 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, 2007., Madrid, s. 120.

30 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 559.

da preduzme odbrambenu radnju. Kao primer nehatnog napada u teoriji se navodi sledeći slučaj: neko ko je nevešt u upravljanju bicikla vozi isti uskom stazom, pored koje se nalazi veoma vredan buket cveća, spremljen za izložbu. Vlasnik cveća vidi tu osobu da prilazi i shvata da će oštetiti ili uništiti buket. Da bi izbegao štetu gura biciklistu, tako da ovaj pada na drugu stranu staze.<sup>31</sup>

Sa druge strane, deo krivičnopravne literature ne prihvata u potpunosti nehatno preduzimanje protivpravnog napada kod nužne odbrane. Smatra se da isključivo umišljajne i tipično nehatne radnje mogu predstavljati radnju napada kod nužne odbrane. U gore navedenom primeru, vozač bicikla jeste neoprezan ali se njegova radnja ne može okarakterisati kao tipično nehatna radnja, iz čega proizilazi da nema karakter napada u smislu nužne odbrane.<sup>32</sup>

### 3. PRAVNA DOBRA KOJA MOGU BITI PREDMET NAPADA KOD NUŽNE ODBRANE

Prema načelnom stanovištu, nema ograničenja u pogledu podobnosti pojedinih dobara da budu objekt napada kod nužne odbrane, tj. svako pravno dobro može biti povređeno ili ugroženo protivpravnim napadom. Jezičkim tumačenjem odredbe o nužnoj odbrani, dolazimo do zaključka da dobra protiv kojih je usmeren napad mogu da pripadaju kako licu koje preduzima odbrambenu radnju, tako i trećem licu.

Pozivanje na nužnu odbranu je moguće u slučaju napada na život, telesni integritet, slobodu (uključujući slobodu kretanja, slobodu seksualnog opredeljenja, verske slobode itd.), privatnost, čast, imovinska prava, itd..<sup>33</sup> U imovinska prava koja su povređena ili ugrožena napadom, ubrajamo svojinu na nepokretnim i pokretnim stvarima, pravo na poslugu, posed (stan), itd..<sup>34</sup> Takođe, predmet napada kod nužne odbrane može biti i život koji se formira, što znači da svako može sprečiti abortus, čak i protiv

31 Luzon Pena, Aspectos esenciales de la legitima defensa, op. cit., s. 349.

32 isto, op. cit., str. 281.

33 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 84.

34 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, Derecho penal Espanol - parte general, op. cit., s. 557.

volje trudnice ukoliko se prekid trudnoće preduzima suprotno postojećim propisima.<sup>35</sup> Povredu ili ugrožavanje prava potraživanja i drugih relativnih prava ne možemo smatrati napadom u smislu nužne odbrane, na šta ukazuje član 455. Krivičnog zakonika Španije, već se poverilac mora obratiti sudu i zatražiti zaštitu.<sup>36</sup>

Napad na materijalna dobra se može odbiti pozivanjem na nužnu odbranu, samo pod uslovom da predstavlja delikt i ukoliko izazove ozbiljnu i neposrednu opasnost od oštećenja ili uništenja dobara, što redukuje mogućnost primene nužne odbrane povodom napada na imovinu.<sup>37</sup> U vezi sa tim, ističemo da je krivično delo neovlašćen ulazak u stan propisano u članu 202., dok je neovlašćen ulazak na posed sankcionisan članom 534. KZŠ.<sup>38</sup>

*Calderon* zauzima stav koji nije usamljen, prema kome se napad na opšta dobra, tj. dobra zajednice ili države ne može smatrati napadom u smislu nužne odbrane.<sup>39</sup> Ovaj pisac polazi od pretpostavke da nužna odbrana ima dvostruku funkciju i to: zaštitu individualnih dobara i zaštitu pravnog poredka. Drugim rečima, u slučaju napada na opšta dobra individualna dobra nisu ugrožena, a vršenje funkcije policije od strane građana može doneti više štete nego koristi. Očigledno pod uticajem argumenta da je i kod napada na dobra države reč o sukobu prava sa nepravom, ipak dozvoljava mogućnost zaštite pravnih lica i individualnih pravnih dobara koja pripadaju državi. Na primer, pojedinac može da brani dobra koja su u vlasništvu države (telefonsku govornicu). Slično tome, prema *Rodriguezu*, pravna dobra koja su isključivo opšta dobra, kao što je to bezbednost države, javni red, ne mogu se štititi pozivanjem na nužnu odbranu.<sup>40</sup> I ovaj autor prihvata mogućnost da pravna lica i njihova dobra mogu biti objekt

---

35 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 205.

36 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 270.

37 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 499.

38 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 161, 297.

39 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 205, Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 206.

40 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 558.

napada u smislu nužne odbrane, a zatim postavlja pitanje kvalifikovanja napada na pravno lice od strane organa pravnog lica u njemu.

Kao što je već rečeno, nesumnjivo je da materijalna dobra mogu biti izložena protivpravnom napadu u skladu sa članom 20. stav 4 KZŠ, uz sva ograničenja koja propisuje zakon. Sporno je pitanje bagatelnih napada, odnosno beznačajne vrednosti imovine koja je ugrožena. Sudska praksa je zauzela stav da se protivpravnim napadom smatraju i napadi na imovinu, koja je uzimajući u obzir njenu vrednost beznačajna. U tom smislu, preduzet je protivpravni napad i u slučaju da neko „*crpi benzin iz rezervoara tuđeg motocikla da bi se napunio upaljač*”.<sup>41</sup>

U krivičnopravnoj teoriji i sudskoj praksi, nije nesporno da li čast može biti objekt napada kod nužne odbrane. Prema stanovištu Vrhovnog suda Španije koje proizilazi iz velikog broja presuda, čast nije pravno dobro koje se može braniti. To znači da se ostvarenje krivičnog dela reagovanjem na uvredu ne može opravdati pozivanjem na nužnu odbranu. U prilog ovom stanovištu, sudovi iznose sledeće argumente: 1. kod napada na čast nema fizičke nasrtljivosti, 2. uvrede ne predstavljaju protivpravni napad bez obzira na njihovu ozbiljnost, što teorija krivičnog prava odlučno odbija.<sup>42</sup> Kao što smo videli, sudska praksa polazi od pretpostavke da isključivo život i telesni integritet treba zaštititi primenom odredbe o nužnoj odbrani, dok druga prava uživaju zaštitu samo ukoliko je njihova povreda ili ugrožavanje praćeno napadom na pomenute vrednosti. Doktrina ovo restriktivno viđenje problema odbacuje, jer sadržina napada kod nužne odbrane zavisi od karaktera pravnog dobra protiv koga je napad usmeren.<sup>43</sup> Prihvatanje suprotnog značilo bi ne samo da čast, već i druga značajna pravna dobra (npr. imovinska prava, stan itd.) ne mogu biti izložena napadu u smislu člana 20. stav 4 KZŠ. Treba naglasiti da ni sudska praksa o ovom problemu nema jedinstveno mišljenje, o čemu svedoči presuda *STS 2442/2001* od 18. decembra 2001. godine, u kojoj se izričito navodi čast kao dobro koje se može zaštititi pozivanjem na odredbu o nužnoj odbrani.<sup>44</sup>

41 STS 9. 4. 1965. – RA 1992, (Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 559.).

42 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa, septiembere-diciembre, op. cit. s. 858.

43 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, Derecho penal Espanol - parte general, op. cit., s. 560.

44 Julian Sanchez Melgar,Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 158-159.

U teoriji krivičnog prava preovladava shvatanje koje i mi prihvatamo kao ispravno, da je pravo na čast lično pravo svakog čoveka garantovano najvišim pravnim aktima svake države, i da je stoga neprihvatljivo izuzeti ga u pogledu zaštite primenom instituta nužne odbrane.<sup>45</sup> Uostalom, odredba zakonika o nužnoj odbrani ne postavlja nikakva ograničenja u pogledu dobara koja mogu biti povređena ili ugrožena protivpravnim napadom.

#### 4. NUŽNA POMOĆ

Član 20. stav 4 Krivičnog zakonika Španije ne ostavlja nikakvu sumnju u pogledu mogućnosti preduzimanja odbrambene radnje radi zaštite pravnih dobara drugog lica („u odbrani svojih prava ili prava drugog”). Shodno tome, teorija krivičnog prava ne dovodi u pitanje stanovište zakonodavca, jedinstveno se izjasnivši da je tzv. nužna pomoć dozvoljena.<sup>46</sup> Izvesno je da su uslovi za odbijanje napada od drugog istovetni zahtevima koji se postavljaju pred napadnutog pri odbrani sopstvenih prava, uključujući tu i subjektivni element nužne odbrane - odbrambenu volju.<sup>47</sup> To znači da lice koje štiti pravna dobra drugog treba da bude svesno protivpravnog napada kome je neko izložen, i da je svrha radnje koju preduzima odbijanje tog napada.<sup>48</sup>

Sporno je da li je nužna odbrana trećeg lica uslovljena saglasnošću tog lica ili učinilac može bez ograničenja da preduzme odbrambenu radnju. U teoriji je istaknuto smatramo pogrešno stanovište, prema kome je odbrana pravnih dobara koja pripadaju trećem licu uslovljena saglasnošću tog lica. Tako, *Calderon* navodi da nije dozvoljeno upotrebiti vatreno oružje protiv lica koje je učinilac krađe, ukoliko vlasnik stvari koja je ukradena ne želi da koristi ovo sredstvo za odbranu i radije bi izgubio svojinu na stvari nego da bude prouzrokovana smrt napadača.<sup>49</sup>

45 Luzon Pena, *Aspectos esenciales de la legitima defensa*, op. cit., s. 349.

46 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 571.

47 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 558.

48 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 562.

49 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 209.

Naše je mišljenje da se ovo shvatanje ne može prihvatiti, iako analiza navedenog primera ukazuje da je u određenoj meri logički opravdano. Smatramo da bi prihvatanje ponuđenog rešenja donelo više štete nego koristi zakonitoj i pravičnoj primeni instituta nužne odbrane. Postavlja se pitanje kako rešiti situaciju u kojoj lice kome pripada pravno dobro koje je ugroženo ili povređeno napadom, ima pogrešnu predstavu o postojanju napada ili njegovom intenzitetu. Osim toga, u pojedinim slučajevima učinilac ne može da zna kakva je volja trećeg lica u pogledu zaštite dobara koja mu pripadaju, što navodi i *Calderona* na zaključak da u navedenim okolnostima saglasnost napadnutog za preduzimanje odbrane nije potrebna (tzv. pretpostavljena saglasnost).<sup>50</sup> Upotreba oružja radi zaštite od krađe se ne može smatrati neophodnim za odbranu, iz čega proizilazi da gore navedeni primer nije opravdanje saglasnosti drugog lica kome se nužna pomoć pruža.

Dakle, može se reći da pružanje nužne pomoći drugom licu nije uslovljeno saglasnošću napadnutog, dok je eventualno prekoračenje granica nužne odbrane koje sugerše *Calderon*, poseban problem koji se odnosi na utvrđivanje uslova da odbrana mora biti neophodna. Ukoliko prihvatimo vladajuću koncepciju o dvostrukoj funkciji nužne odbrane, spoznaćemo da je protivpravni napad uperen ne samo protiv individualnih dobara pojedinca već i protiv pravnog poredka. Proizilazi da se ne može ostaviti izbor napadnutom da sudi o eventualnom preduzimanju odbrambene radnje, jer takvo rešenje ne bi zadovoljilo opšti interes za uspostavljanjem narušenog pravnog poredka. Uz to, interes lica koje odbija pomoć može biti suprotan njegovoj volji.

Pružanje nužne pomoći je dozvoljeno bez obzira na okolnost izazivanja napadača od strane napadnutog, pod uslovom da lice koje preduzima odbrambenu radnju nije provokator.<sup>51</sup>

Na kraju, kao što je moguće da lice koje preduzima odbrambenu radnju pruži pomoć drugom tj. napadnutom, nije teško zamisliti situaciju u kojoj je pravno dobro trećeg nezainteresovanog lica povređeno ili ugroženo odbranom napadnutog. Da li se i u tom slučaju učinilac krivičnog dela može pozvati na nužnu odbranu? Krivičnopravna literatura i sudska praksa su u vezi sa ovim problemom zauzeli stav da primena nužne odbrane

50 isto, op. cit., s. 209.

51 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 502.

nije opravdana.<sup>52</sup> Navedeno stanovište Vrhovnog suda Španije odnosi se na sučaj koji ćemo izložiti: optuženi je videvši da neko nanosi povredu njegovoj devojci u pokušaju da je zaštiti gađao istog kamenom, ali je slučajno pogodio treće lice koje je takođe pokušavalo da zaštiti devojku. *Espinar* se ne izjašnjava u pogledu pravne kvalifikacije ovog slučaja, iako se nameće zaključak da krivična odgovornost može biti isključena pozivanjem na stanje nužde.<sup>53</sup> Ovome treba dodati sledeće: logično je rešenje da se napadnuti može pozvati na član 20. stav 4 KZŠ, ukoliko napadač koristi za napad sredstvo koje je vlasništvo trećeg lica.<sup>54</sup> Na primer, neko puca u pneumatike vozila trećeg lica, jer automobil koristi učinilac krađe da pobjegne sa lica mesta.

## 5. PROTIVPRAVNOST NAPADA

Obzirom da zakonodavac u članu 20. stav 4. tačka 1 KZ Španije propisuje kao prvi uslov za primenu nužne odbrane protivpravnost napada, krivičnopravna literatura i sudska praksa zauzimaju jedinstven stav u pogledu neophodnosti utvrđivanja ovog uslova nužne odbrane. Pod protivpravnim napadom se podrazumeva svaka radnja koja je protivna pravnom poredku, što znači da nije potrebno da su propisi koji se krše krivičnopravnog karaktera, osim kada je u pitanju napad na materijalna dobra i stan.<sup>55</sup>

Prema preovlađujućem mišljenju teorije krivičnog prava, u prvom stavu člana 20. KZŠ najpre se postavlja opšti uslov čije ispunjenje je neophodno u slučaju odbrane bilo kog pravnog dobra – protivpravnost napada, a zatim se zakonodavac preciznije određuje u pogledu napada na imovinska dobra.<sup>56</sup> Iako je ovo stanovište vladajuće u literaturi, smatramo da u pravnotehničkom smislu nije prihvatljivo postavljati posebne uslove

52 STS 8. 10. 1971. – RA 3769, (Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal -parte general, op. cit., s. 573.).

53 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 207.

54 isto, op. cit., s. 207.

55 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, Codigo Penal Comentado, op. cit., s. 43.

56 isto, op. cit., s. 43, („Napad treba da bude protivan pravnom poredku, iako nije neophodno da je reč o kršenju Krivičnog zakonika osim u slučaju napada na materijalna dobra i stan.”).

u odnosu na protivpravnost napada koji je usmeren na imovinska dobra i stan.<sup>57</sup> Zakonodavac na taj način sugerise da su materijalna dobra odnosno stan dobra manjeg značaja od života, telesnog integriteta, slobode, časti i da stoga treba postaviti dodatne, strožije uslove za napad na ova dobra kod nužne odbrane. Moramo priznati da nam nisu u potpunosti razumljivi ciljevi koji se žele postići, određujući uslove za primenu nužne odbrane na naveden način.

Prema jednom shvatanju, pod pojmom *ilegitima agresion* (u doslovnom prevodu: nezakonit napad) se podrazumeva protivpravni napad (*agresion antijuridicidad*).<sup>58</sup> *Espinar* prihvata izjednačavanje opšteg pojma protivpravnosti sa protivpravnošću napada, ali istovremeno ukazuje na potrebu razlikovanja. Na primer, zadržavanje vozilom koje ometa normalno odvijanje saobraćaja, neplaćanje duga itd., nesumnjivo su protivpravna ponašanja ali ne daju pravo učiniocu dela da se pozove na nužnu odbranu, iz čega proizilazi da bi možda ispravnije bilo govoriti o krivičnoj protivpravnosti.<sup>59</sup> Pri tome, zaboravlja da lice koje preduzima protivpravni napad na drugog veoma često istovremeno postupa protivno normama drugih grana prava (npr. normama građanskog prava u vezi sa oštećenjem tuđe stvari itd.).

Protivpravnost napada ne znači da se radnjom koju preduzima napadač mora ostvariti krivično delo, dovoljno je da bude protivna pravu (osim u slučajevima kada zakon to izričito zahteva).<sup>60</sup> *Rodriguez* koristi sledeće primere kao ilustraciju: dete koje otac kažnjava, učenik koga nastavnik sankcioniše zbog nediscipline, lice kome sudski izvršitelji oduzimaju imovinu zbog neplaćenih obaveza, nemaju pravo na odbranu protiv „zla” koje im pretili, jer ovi postupci ne predstavljaju kršenje pravnih

57 Član 20. stav 4. tačka 1 KZŠ: „U slučaju odbrane dobara protivpravnim napadom će se smatrati napad na ista, kojim je učinjeno krivično delo ili izazvana ozbiljna i neposredna opasnost od oštećenja ili uništenja dobara. U slučaju odbrane stana protivpravnim napadom će se smatrati nedozvoljen ulazak u isti”.

58 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 561.

59 isto, op. cit., str. 558-559, („U meri u kojoj nužna odbrana pretpostavlja gubitak državnog monopola u upotrebi sile i daje široke mogućnosti intervencije u pravna dobra agresora, ovi stavovi su i napor da se garantuje taj karakter izuzetnosti. Ovaj cilj se postiže ograničenjem mogućnosti privatne odbrane samo pred najvažnijim protivpravnim napadima, većeg intenziteta, koji dovode u opasnost individualna pravna dobra koja uživaju zaštitu krivičnog prava: krivično protivpravni napad.”).

60 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., Madrid, s. 556.

propisa. U vezi sa napred navedenim, ovaj autor sa pravom izvodi zaključak da svojstvo nosioca funkcije vlasti nije dovoljno da bi se pravo na nužnu odbranu isključilo u slučaju preduzimanja protivpravnog napada.<sup>61</sup> Iz toga sledi, ukoliko policajac ili neko drugo lice koje je nosilac javne funkcije kršeći pravne norme u vezi sa službom ili nezavisno od posla koji obavlja preduzme protivpravni napad, lice koje se brani ima pravo da se pozove na član 20. stav 4 KZ Španije.

Kako lice koje preduzima odbrambenu radnju postupa u skladu sa zakonom, tj. saglasno pravu, opšteprihvaćeno je mišljenje u teoriji i praksi da nije dozvoljena nužna odbrana protiv nužne odbrane,<sup>62</sup> odnosno protiv delovanja u stanju nužde, ispunjavanja neke zakonske obaveze (npr. obaveze roditelja da brinu o deci), korišćenja nekog prava (npr. službenosti) ili vršenja službene dužnosti (npr. policajac lišava slobode učinioca krivičnog dela).<sup>63</sup>

Saglasno odredbi Krivičnog zakonika o nužnoj odbrani, protivpravnim napadom se smatra nedozvoljen ulazak u stan, dok se sa druge strane nedozvoljen boravak u stanu od strane zakupca koji ne plaća zakup, ne može kvalifikovati kao napad u smislu nužne odbrane. Proizilazi da zakupodavac ne može prinuditi nesavesnog zakupca da plati zakupninu ili da se iseli, već mora potražiti sudsku zaštitu.<sup>64</sup>

Najzad, pažnju posvećujemo i problemu pogrešne predstave učinioca u odnosu na navodni protivpravni napad koji pretili da ugrozi ili povredi neko pravno dobro. Na primer, neko lice ulazi u tuđi stan da bi koristio telefonski aparat radi obaveštavanja vatrogasaca o požaru, pri čemu „protivpravni ulazak” posmatra vlasnik stana ili neko treće lice odlučno da preduzme odbranu. Očigledno je krivična odgovornost lica koje ulazi u tuđi stan isključena stanjem nužde u skladu sa članom 20. stav 5 KZŠ, kao što je logično da se učinilac dela u tobožnjoj nužnoj odbrani pozove na odredbu o pravnoj zabludi iz člana 14. stav 3 Krivičnog zakonika Španije.<sup>65</sup> Problem

61 isto, op. cit., s. 562.

62 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, Manual de Derecho penal, op. cit., s. 208.

63 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho pena I- parte general, op. cit., s. 559.

64 isto, op. cit., s. 562.

65 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, Código penal con todas sus reformas comparados por artículos, op. cit. s. 38, („Neotklonjiva zabluda u pogledu zabranjenosti dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda otklonjiva izriče se manja kazna za jedan ili dva stepena”).

je kako utvrditi da li je u ovom slučaju reč o otklonljivoj ili neotklonljivoj pravnoj zabludi? Da li kao kriterijum treba koristiti objektivne okolnosti, tj. predvidivost prosečnog čoveka ili subjektivne mogućnosti pojedinca da uvidi pravo stanje stvari? *Olivares* smatra da u pomenutom slučaju postoji otklonjiva pravna zabluda i to uzimajući u obzir iskustvo, odnosno reagovanje prosečnog čoveka u navedenom slučaju.<sup>66</sup> O zabludi lica koje preduzima odbrambenu radnju, biće više rečeno u delu rada koji se odnosi na zahtev da napad kod nužne odbrane mora biti stvaran.

### 5.1. Izazvani napadi

Za razliku od krivičnog zakonodavstva Srbije ili Nemačke, zakonodavac u Španiji članom 20. stav 4. tačka 3 izražava svoj stav o problemu izazvane (provocirane) nužne odbrane, propisujući sledeći uslov za primenu ovog instituta: „*Izostanak dovoljne provokacije od strane napadnutog*”.<sup>67</sup> Provokacija je podsticanje, izazivanje protivpravne agresije.<sup>68</sup> Po svemu sudeći, samo provokacija određenog intenziteta isključuje pozivanje na nužnu odbranu, ili drugim rečima, postojanje provokacije ne znači automatski da se odredba o nužnoj odbrani ne može primeniti. Da li je u konkretnom događaju provokacija dovoljna zavisi od utvrđene srazmere, proporcionalnosti između provokacije sa jedne strane i izazvanog napada sa druge strane.<sup>69</sup> Razumljivo je što zakonodavac ne govori precizno o tome koji je to intenzitet provokacije potreban da bi se isključila nužna odbrana, već prepušta sudskoj praksi da to utvrdi uzimajući u obzir objektivne i subjektivne okolnosti svake pojedinačne krivične stvari.

U svakom slučaju, dovoljna provokacija je pravni standard čije ostvarenje znači da ne bi trebalo primeniti član 20. stav 4 Krivičnog zakonika Kraljevine Španije. Nedostatak dovoljne provokacije ne pripada

66 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 489-490.

67 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 41.

68 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 209.

69 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 500.

grupi osnovnih, temeljnih uslova za primenu nužne odbrane, poput protivpravnog napada ili neophodnosti odbrane. Proizilazi da postojanje provokacije ipak ne isključuje pozivanje učinioca na član 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika koji propisuje ublažavanje kazne (tzv. nepotpuna nužna odbrana).<sup>70</sup>

Dakle, može se reći da je uslov za primenu instituta nužne odbrane prethodna ocena da napadnuti nije izazvao napadača.<sup>71</sup> Čak i ukoliko se u konkretnom slučaju utvrdi da zbog intenziteta provokacije nije moguće isključiti krivičnu odgovornost, učinilac se može pozvati na tzv. nepotpunu nužnu odbranu, jer je izostanak dovoljne provokacije sporedni, manje značajan elemenat nužne odbrane.<sup>72</sup>

Krivičnopravna literatura je pokušala da doprinese rešavanju složenog problema izazvanog napada, utvrđivanjem kriterijuma koji se mogu koristiti u pojedinačnim slučajevima. *Zapatero* kao i *Olivares* smatra da nije prihvatljivo isključiti krivičnu odgovornost učinioca koji je ostvario delo odbijajući protivpravni napad, ukoliko je „*provokacija adekvatna i proporcionalna napadu tj. ona koja kod lica izaziva agresivnu reakciju*”.<sup>73</sup> Nema sumnje da se ovo stanovište može načelno prihvatiti, jer polazi od ispravne pretpostavke da ukoliko bezazlena provokacija izazove protivpravni napad na život ili neko drugo značajno pravno dobro provokatora, nije opravdano uskratiti mu pravo da se brani, odnosno isključiti primenu člana 20. stav 4 Krivičnog zakonika. Ovo stanovište zauzima i Vrhovni sud presudom *STS 2442/2001* od 18. decembra 2001. godine.<sup>74</sup>

Korak dalje učinio je *Berenguer*, stavom da „*treba razlikovati provokaciju od davanja povoda ili prilike*”.<sup>75</sup> Drugačije rečeno, ne postoji provokacija u smislu člana 20. stav 3 bez obzira na okolnost očiglednog

---

70 Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, op. cit., s. 928.

71 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 85.

72 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, Manual de Derecho penal, op. cit., s. 209.

73 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, Comentarios elCodigo penal, op. cit., s. 121

74 Julian Sanchez Melgar, Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 153.

75 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 85.

doprinosu napadu postupcima napadnutog. Na primer, navijač poseti restoran za koji je znao da je omiljeno mesto okupljanja pristalica rivalskog kluba. U ovom slučaju izazvanom nije dozvoljeno pozivanje na nužnu odbranu, odnosno dužan je da trpi „provokaciju”. Štaviše, ukoliko se ipak ne uzdrži od napada, izazivač ima pravo na nužnu odbranu koje nije ograničeno.

Međutim, kako postupiti ukoliko lice koje preuzima odbrambenu radnju, ima pogrešnu predstavu o ozbiljnosti napada (provokacije)? U tom slučaju će postojati tzv. putativna nužna odbrana, koja se definiše kao pogrešna predstava učinioca o postojanju faktičkih i normativnih obeležja ovog instituta, zbog čega se njegova krivična odgovornost isključuje primenom člana 14. stav 3 KZŠ.<sup>76</sup> Za razliku od našeg krivičnog zakonodavstva, koje u slučaju putativne nužne odbrane propisuje primenu odredbe o stvarnoj zabludi kao osnovu koji isključuje krivično delo, zakonodavac u Španiji prihvata drugačije rešenje ovog problema. Stvarna zabluda se odnosi isključivo na pogrešnu predstavu u pogledu obeležja bića krivičnog dela,<sup>77</sup> dok se učinilac dela u putativnoj nužnoj odbrani može osloniti na primenu člana 14. stav 3 Krivičnog zakonika koji reguliše pravnu zabludu.<sup>78</sup>

Prema jednom shvatanju, napadnuti se ne može pozivati na nužnu odbranu ukoliko namerno izazove drugo lice, kako bi tobože braneći se od protivpravnog napada povredio ili ugrozio neko napadačevo pravno dobro.<sup>79</sup> Calderon polazi od toga da napadnuti zloupotrebljava pravo i zaključuje da se mora isključiti primena nužne odbrane. Na primer, izazivač otkriva svoju emotivnu vezu sa suprugom izazvanog, znajući za njegovu ljubomoru i agresivno ponašanje. Namerna provokacija se može manifestovati kao direktan umišljaj izazivača, što smo i pokazali u navedenom primeru, ali i

---

76 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 121.

77 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit. s. 38 (Član 14. stav 1 glasi: „*Neotklonjiva zabluda o nekom konstitutivnom obeležju dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda uzimajući u obzir kako objektivne okolnosti tako i subjektivne okolnosti koje se odnose na učinioca otklonjiva, krivično delo je kažnjivo kao nehatno.*”).

78 isto, op. cit., s. 38, (Član 14. stav 3. glasi: „*Neotklonjiva zabluda u pogledu zabranjenosti dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda otklonjiva izriče se manja kazna za jedan ili dva stepena*”).

79 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*, op. cit., s. 44.

kao eventualni umišljaj.<sup>80</sup> Pridružujemo se vladajućem stanovištu o ovom problemu, jer ne bi bilo opravdano dozvoliti namernom provokatoru da pod izgovorom nužne odbrane povredi ili ugrozi pravna dobra izazivača.

Španska krivičnopravna doktrina pokušala je da odgovori na pitanje, da li je pravo na nužnu odbranu lica koje je izloženo namernoj provokaciji neograničeno ili ga treba ograničiti i koji su to slučajevi. Drugim rečima, da li je u potpunosti isključena nužna odbrana lica za koje je utvrđeno da je namerni provokator. Prema *Calderon Cerezu*, nije opravdano u potpunosti isključiti pravo namernog provokatora da se brani, već treba primenu člana 20. stav 4 KZŠ ograničiti na slučajeve u kojima nije moguće izbeći napad.<sup>81</sup> Provokator, dakle, ima obavezu da se povuče pred izazvanim napadačem, da se spasi ponižavajućim bekstvom. Moramo priznati da napred navedeno rezonovanje o ograničenoj nužnoj odbrani kod namerene provokacije ima logičnu opravdanost, jer polazi od pretpostavke da nije ispravno da pravna dobra namernog provokatora budu bez ikakve zaštite, ali se ipak ne može prihvatiti.

Sa druge strane, ukoliko je provokacija napadača posledica neopreznosti tj. nehata provokatora, preovlađujući stav u nauci je da izazvač ima pravo da se brani, odnosno da je protivpravan napad koji preduzima izazvani.<sup>82</sup> *Ratio legis* ovog shvatanja leži u okolnosti da cilj provokacije nije bio da izazove napad. Treba napomenuti da pojedini teoretičari osporavaju mogućnost da izazivanje napada bude rezultat neopreznosti.<sup>83</sup> Iako nehatno izazivanje napada ne isključuje nužnu odbranu izazivača, njen obim trebalo bi ograničiti na isti način kako se to čini u pogledu slučajnog napada: 1. reakcija napadnutog treba da bude proporcionalna napadu, 2. ukoliko nije moguće na drugi način odbiti napad treba preduzeti bekstvo i 3. treba koristiti manje opasna sredstva, bez obzira na okolnost da takav način odbrane podrazumeva veći rizik od povrede napadnutog.<sup>84</sup>

Slično namernoj provokaciji (direktan i eventualan umišljaj),

80 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 570.

81 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 208.

82 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios elCodigo penal*, op. cit., s. 121.

83 Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, op. cit., s. 928.

84 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 207-208.

nehatno izazivanje napada je moguće kao svesno i nesvesno nehatno. Svesno nehatno provociranje je ostvareno ukoliko je izazivač svestan da njegovo ponašanje može da izazove agresivnu reakciju izazvanog, dok nesvesni nehatni oblik provokacije postoji u suprotnom, kada nije svestan te mogućnosti.<sup>85</sup> Primer za svesno nehatno izazivanje napada je sledeći događaj: da bi zauzeo sedište u autobusu koji ga prevozi do radnog mesta izazivač nastupa neoprezno, ne vodeći računa o drugim putnicima koji su takođe nervozni zbog kašnjenja autobusa. Ljut zbog drskog ponašanja, prilazi mu jedan od putnika (izazvani) da bi se fizički obračunao sa njim. *Espinar* predlaže da se nehatno izazivanje napada, naročito u slučajevima kada provokator nije svestan posledica provokacije koju čini, kvalifikuje kao nepotpuna nužna odbrana primenom stava 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika Španije.<sup>86</sup>

Ako provokativno ponašanje samo po sebi predstavlja protivpravni napad, očigledno je da provocirano lice ima pravo da se pozove na nužnu odbranu.<sup>87</sup> Nasuprot tome, odgovornost izazivača ne može biti isključena primenom člana 20. stav 4 KZŠ, jer bi to značilo nepriznavanje polazne pretpostavke u svim raspravama o nužnoj odbrani, po kojoj pravo ne može ustuknuti pred nepravom. Na taj način doveli bi u sumnju nepodeljeno mišljenje krivičnopravne literature i sudske prakse da nije dozvoljena nužna odbrana na nužnu odbranu.<sup>88</sup> Dakle, izazivač je napadač koji preduzima protivpravni napad (provokacija je napad), a izazvani ima status napadnutog lica koje ima pravo na odbranu. Ovo se ne može osporiti, ali razmatranje uticaja provocirane nužne odbrane treba ograničiti na slučajeve preduzimanja odbrambene radnje u vreme kada je provokacija već dovršena. Tako, polazeći od istovremenosti napada kao uslova za primenu nužne odbrane, *Calderon* dolazi do sledećeg zaključka: prethodnom ponašanju izazivača se može dati značaj provokacije, samo pod uslovom da nije ostvaren uslov istovremenosti ponašanja provokatora i reakcije izazvanog lica.<sup>89</sup> U suprotnom, protivpravna provokacija se kvalifikuje kao

85 Iglesias Rio, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legitima defensa*, 1999., Granada, s. 471.

86 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 571.

87 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*, op. cit., s. 44.

88 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 556.

89 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op.

protivpravni napad, dok je reagovanje izazvanog nesumnjivo legitimna odbrana.

Sporno je da li prilikom utvrđivanja izostanka dovoljne provokacije u svakom pojedinačnom slučaju, treba uzeti u obzir samo objektivne pokazatelje o njenom intenzitetu ili je neophodno analizirati subjektivni doživljaj provokacije od strane izazvanog, tj. uticaj koji ona ima na njegovo ponašanje - preduzimanje napada. Prema jednom shvatanju, dovoljnom provokacijom se smatra ona koja bi kod većine ljudi izazvala agresivnu reakciju.<sup>90</sup> Ukoliko bi presudnu ulogu pri proceni da li je provokacija u pojedinim krivičnim stvarima dovoljna imalo subjektivno viđenje kritične situacije od strane izazvanog, granice primene nužne odbrane bi bile isuviše široko postavljene, neodređene i što je još važnije, na taj način omogućili bi zloupotrebu ovog instituta od strane tobože isprovociranih napadača. Proizilazi da je za ocenu dovoljne provokacije u konkretnim slučajevima ključno viđenje ponašanja provokatora od strane prosečnog čoveka, tj. kako bi on reagovao u situaciji u kojoj se našao izazvani. Objektivni kriterijum za utvrđivanje dovoljne provokacije prihvata i Vrhovni sud Španije u presudi *STS 2442/2001* od 18. decembra 2001. godine („*obično se smatra dovoljnom provokacijom ona koja bi većinu ljudi navela na jednu agresivnu reakciju*”).<sup>91</sup> Subjektivni doživljaj provokacije od strane izazvanog pri oceni provokacije može poslužiti kao pomoćni kriterijum.

## 6. ISTOVREMENOST NAPADA

Krivični zakonik Španije u članu 20. stav 4 koji reguliše ovaj institut, ne pominje izričito kao uslov za isključenje krivične odgovornosti okolnost da napad mora biti istovremen sa odbranom („*neposredna opasnost od oštećenja ili uništenja dobara*”). Uprkos tome, doktrina i sudska praksa nemaju nedoumica kada je u pitanju ispunjenje uslova istovremenosti (*actual*) napada i odbrane.<sup>92</sup>

---

cit., s. 209.

90 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 85, Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 208.

91 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 153.

92 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios elCodigo*

Napad je istovremen sa odbranom za vreme njegovog trajanja, dok prestanak napada znači da uslov istovremenosti nije ostvaren, pod pretpostavkom da učinilac nastavi da preduzima odbranu.<sup>93</sup> „*Da bi primena nužne odbrane bila moguća u bilo kojoj varijanti, neophodno je da između napada i odbrane postoji jedinstvo događaja, jer ako je napad prestao radnja napadnutog prestaje da bude odbrana i postaje osveta (STS 1861/2001 od 17. oktobra 2001. godine).*”<sup>94</sup> Za utvrđivanje prestanka napada u konkretnim slučajevima nije od značaja da li je napadač svojom voljom okončao napad ili je to učinio usled efikasne odbrane koja je odbila napad.<sup>95</sup>

Slično mišljenju koje preovladava u našoj teoriji, napad je istovremen i ukoliko neposredno predstoji. Tako, protivpravni napad je istovremen od momenta započinjanja krivičnog dela od strane napadača ili kada isti prouzrokuje neposrednu (*inminente* - neposrednu, predstojeću) opasnost od uništenja ili oštećenja dobara.<sup>96</sup> Ovo stanovište zastupa i sudska praksa.<sup>97</sup> Po svemu sudeći, napadnuti ima pravo da se brani od trenutka kada napadač svojim stavom nagovesti da će doći do povrede pravnog dobra,<sup>98</sup> odnosno do okončanja napada koji traje (kod trajnih krivičnih dela sve do okončanja protivpravnog stanja).<sup>99</sup> Jasno je da preventivna odbrana od budućih napada nije dozvoljena: „*Predmet odbrane nije napad koji bi mogao da se izvede u budućnosti, jer postoje i drugi načini odbrane dobara kojima preči opasnost*”.<sup>100</sup> Uostalom, zakonska odredba o nužnoj odbrani

---

penal, op. cit., s. 120.

93 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, *Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa*, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, septiembre-diciembre, op. cit., s. 858, Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 206.

94 Julian Sanchez Melgar, *Código penal - comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 153.

95 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 563.

96 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 84, Iglesias Rio, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legítima defensa*, op. cit., s. 139.

97 STS 1685/2001 od 29. 2. 2001.

98 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Código penal*, op. cit., s. 120.

99 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 204.

100 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*,

govori o „sprečavanju” napada koji neposredno predstoji ili „odbijanju” napada koji traje.

Iako *Olivares* načelno prihvata da se sa okončanjem napada gubi pravo napadnutog da uzvrati napadaču, ipak odobrava da to izuzetno bude dozvoljeno pod uslovom da postoji hronološka povezanost odbrane i napada, tj. ukoliko je odbrana preduzeta neposredno po okončanju napada.<sup>101</sup> Na primer, lice A je bilo izloženo fizičkom napadu i tom prilikom su mu nanete telesne povrede, usled čega reaguje i uzvrća napadaču. Naše je mišljenje da ovo stanovište nije opravdano, jer bi njegovo prihvatanje u potpunosti obesmisllilo vremenski uslov nužne odbrane i suviše proširilo granice primene ovog instituta.

Uopšteno govoreći, utvrditi da napad neposredno predstoji je faktičko pitanje na koje odgovor treba dati analizom pojedinačnih krivičnih stvari. U načelu se može prihvatiti da napad neposredno predstoji, ukoliko napadač svojim stavom nagovesti započinjanje napada. Međutim, kao što će u izlaganjima koja slede biti ukazano, moguće je zamisliti situaciju da napad neposredno predstoji iako napadač nije preduzeo neku delatnost u vezi sa budućim napadom.

*Espinar* uslov istovremenosti analizira tumačenjem presude Vrhovnog suda Španije STS 20. 7. 1993; RA 6409: „*Posle ranijeg incidenta oštećeni se posle izvesnog vremena vraća na mesto događaja i počinje da gura kiosk, na taj način izaziva neposrednu opasnost za optuženog koji je rukovao posudom u kojoj se nalazilo pet litara vrelog ulja, što bez sumnje predstavlja napad, ali u svakom slučaju stvara situaciju nesumnjive opasnosti. Stoga, optuženi je opravdano preduzeo mere da odbije napad*”.<sup>102</sup>

*Calderon* pri oceni istovremenosti napada koristi interesantan kriterijum koji možemo nazvati „*mogućnost odbrane dobara*”. Može se reći da ukoliko je učinilac krađe u blizini vlasnika ili trećeg lica koje pruža nužnu pomoć (čak i ako je započeo bekstvo), odbrana je istovremena sa napadom.<sup>103</sup> Iako se ovaj pisac ne izjašnjava direktno o tome, proizilazi da

op. cit., s. 487.

101 isto, op.cit., s. 487.

102 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 571, („*Posrazumevajući pod istovremenim kako napad koji pretpostavlja neposrednu blizinu povrede pravnog dobra koje je u opasnosti, tako i napad koji traje*”).

103 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 204.

vlasnik, držalac stvari ili treće lice nemaju pravo da preduzmu odbrambenu radnju i povrate stvar ako po isteku određenog vremenskog perioda od oduzimanja stvari na ulici prepoznaju učinioca krađe, odnosno stvar koja je predmet krađe.

Prema shvatanju koje zastupa *Rodriguez*, istovremenost napada treba utvrđivati uzimanjem u obzir analize događaja iz perspektive napadnutog tj. *ex ante*. Na primer, ako je napadnuti izložen udarcu šakom, razumno je očekivati da predstoje pokušaji da bude povređen, tj. serija udaraca.<sup>104</sup> Ne može se prihvatiti subjektivno viđenje događaja od strane lica koje preduzima odbranu kao pomoćni kriterijum pri utvrđivanju istovremenosti napada, jer bi to značilo dvostruko uračunavanje iste okolnosti: pri oceni istovremenosti napada i utvrđivanju putativne nužne odbrane.

Vremenski uslov nužne odbrane može biti ostvaren i kod anticipirane odbrane, tj. postavljanja zaštitnih mehanizama kao što su zamke, detonatori, psi ili automatsko oružje koji se koriste protiv eventualnog napadača. Uslov je da se ovi mehanizmi aktiviraju za vreme trajanja napada ili u trenutku kada napad neposredno predstoji.<sup>105</sup> Ako se pomenuti mehanizmi zaštite iz bilo kog razloga aktiviraju pre vremena započinjanja napada, pre vremena neposredno predstojećeg napada ili posle okončanja napada, rizici od povrede idu na teret lica koja ih postavljaju. Isto se može reći za rizik od neproporcionalnosti povrede koja je prouzrokovana napadaču.

Interesantno je shvatanje da kod uvrede uslov istovremenosti ne može biti ispunjen, jer ovaj delikt pripada grupi krivičnih dela koja su svršena preduzimanjem radnje izvršenja, tj. reč je o delu koje nema posledicu. Proizilazi da se protiv jedne uvrede ne treba braniti drugom uvredom, jer bi to predstavljalo osvetu.<sup>106</sup> *Puig* odbacuje navedeno stanovište: „*U mnogim slučajevima, kada žrtva ima mogućnost da se brani napad je već prestao i stoga više nije istovremen. Ali to ne znači da istovremeni napad na čast nije moguć*”.<sup>107</sup>

104 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 206.

105 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 562.

106 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 204.

107 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, *Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa*, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, septiembre-diciembre, op. cit., s. 862.

Pretnja se može smatrati istovremenim napadom, samo pod uslovom da podrazumeva neposrednu opasnost od povrede pravnog dobra koje je ugroženo.<sup>108</sup> Prema *Espinaru* „obično agresivno gestikuliranje rukama” ne znači da je preduzet istovremeni napad.<sup>109</sup> Naše je mišljenje da u navedenom primeru ne postoji napad kao osnovni uslovu nužne odbrane, iz čega proizilazi da je postavljanje pitanja istovremenosti izlišno.

## 7. NAPAD MORA BITI STVARAN

U tekstu zakonika koji reguliše nužnu odbranu se pominje uslov da opasnost od napada mora biti ozbiljana (*grave peligro*), i to u prvom delu stava 1. člana 20. KZŠ koji propisuje uslove čije ispunjenje se mora utvrditi u pogledu protivpravnog napada. Uslov nužne odbrane koji se odnosi na zahtev da napad bude stvaran možemo odrediti i na negativan način: ukoliko napad koji navodno ugrožava napadača nije realan tj. ozbiljan, ne može se govoriti o isključenju krivične odgovornosti navodno napadnutog.<sup>110</sup> Štaviše, uzimamo da postoji tzv. putativna nužna odbrana na koju se primenjuju pravila o zabludi propisana u članu 14. Krivičnog zakonika Španije.<sup>111</sup>

Kao što je već rečeno, stvarna zabluda se u španskom krivičnom zakonodavstvu odnosi na pogrešnu predstavu učinioca o obeležjima bića krivičnog dela i isključuje krivičnu odgovornost ukoliko je neotklonjiva.<sup>112</sup> Slično rešenju koje nudi zakonik u našoj zemlji, delo učinjeno u otklonjivoj zabludi se kažnjava kao nehatno (član 14. stav 1 KZŠ).<sup>113</sup> Za razliku od

108 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 120.

109 SSTS 21. 3. 2003. – RA 2678, SSTS 22.1. 2001. – RA 458, 30.1. 1998. – RA 102, 3.4. 1996. – RA 2867, 7.4.1993. – RA 3057, (Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 562).

110 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*, op. cit., s. 43.

111 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 84.

112 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit. s. 38, (Član 14. stav 1 glasi: „*Neotklonjiva zabluda o nekom konstitutivnom obeležju dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda uzimajući u obzir kako objektivne okolnosti tako i subjektivne okolnosti koje se odnose na učinioca otklonjiva, krivično delo je kažnjivo kao nehatno.*”).

113 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas*

toga, pogrešna predstava napadnutog o postojanju napada ima za posledicu mogućnost primene člana 14. stav 3 Krivičnog zakonika koji propisuje pravnu zabludu: „*Neotklonjiva zabluda u pogledu zabranjenosti dela isključuje krivičnu odgovornost. Ukoliko je zabluda otklonjiva izriče se manja kazna za jedan ili dva stepena*”.<sup>114</sup> Sažeto rečeno, ukoliko učinilac uzimajući u obzir sve okolnosti konkretne krivične stvari nije mogao znati da napad nije ozbiljan, isključena je njegova krivična odgovornost u pogledu dela koje učini odbijajući navodni napad. Suprotno tome, ukoliko je pogrešna predstava u pogledu napada otklonjiva, odgovaraće za nehatno izvršenje krivičnog dela, a zabludu sud uzima u obzir kao okolnost koja ublažava (*atenuante*) kaznu primenom člana 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika Španije.<sup>115</sup> Dakle, putativna nužna odbrana podrazumeva pogrešnu predstavu koja se odnosi kako na faktičke (ozbiljnost napada) tako i na normativne pretpostavke (pravo na odbranu),<sup>116</sup> i rešava se primenom pravila o neotklonjivij i otklonjivoj pravnoj zabludi.<sup>117</sup>

Može se uzeti da pravna zabluda postoji i ako lice koje preduzima odbrambenu radnju ima pogrešnu predstavu u pogledu neophodnosti odbrane. Interesantno je stanovište Vrhovnog suda Španije prema kome sudovi treba da koriste blaže kriterijume pri utvrđivanju neotklonjive zablude o neophodnosti odbrane, pre svega poredeći ovu situaciju sa zabludom u pogledu postojanja napada.<sup>118</sup> Rezonovanje Vrhovnog suda polazi od pretpostavke da „*pravo treba da obezbedi veću zaštitu licu koje nije izazvalo nikavu opasnost za svoja pravna dobra*”. Mislimo da insistiranje na različitom tretiranju navedenih situacija zablude lica koje preduzima odbranu, iako logički opravdano može proizvesti pravnu nesigurnost. Naime, ako učinilac ima pogrešnu predstavu o preduzimanju napada, po prirodi stvari čini se kvalitativna razlika između zablude u kojoj se eventualno nalazi i zablude lica koje je zaista napadnuto u pogledu

---

comparados por artículos, op. cit., s. 38.

114 isto, op.cit., str. 38.

115 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, Manual de Derecho penal, op. cit., s. 207-208.

116 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, Comentarios elCodigo penal, op. cit., s. 121.

117 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, Parte General del Derecho Penal, op. cit., s. 489.

118 Julian Sanchez Melgar, Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 157.

neophodnosti odbrane. Stoga, stanovište Vrhovnog suda predstavlja „kucanje na otvorena vrata” i njegova primena u praksi mogla bi dovesti do kontraefekta tj., nejednakog tretmana lica koje ima pogrešnu predstavu o neophodnosti odbrane.

Problem je kako utvrditi da u konkretnom slučaju postoji otklonjiva ili neotklonjiva zabluda, tj. da li radi postizanja tog cilja koristiti isključivo objektivne pokazatelje ili treba uzeti u obzir i subjektivne kriterijume, odnosno mogućnost predviđanja učinioca obzirom na njegove godine, iskustvo, fizičke i intelektualne sposobnosti, obrazovanje itd.. Na primer, lice A nanese povredu licu B koje je uzelo sat sa stola, jer je imao pogrešnu predstavu koja se odnosi na nameru lica B da ostvari krivično delo krađe. *Olivares* zauzima stanovište da je pravilno uzeti u obzir samo objektivne kriterijume prilikom utvrđivanja postojanja neotklonjive zablude, tj. predvidivost prosečnog čoveka koji bi po njegovom mišljenju u navedenoj situaciji prepoznao stvarnu nameru lica B, iz čega proizilazi da je reč o otklonjivoj zabludi.<sup>119</sup>

Sve što je rečeno o putativnoj nužnoj odbrani tj. o pravnoj zabludi, primenjuju se i u slučaju nepodobnog pokušaja krivičnog dela.<sup>120</sup> Na primer, osoba A preti osobi B pištoljem, pri čemu napadnuti nema svest o tome da oružje ne može da opali. Osoba B uplašena za svoj život upotrebljava sopstveno oružje i lišava života napadača, verujući da deluje u nužnoj odbrani. Treba naglasiti da o ovom problemu ne postoji jedinstveno mišljenje u teoriji krivičnog prava i sudskoj praksi.

## 8. NEOPHODNOST ODBRANE

Pored protivpravnosti i istovremenosti napada, neophodnost odbrane je ključni uslov primene člana 20. stav 4 KZ Španije, čije se ispunjenje mora utvrditi bez obzira da li je reč o tzv. potpunoj ili nepotpunoj nužnoj odbrani. Uz to, prekoračenje granica nužne odbrane je tesno povezano sa odsustvom neophodnosti odbrane, o čemu će u ovom radu biti više rečeno u izlaganjima koja slede. Uprkos značaju koji nesumnjivo

119 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 489.

120 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 561.

ima, zakonodavac u odredbi kojom propisuje uslove za pozivanje na nužnu odbranu ne pominje izričito zahtev za neophodnošću odbrane. U zakonskom tekstu upotrebljena je reč neophodnost (*necesidad*), ali u kontekstu upotrebe sredstava odbrane („*Neophodnost razumne upotrebe sredstava radi sprečavanja ili odbijanja napada*”).<sup>121</sup> U teoriji i praksi je nepodeljeno mišljenje da se učinilac ne može pozvati na nužnu odbranu kao osnov isključenja krivične odgovornosti, ukoliko odbrambena radnja koju je preduzeo nije bila neophodna.<sup>122</sup>

Određiti u kojim slučajevima je odbrana od protivpravnog napada neophodna, ne možemo postići postavljanjem opšteg pravila koje bi važilo u svim slučajevima: „*reč je o komplikovanoj proceni koja podrazumeva jedan fleksibilni kriterijum proporcionalnosti i uzimanje u obzir okolnosti u kojima su se našli kako napadnuti tako i napadač*”.<sup>123</sup> U rešavanju problema neophodnosti odbrane teorija polazi od pretpostavke da je reč o sukobu interesa napadnutog i napadača, pri čemu pravo treba da zaštiti kako jednog tako i drugog. Tako, Puig ističe potrebu da se omogući efikasna zaštita pravnih dobara od protivpravnog napada, iz čega proizilazi da se ne može od lica koje preduzima odbranu zahtevati da detaljno analizira situaciju i uvek preduzme sredstvo odbrane koje bi bilo najmanje štetno za interese napadača.<sup>124</sup> Istovremeno, ovaj autor sa pravom smatra da ni dobra napadača bez obzira na protivpravni napad ne mogu ostati u potpunosti bez zaštite, tj. prepuštena milosti napadnutog koji se brani: „*Dozvoliti licu koje je žrtva napada da učini sve što je neophodno da bi ga odbio, ne znači davanje dozvole da se nanese bilo kakva povreda dobrima napadača*”.<sup>125</sup>

Neophodnost odbrane procenjuje se uzimanjem u obzir svih okolnosti konkretne krivične stvari, odnosno ponašanja objektivnog posmatrača tj., prosečnog čoveka koji se stavlja u situaciju učinioca u trenutku napada.<sup>126</sup> Subjektivno mišljenje napadnutog o neophodnosti

121 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 41.

122 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 121.

123 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 85.

124 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, *Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa*, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, septiembre-diciembre, op. cit., s. 862.

125 isto, op. cit., str. 862.

126 Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo, *Codigo Penal Comentado*,

odbrane nije relevantno, ali može imati značaja pri proceni da li su ispunjeni uslovi za postojanje pravne zablude, koja kao što smo istakli može biti otklonjiva i neotklonjiva.<sup>127</sup>

Suprotno tome, smatra se da je neophodnost odbrane uslovljena i psihičkim odnosom učinioca prema delu, tj. oblikom krivice: „*kada se utvrđuje uslov neophodnosti odbrane nije irelevantan ni način ponašanja napadnutog, umišljajno ili nehatno postupanje*”.<sup>128</sup> Stoga, ako je rezultat odbrane smrt napadača, njena neophodnost zavisi od okolnosti da li je radnja lišavanja života preduzeta sa umišljajem ili nehatom. Na primer, ukoliko napadač sa umišljajem puca u vitalne delove tela i lišava života napadača, može se uz ispunjenje ostalih uslova govoriti o prekoračenju nužne odbrane. Sa druge strane, nehatno ubistvo ne isključuje neophodnost odbrane bez obzira na okolnost što je u konkretnom slučaju povod za fizički obračun napad na čast učinioca.<sup>129</sup> Na primer, napadnuti je izložen uvredama koje su praćene pretnjama da će mu naneti povredu, zbog čega uzima oružje sa namerom da upozori i odvraća napadača. Zbog napetosti koja je izazvana okolnostima događaja, on nepažljivo rukujem oružjem (želi da ispali hitac upozorenja) i nanosi smrtonosne povrede napadaču. Pri oceni neophodnosti odbrane u ovom i sličnim slučajevima treba polaziti od preduzete odbrambene radnje (hitac upozorenja), a ne od posledice odbrane koji nije rezultat namere.<sup>130</sup>

### 8.1. Neophodnost racionalne upotrebe sredstva

Najvažniji kriterijum za ocenu neophodnosti odbrane propisuje zakonodavac u članu 20. stav 4. tačka 2 KZŠ: „*Neophodnost racionalne*

---

op. cit., s. 43.

127 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 121, Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 489.

128 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 567.

129 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, *Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa*, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, septiembre-diciembre, op. cit., s. 863.

130 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 568.

*upotrebe sredstava radi sprečavanja ili odbijanja napada*”.<sup>131</sup> Međutim, pogrešno bi bilo zaključiti da je analiza upotrebe sredstava odbrane jedini način da se utvrdi neophodnost odbrane u konkretnom događaju. Proizilazi da između neophodnosti racionalne upotrebe sredstava odbrane i neophodnosti odbrane ne stoji znak jednakosti. Pored toga, u slučaju da sud zaključi da odbrana u konkretnom slučaju nije neophodna, ne može se govoriti o nužnoj odbrani, dok izostanak racionalne upotrebe sredstava odbrane proizvodi isti efekat, ali ne isključuje mogućnost pozivanja na tzv. nepotpunu nužnu odbranu, tj. primenu člana 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika Španije.<sup>132</sup> Napred navedeno se može kritikovati primedbom, da dosledno prihvatanje rezonovanja doktrine i prakse znači mogućnost da odbrana bude neophodna, iako u konkretnom slučaju sredstvo odbrane nije racionalno upotrebljeno za sprečavanje ili odbijanje napada.

Neophodnost racionalne upotrebe sredstava odbrane ne možemo poistovetiti sa proporcionalnošću intenziteta napada i odbrane, tj. zla koje može prouzrokovati protivpravni napad i zla koje je naneto odbranom.<sup>133</sup> Braneći svoj stav *Rodriguez* ističe da je nužna odbrana pravo priznato od strane države, čija je suština zaštita prava u sukobu sa nepravom. Na ispravnost ovog mišljenja ukazuje i propisivanje nužne odbrane kao osnova koji isključuje krivičnu odgovornost, uprkos postojanju stanja nužde koje se odlikuje proporcionalnošću zla koje preči i zla koje je učinjeno, zaključuje ovaj autor.

Takođe, racionalnost upotrebljenih sredstava ne znači da između sredstava koja koristi napadač i odbrambenih sredstava mora postojati ekvivalentnost.<sup>134</sup> Ovo stanovište je smatramo opravdano, jer bi prihvatanje suprotnog značilo neravnopravan položaj napadnutog koji preduzima odbranu. Naime, može se dogoditi da lice koje napada drugog bude fizički snažnije, da poseduje znanje borilačkih veština ili da je jednostavno spretniji u pogledu korišćenja sredstava napada. Na primer, radnik u mesari upotrebi mesarski nož za napad na neko lice sa namerom da ga liši života. U ovoj

131 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 41.

132 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 497.

133 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 563.

134 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 120.

situaciji racionalnom upotrebom sredstva smatraće se i korišćenje vatrenog oružja radi odbrane svog života, tj. odbijanja protivpravnog napada.

Smisao racionalne upotrebe sredstava odbrane, pre svega je izbor onog sredstva koje će u najmanjoj meri povrediti pravna dobra napadača i istovremeno omogućiti sprečavanje ili odbijanje napada.<sup>135</sup> Ne može se tražiti od napadnutog da upotrebi ona sredstva odbrane za koja nije sigurno da će efikasno odbiti napad.<sup>136</sup> Ako nije siguran da će udarcima stisnutim šakama odbiti napad, može upotrebiti neko efikasnije ali i opasnije sredstvo. *Zapatero* smatra da ocenu da li napadnuti uopšte ima mogućost izbora različitih sredstava odbrane, kao i šta se podrazumeva pod manjom štetom treba zasnivati na objektivnim pokazateljima, odnosno uzimajući u obzir kako bi postupio razumni posmatrač u datim okolnostima. To ne znači da treba potpuno zanemariti relevantne subjektivne aspekte koji se odnose na strah ili paniku lica koje se brani, jer su prouzrokovani protivpravnim napadom i sprečavaju izbor efikasnog sredstva odbrane koje će pri tom naneti najmanju štetu napadaču.<sup>137</sup>

Trebakonstatovati da ukoliko iz analize konkretnog slučaja proizilazi da učinilac nije imao mogućnost izbora, treba konstatovati postojanje neophodne odbrane čak i ako upotrebljena sredstva podrazumevaju veoma energičnu reakciju na napad.<sup>138</sup> Na primer, neophodna je odbrambena radnja žene koja udari u glavu svog supruga velikim svećnjakom da bi zaustavila seriju udaraca tupim predmetom, čak i ukoliko ima za posledicu njegovu smrt (*STS I. 10. 1991. - RA 6874*).

Ipak, ako na raspolaganju nema više od jednog sredstva za odbranu od napada, opravdano je da ga napadnuti upotrebi, ali ostaje obaveza prouzrokovanja najmanje štete napadaču.<sup>139</sup> Ovo se naročito odnosi na situacije kada je jedino sredstvo za odbranu koje napadnuti može koristiti vatreno oružje i podrazumeva njegovu „stepenovanu upotrebu”, ukoliko obzirom na okolnosti efikasnost odbrane nije dovedena u pitanje. To znači

---

135 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 85.

136 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, Derecho penal - parte general, op. cit., s. 205-206.

137 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, Comentarios elCodigo penal, op. cit., s. 120.

138 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 566.

139 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, Derecho penal Espanol - parte general, op. cit., s. 563.

da učinilac krivičnog dela mora najpre upozoriti napadača na mogućnost upotrebe vatrenog oružja ili ispaliti hitac upozorenja, hitac se može usmeriti u delove tela koji nisu vitalni i na kraju, poslednja mogućnost je nanošenje smrtonosnih povreda.<sup>140</sup> Napadnuti koji se ne pridržava navedenog redosleda poteza (tzv. kontrolisane odbrane), odnosno puca u vitalne delove tela lica koje preduzima napad koristeći nož kao sredstvo, može se pozvati na primenu tzv. nepotpune nužne odbrane (član 21. stav 1 Krivičnog zakonika), stanovište je Vrhovnog suda Španije.<sup>141</sup> Prethodno upozorenje može izostati ako napadač preduzima napad na izuzetno brutalan način ili koristi vatreno oružje za napad.<sup>142</sup>

Kao što smo već istakli, ocena racionalne upotrebe sredstava odbrane zavisi pre svega od objektivnih okolnosti slučaja, ali i od subjektivnog stanja lica koje preduzima odbrambenu radnju. Pri tome, sudska praksa objektivnim kriterijumima daje prednost: „*Pri utvrđivanju racionalnosti upotrebe sredstava odbrane prednost imaju objektivni pokazatelji, što ne znači potpuno zapostavljanje subjektivog aspekta, jer se u stanju izloženosti protivpravnom napad, ne može zahtevati od napadnutog razmišljanje, staloženost i izbor najproporcionalnijeg sredstva odbrane, sa tačno utvrđenom merom odbrane*”.<sup>143</sup> U skladu sa tim, jedna od okolnosti koju sud treba da uzme u obzir je i vrsta pravnog dobra koje je izloženo protivpravnom napadu, jer se ne mogu izjednačavati situacije napada na život ili telesni integritet i napad na čast.<sup>144</sup> Autor ovog mišljenja smatra da se u prvom slučaju ne može zahtevati od žrtve da posle analize različitih mogućnosti izabere manje štetno sredstvo, ali se to očekuje kod napada na čast koji ne proizvodi rizik za koji se može reći da sprečava „kontrolisanu odbranu”. Ovo praktično znači da je ograničen izbor sredstava koja se mogu koristiti za odbranu časti.

Iako na prvi pogled uverljivo, ipak ovo shvatanje ne možemo u potpunosti prihvatiti, jer u nekim situacijama ugrožavanja ili povrede

140 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 566.

141 STS 1053/2002 od 5. 6. 2002. god., (Julian Sanchez Melgar, Código penal - comentarios y Jurisprudencia, op. cit., s. 152-153).

142 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 204.

143 STS 40422/2004 od 12.5.2004.

144 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, Legítima defensa del honor y límites del derecho de defensa, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, septiembre-diciembre, op. cit., s. 862.

najvažnijih pravnih dobara napadnuti može ne samo izabrati manje štetno sredstvo, već i bez ostvarenja krivičnog dela sprečiti ili okončati napad. Na primer, lice koje je obučeno za borbu a uz to je u znatnoj meri fizički snažniji od napadača, ima obavezu da upotrebi manje štetno sredstvo odbrane, bez obzira što napadač nožem ugrožava njegov život. U suprotnom, može se govoriti o intenzivnom prekoračenju granica nužne odbrane, ukoliko okolnosti krivične stvari ukazuju da je to svrsishodno. U prilog stanovištu koje mi zastupamo je i presuda Vrhovnog suda Španije *STS 339/2002* od 1. marta 2002. godine, u kojoj je izričito navedeno da se pri utvrđivanju opasnosti korišćenog sredstva mora uzeti u obzir ne samo kvalitet sredstva u pitanju, već i „*ogromna disproporcija u korpulentnosti suparnika*”.<sup>145</sup>

## 8.2. *Vrednost pravnih dobara koja su povređena ili ugrožena napadom odnosno odbranom*

U ovom radu je već rečeno da vrednost pravnih dobara u sukobu utiče na ocenu racionalnosti upotrebljenog sredstva odbrane, samim tim i na njenu neophodnost. Ali, ovo ne znači da je neophodnost uslovljena zahtevom za proporcionalnošću pravnih dobara koja su ugrožena napadom i dobara napadača protiv kojih je uperena odbrana, jer pravni poredak ne može pružiti jednaku zaštitu napadaču koji krši pravne norme i napadnutom koji postupa saglasno pravu.<sup>146</sup> To ne znači da će interesi napadača u potpunosti ostati nezaštićeni, što je rezultiralo dominantnim mišljenjem u krivičnopravnoj literaturi, prema kome očigledna disproporcija vrednosti dobara napadača i napadnutog isključuje neophodnost kao temeljni uslov nužne odbrane.<sup>147</sup> Proizilazi da se napad na bagatelna pravna dobra kao što je imovina male vrednosti, ne može odbiti lišavanjem života napadača ili nanošenjem teških telesnih povreda, čak i ukoliko drugog načina za odbranu od napada nije bilo.

---

145 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 155.

146 Iglesias Rio, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legitima defensa*, op. cit., s. 315.

147 Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 209.

### 8.3. Defanzivna i ofanzivna odbrana

Suštinsko obeležje neophodnosti odbrane je ostvarenje krivičnog dela samo u slučaju da lice koje preuzima odbrambenu radnju nema drugog načina da odbije protivpravni napad. U vezi sa tim, postavlja se i pitanje bekstva napadnutog kao načina da se izbegne, odnosno spreči napad. U teoriji i praksi krivičnog prava, u vezi sa ovim problemom preovlađuje stanovište da napadnuti nije dužan da se ukloni sa mesta gde je izvesno da će biti izložen napadu.<sup>148</sup> Zastupnici ovog shvatanja opravdanje nalaze u etičkim razlozima, ali i praksa pokazuje da bi veoma teško bilo utvrditi da li je u konkretnom slučaju napadnuti mogao da izbegne napad bekstvom. Uz to, bekstvo je nesiguran način odbrane, jer ne garantuje licu koje pokušava na taj način da se zaštiti, da će u tome i uspeti. Izuzetak od pravila je situacija napada od strane duševno obolelih osoba ili dece, u kojoj je napadnuti obavezan da ukoliko je to moguće izbegne napad bekstvom, ali samo ako na drugi način nije moguće sprečiti napad.<sup>149</sup>

Dominantno shvatanje osporava *Iglesias*, odbacujući argumente o nečasnom i sramnom bekstvu, jer odbrana nije neophodna ukoliko napadnuti ima mogućnost da se ukloni pred napadom koji ga ugrožava.<sup>150</sup> To će naročito biti slučaj ako iz okolnosti krivične stvari proizilazi da je bekstvo efikasna reakcija na napad sa jedne strane, dok bi preuzimanje odbrambene radnje proizvelo teško narušavanje telesnog integriteta ili čak smrt napadača sa druge strane. Moramo priznati da rezonovanje ovog autora ima logičko utemeljenje, naročito ukoliko kao polazište prihvatimo interes društva za očuvanjem značajnijeg dobra (život napadača je važniji od časti napadnutog).

Premda, smatramo da se ne može prihvatiti i to kako zbog načelnog prigovora da pravo nikada ne treba da ustukne pred nepravom, tako i zbog niza praktičnih problema koje bi proizvelo u sudskoj praksi. Između ostalog, u ovom radu je u više navrata ukazivano na ograničenja nužne odbrane, iz čega proizilazi da se ne može govoriti o nezaštićenosti napadača. Na

---

148 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 564.

149 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 206-207.

150 *Iglesias Rio*, *Fundamentos y requisitos estructurales de la legitima defensa*, op. cit., s. 266.

primer, ako je napadač fizički inferioran pogrešno je od napadnutog tražiti da se bekstvom udalji sa lica mesta, ukoliko je pred njim već zahtev da defanzivnom a ne ofanzivnom odbranom odbije napad. Na taj način štitimo interese napadnutog tj. njegovo dostojanstvo ali i interes pravnog poredka, jer u sukobu prava i neprava prednost treba dati ponašanju koje je u saglasnosti sa pravom.

#### 8.4. *Socijalnoetička ograničenja nužne odbrane.*

Kao što smo već napomenuli, odbrana od protivpravnog napada nije neograničena, tj. pravna dobra napadača nisu u potpunosti nezaštićena.<sup>151</sup> Osim načelnog stanovišta da se neophodnost odbrane odnosi i na meru, odnosno intenzitet odbrambene radnje, doktrina se zalaže za ograničenje nužne odbrane u karakterističnim situacijama.

Prema jednom shvatanju, „*kod napada osoba koje ne mogu krivično odgovarati (npr. deca, duševni bolesnici, alkoholisana lica), ne dolazi do izražaja u punoj meri potreba za reafirmacijom prava, zbog čega se i mera nužne odbrane ograničava*”.<sup>152</sup> Autori ovog mišljenja ističu da je u navedenim okolnostima opravdano zahtevati od napadnutog da se ukloni sa mesta gde je izložen opasnosti napada od pomenutih kategorija lica, a ukoliko to nije moguće treba da koristiti sredstvo odbrane koje je manje opasno za napadača, čak i ukoliko se na taj način povećava rizik od povrede.

Preovladava stav da je ograničenje prava na odbranu opravdano i ukoliko je do sukoba došlo između članova porodice, zbog solidarnosti koja treba da postoji među njima (npr. tuča bračnih drugova).<sup>153</sup> Prema *Calderonu*, sadržaj ograničenja nužne odbrane u ovom slučaju odgovara situaciji napada koji dolazi od strane lica koja nemaju kapacitet za krivičnu odgovornost. Uz to, nije opravdano ograničiti pravo na odbranu ukoliko

151 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 85.

152 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, Derecho penal-parte general, op. cit., s. 569, Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, Parte General del Derecho Penal, op. cit., s. 490-491.

153 Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira, Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa, Anuario de Derecho penal y ciencias penales, septiembre-diciembre, op.cit., s. 864.

je rizik od povrede na strani učinioca ozbiljan (npr. ako jedan supružnik drugog napadne nožem, napadnutog ne treba ograničavati u pogledu izbora sredstava odbrane) ili kada je solidarnost članova porodice umanjena (npr. u slučaju „uobičajenog“ zlostavljanja lice koje trpi konstantne napade nije dužno da napusti stan).<sup>154</sup>

## 9. ODBRAMBENA VOLJA

Uprkos činjenici da u odredbi zakonika koja je posvećena nužnoj odbrani, nije izričito primena ovog instituta uslovljena utvrđivanjem odbrambene volje učinioca, tj. zahtevu da napadnuti bude svestan napada i preduzima odbrambenu radnju sa ciljem odbijanja istog, u teoriji i sudskoj praksi je dominantno shvatanje da je ispunjenje ovog uslova neophodno.<sup>155</sup> Vrhovni sud Španije presudom *STS 614/2004* od 12. maja 2004. godine, u pogledu subjektivne komponente nužne odbrane zauzima sledeći stav: „Učinioc mora da deluje u „stanju odbrane” ili „odbrambenoj situaciji”, može se reći i „stanju nužne odbrane”, jer nužnost je esencijalni kvalitet koji na strani odbrambene radnje treba da postoji u svakom slučaju da bi se moglo govoriti o primeni člana 20. stav 4 ili člana 21. stav 1 Krivičnog zakonika.”<sup>156</sup> Drugim rečima, lice koje ostvari krivično delo se ne može pozvati na nužnu odbranu, ukoliko je motiv za fizički obračun sa drugim osveta ili je reč o obostrano prihvaćenoj tuči.<sup>157</sup> U pomenutoj presudi Vrhovni sud zauzima stanovište da odbrambena volja učinioca (*animus defendi*) nije kontradiktorna sa namerom da se napadač koji preduzima protivpravni napad liši života (*animus necandi*). Naravno, to će biti slučaj samo pod uslovom da je lišavanje života napadača neophodno da se postigne svrha preduzimanja odbrane, a to je odbijanje napada.<sup>158</sup>

154 A. Calderon Cerezo, J. A. Chochlan Montalvo, *Derecho penal-parte general*, op. cit., s. 207.

155 L. Arroyo Zapatero, Berdugo Gomes de la Tore y otro, *Comentarios elCodigo penal*, op. cit., s. 120 -121.

156 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal - comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 151.

157 Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro, *Derecho penal - parte general*, op. cit., s. 85, *STS 1685/2001* od 29. 2. 2000.

158 Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 151.

Ipak, gledište o neophodnosti subjektivnog uslova nužne odbrane nije jedinstveno i bez izuzetka prihvaćeno u španskoj krivičnopravnoj literaturi. Tako, *Rodriguez* smatra da zahtev za odbrambenom voljom kao uslovom za primenu člana 20. stav 4 Krivičnog zakonika nije opravdan, jer nema oslonac u zakonskom tekstu.<sup>159</sup> Ako analiziramo zakonski opis nužne odbrane, možemo zaključiti da i gramatičko tumačenje ide u prilog objektivno-subjektivne koncepcije nužne odbrane.<sup>160</sup>

*Olivares* kao protivnik uslovljavanja primene nužne odbrane subjektivnim elementom, ističe da ukoliko su ispunjeni svi uslovi neophodni za isključenje krivične odgovornosti pozivanjem na nužnu odbranu (protivpravni, stvarni i istovremeni napad, nedostatak provokacije, neophodnost odbrane itd.), pogrešno je isključiti primenu ovog instituta samo zbog nedostatka odbrambene volje. „*Izostanak svesti o tome da se za ponašanje koje se preduzima krivično ne odgovara, ne može predstavljati dovoljan razlog za odbijanje zaštite prava.*”<sup>161</sup>

## 10. PREKORAČENJE GRANICA NUŽNE ODBRANE

Uopšteno govoreći, iako sukob započinje lice koje preduzima protivpravni napad, jedinstveno je mišljenje u krivičnopravnoj literaturi i sudskoj praksi da obim nužne odbrane nije neograničen. Stoga, ukoliko uslov neophodnosti racionalne upotrebe sredstva radi sprečavanja ili odbijanja napada nije ispunjen, ostvareno je prekoračenje nužne odbrane (intenzivni eksces).<sup>162</sup> Na primer, lice koje preduzima odbrambenu radnju koristi palicu i nanosi teške telesne povrede napadaču, iako je očigledno da napad može odbiti i korišćenjem fizičke snage. U vezi sa tim, zakonodavac propisuje da će se napadnutom koji je prekoračio granice nužne odbrane

159 Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes, *Derecho penal Espanol - parte general*, op. cit., s. 562-563.

160 Naime, zakonodavac u članu 20. stav 4 određujući pojam nužne odbrane upotrebljava predlog „u”(en): „...u odbrani svojih prava ili prava drugoga...”, iz čega se može zaključiti da učinilac koji delo ostvari na primer u osveti, ne može da se pozove na primenu ove zakonske odredbe.

161 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 489.

162 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal-parte general*, op. cit., s. 569.

kazna ublažiti (član 21. stav 1 u vezi sa članom 68. Krivičnog zakonika).<sup>163</sup> Ukoliko odbrambena radnja koja je u konkretnom slučaju preduzeta nije neophodna, ne može se govoriti o nužnoj odbrani kao osnovu koji isključuje krivičnu odgovornost, odnosno omogućava ublažavanje kazne.<sup>164</sup> Na primer, lice A izloženo fizičkom napadu od strane lica B istom lomi ruku a zatim ga šutira nogama, sve dok napadač od posledica povreda ne izgubi vid na jedno oko.

Učinilac koji preduzme odbranu pre započinjanja napada, računajući i vreme kada napad neposredno predstoji ili posle okončanja napada, ostvario je tzv. ekstenzivni eksces nužne odbrane.<sup>165</sup> Kao ilustracija tzv. nepravog ekscesa nužne odbrane poslužiće sledeći primer: nakon što je razoružao napadača koji svestan opasnosti pokušava da pobegne sa lica mesta, napadnuti koristi njegovo oružje i nanosi mu povrede (*STS od 7. 11. 2003.- RA7345*).<sup>166</sup> Prema jedinstvenom mišljenju teorije i prakse, učinilac koji ostvari krivično delo pri ekstenzivnom prekoračenju se ne može pozivati na nužnu odbranu kao osnov koji isključuje krivičnu odgovornost ili kao osnov koji će dovesti do ublažavanja kazne. U skladu sa tim, Vrhovni sud Španije presudom *STS 1466/2003* od 7. novembra 2003. godine konstatuje: „*Mora postojati vremenska podudarnost između čina protivpravnog napada i nužne odbrane da bi ova bila krivičnopravno relevantna: jedinstvo događaja ili uslov istovremenosti, odnosno neposredno predstojećeg napada*”.<sup>167</sup>

---

163 Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy, *Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos*, op. cit., s. 42, 68, Julian Sanchez Melgar, *Codigo prenal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 153, L. Arroyo Zapatero y otro, *Comentarios el Codigo penal*, op. cit., s. 120.

164 Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats, *Parte General del Derecho Penal*, op. cit., s. 497.

165 Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso, *Derecho penal-parte general*, op. cit., s. 563-564, Carlos Suarez-Mira Rodriguez, Angel Judel Prieto, *Manual de Derecho penal*, op. cit., s. 209.

166 isto, op. cit., str. 564.

167 Julian Sanchez Melgar, *Codigo penal-comentarios y Jurisprudencia*, op. cit., s. 158.

**Radosav Risimović,**

*Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade*

## **SELF-DEFENCE IN CRIMINAL LAW OF SPAIN**

*Spanish criminal legislation belongs to the group of countries that classify self-defense as reasons which exclude criminal liability, while the criminal law literature in this country accepts so called dualistic conception of self-defense, although there is no unique attitude on the legal nature of this institute.*

*It is very interesting that the legal practice, in spite of basic theory conception that any legal property can represent the object of attack, in a number of cases is rejecting the possibility for perpetrator to cite self-defense for violation of honor. There is a governing attitude that it is not relevant for the existence of attack as a condition for applying the Article 20. p. 4 of the Criminal Code of Spain the circumstance whether the action of the aggressor has been executed with the guilt. When it comes to unlawfulness of the attack, some authors support the attitude that very individual criminal unlawfulness of the aggressor's action can be discussed. Big part of the work was devoted to provoked defense, that is, "absence of enough provocation by the victim". Related to condition of simultaneousness of attack and defense, we did not accept the conception according to which in some cases it is acceptable to violate or endanger legal properties of the aggressor after termination of the attack. Further, the condition of defense necessity depends in big part on establishing "the necessity of rational use of means for the effect of preventing or rejecting the attack" (Article 20. p. 4 of the Criminal Code of Spain). At the end, although legislator in Spain does not explicitly require so called defense mood as a condition for excluding criminal liability, there is a unique conception of both theory and practice on necessity of existence of the self-defense subjective element.*

**Key words:** *dualistic conception of self-defence; existence of attack; criminal law; Spain*

## **Literatura:**

1. **A. Calderon Cerezo, J. A. Choclan Montalvo**, Derecho penal - parte general, 2001., Barcelona.
2. **Angel Calderon Cerezo, Hoze Antonio Choclan Montalvo**, Codigo Penal Comentado, 2005., Bilbao.
3. **Carlos Climent Duran, Francisko Pastor Alcoy**, Codigo penal con todas sus reformas comparados por articulos, 2004., Valencia.
4. **Enrique Orts Berenguer, Angela Matallin Evangelo y otro**, Derecho penal - parte general, 2007., Valencia.
5. **Gonzalo Quintero Olivares, Fermin Morales Prats**, Parte General del Derecho Penal, 2006., Barcelona.
6. **Iglesias Rio**, Fundamentos y requisitos estructurales de la legitima defensa, 1999., Granada.
7. **Jose Maria Rodriguez Deveza, Alfonso Serrano Gomes**, Derecho penal Espanol - parte general, 1994., Madrid.
8. **Jose M. Zugaldia Espinar, Esteban J. Perez Alonso**, Derecho penal - parte general, 2004., Valencia.
9. **Julian Sanchez Melgar**, Codigo prenatal - comentarios y Jurisprudencia, 2006., Madrid.
10. **Luzon Pena**, Aspectos esenciales de la legitima defensa, 1978., Barcelona.
11. **Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo**, „Restricciones” jurisprudenciales al derecho de defensa: legitima defensa y principio de legalidad, Anuario de derecho penal y ciencias penales, sept.-diciembre 1991., Madrid.
12. **Santiago Mir Puig, M. Teresa Castineira**, Legitima defensa del honor y limites del derecho de defensa, septiembre-diciembre, 1987., Madrid.

**Prof. dr Milan Milošević**  
Kriminalističko-policijska Akademija u Beogradu

Primljeno 25.09. 2008.  
udk: 342.738  
343.4  
343.326 (450)

## **ZAKONI REPUBLIKE ITALIJE O OBAVEŠTAJNO- BEZBEDNOSNOM SISTEMU I REŽIMU DRŽAVNE TAJNE**

*Poslednjih godina su gotovo sve evropske države donele zakone kojima regulišu organizaciju i funkcionisanje bezbednosno-obaveštajnog sistema. Ovo je slučaj i sa Italijom, zemljom koja ima dugu tradiciju zakonskog regulisanja obaveštajne delatnosti i zaštite tajnosti podataka. Zakon broj 801 iz 1977. godine o osnivanju i organizovanju službi za informisanje i bezbednost i režimu državne tajne svakako je jedan od najznačajnijih pravnih izvora u ovoj oblasti uopšte. Kvalitetna rešenja koja sadrži, i pored čestih perioda političke nestabilnosti, ostala su na snazi pune tri decenije. Ipak, aktuelni bezbednosno – obaveštajni sistem počiva na potpuno novom propisu - Zakonu broj 124 o informativnom sistemu za bezbednost Republike i novom režimu tajne. Na osnovu tog propisa iz 2007. godine, reorganizovane su ili preimenovane neke od ključnih obaveštajnih i bezbednosnih institucija Republike Italije.*

*Ključne reči: informaciono-bezbednosni sistem; državna tajna; Italija; novo zakonodavstvo*

### **Normativni okvir obaveštajno-bezbednosnog sistema Republike Italije**

Strateška orijentacija sistema bezbednosti demokratske države podrazumeva organizaciju obaveštajne delatnosti prvenstveno s ciljem sopstvene odbrane i zaštite demokratskih tekovina. Takvi zadaci zahtevaju učestalo reformisanje i prilagođavanje određenih službi, njihovu doslednu departizaciju i depolitizaciju, efikasnu kontrolu i poštovanje zakonitosti i etičkih principa kao vrhunski prioritet delovanja i jačanje profesionalizma pripadnika tih službi.

Da bi se precizirao položaj obaveštajnih i bezbednosnih institucija u društvu i obezbedilo uvođenje normi demokratskog poretka i civilne kontrole u njihov rad, potrebno je njihovo zaokruživanje izvršiti najpre normativno, pa tek onda faktički. Naime, u skladu sa demokratskim standardima, uobičajno je da se donošenjem sistemskog zakona ustanovi u čijoj su nadležnosti i kome su odgovorne pojedine službe, ko i na koji način vrši kontrolu zakonitosti njihovog rada, kakvo im je organizaciono ustrojstvo, koji su im poslovi i zadaci, metodi i sredstva, prema kojim subjektima mogu koristiti konspirativne tehnike saznanja i pod kojim uslovima, kakav je postupak sa prikupljenim podacima i kome se dostavljaju završna dokumenta, kako se finansiraju i kako raspolažu finansijama, kakva su ovlašćenja pripadnika službi i sl.

Saglasno tome, poslednjih godina su gotovo sve evropske države donele posebne zakone kojima načelno regulišu delatnost celokupnog bezbednosno-obaveštajnog sistema, ili njegovih najvažnijih komponenti. To važi kako za zemlje u tranziciji tako i za države sa stabilnim i razvijenim ekonomskim, političkim i obaveštajnim sistemom. Ovo je posebno slučaj sa Italijom, zemljom koja inače ima dugu tradiciju zakonskog regulisanja oblasti bezbednosti, a posebno obaveštajne delatnosti i zaštite tajnosti podataka<sup>1</sup>.

Italijanski Zakon broj 801 od 24. oktobra 1977. godine o osnivanju i organizovanju službi za informisanje i bezbednost i režimu državne tajne svakako je jedan od najznačajnijih pravnih izvora u ovoj oblasti uopšte. Kvalitetna rešenja koja sadrži poslužila su kao uzor mnogim zakonodavcima izvan Apeninskog poluostrva, dok su u samoj Italiji, i pored čestih perioda političke nestabilnosti, ostala na snazi pune tri decenije. Tome je doprinela i činjenica da je italijanski zakonodavac kontinuirano i adekvatno novelirao pomenuta rešenja, a samim tim i organizaciju i funkcionisanje italijanskog bezbednosno-obaveštajnog sistema - posebno na planu borbe protiv terorizma i organizovanog kriminala.

Reforme su otpočele su još 1981. godine preformiranjem Centralnog ureda za opšte istrage i specijalne operacije Ministarstva unutrašnjih poslova (Ufficio Centrale Investigazione generali e Operazioni Speciali - UCIGOS), a nastavljene su Zakonom broj 410 od 30. decembra 1991. godine, kojim je obaveštajnim službama SISMI i SISDE naloženo

<sup>1</sup> Videti Zakon Republike Italije broj 98 od 8. aprila 1974. godine o zaštiti poverljivih i tajnih saopštenja (Tutela della riservatezza e della liberta e segretezza delle comunicazioni).

koordiniranje obaveštajnih i istražnih aktivnosti na suprotstavljanju organizovanom kriminalu. U međuvremenu su izvršene i mnoge druge promene, među kojima se značajem posebno izdvaja Zakon broj 398 iz septembra 2001. godine kojim je ustanovljena aktuelna organizacija i delokrug rada Ministarstva unutrašnjih poslova<sup>2</sup>.

Ipak, aktuelni bezbednosno – obaveštajni sistem Republike Italije počiva na potpuno novom propisu - Zakonu broj 124 od 3. avgusta 2007. godine o informativnom sistemu za bezbednost Republike i novom režimu tajne (Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto). Na osnovu tog akta, reorganizovane su ili preimenovane neke od ključnih obaveštajno–bezbednosnih institucija, koje su funkcionisale u kontinuitetu od implementiranja zakonskih rešenja iz 1977. godine. Očigledno je da se italijanski zakonodavac i ovom prilikom rukovodio stavom da su obaveštajne i bezbednosne službe samo deo mehanizma zaštite države, koji se uspostavlja pravnim poretom i koji je delotvoran onoliko koliko je prilagođen svome vremenu.

### **Zakon Republike Italije broj 801 od 24. oktobra 1977. godine**

Bezbednosno-obaveštajni sistem Republike Italije u periodu nakon donošenja Zakona broj 801 krajem 1977. godine činili su Međuresorski komitet za obaveštajno-bezbednosne poslove (CIIS), Izvršni komitet za obaveštajne i bezbednosne službe (CESIS), Parlamentarni komitet za kontrolu obaveštajno-bezbednosnih službi (COPACO), dve vodeće obaveštajno-bezbednosne organizacije (SISMI i SISDE), kao i obaveštajna služba karabinjera (SIC) čija je zakonska nadležnost takođe bila definisana je pomenutim Zakonom. Osim toga, u sastav tzv. obaveštajne zajednice Italije funkcionalno su ulazile i vidovske vojne obaveštajne službe (SIOS), kao i obaveštajna služba finansijske policije (SIGF), a donekle i za Ured za inostranu statistiku Ministarstva inostranih poslova, iako je to analitičko-informativna služba koja samo koristi rezultate legalnog rada italijanskih diplomatskih i drugih predstavništava u inostranstvu<sup>3</sup>.

2 O policiji, karabinjerima i finansijskoj straži Republike Italije detaljnije videti: Scandone Giuseppe; Atzori Pierfrancesco *Le polizie d' Europa*, Roma, Edizioni Laurus Robuffo, 1990, rr. 161-226; Lisken Hans; Denninger Erhard, *Handbuch des Polizeirechts*, Muenchen, C. H. Becksche Verlag, 1992, rr. 57-59; i sl.

3 Uporedi: Anžič Andrej, „Državnoinformativna služba – novo razmišljanje o starih temah ali iskanje modela sodobne slovenske obveščevalne institucije in njene dejavno-

**Međuresorski komitet za obaveštajno-bezbednosne poslove** (CIIS) bio je političko telo pri Predsedništvu Ministarskog saveta Italije, a delovalo je kao savetodavni organ za kreiranje obaveštajne i bezbednosne politike. Na čelu tog Komiteta bio je premijer, a u njegov sastav su ulazili ministri inostranih i unutrašnjih poslova, odbrane, pravosuđa, finansija i industrije, s tim što su se na sednice Komiteta mogli pozivati i direktori obaveštajnih službi i drugi funkcioneri i eksperti. Kao organ italijanskog političkog sistema, CIIS je imao sledeće nadležnosti:

- ostvarivanje političke kontrole nad radom bezbednosno-obaveštajnih službi;

- utvrđivanje generalnih smernica i davanje saveta za delovanje bezbednosno-obaveštajnih organizacija i

- davanje političkih ocena stanja bezbednosti, kao i spoljnopolitičkih aktivnosti koje se odnose na bezbednosnu problematiku.

**Izvršni komitet za obaveštajne i bezbednosne službe** (CESIS) bio je stručno-izvršni organ CIIS. Bio je neposredno potčinjen Ministarskom savetu, a u njegov sastav ulazili su direktori službi SISMI i SISDE, kao i rukovodioci policijsko-bezbednosnih institucija (sudska policija i sl.). Zadatak Izvršnog komiteta bio je da neposredno vrši procenu obaveštajnih podataka, obavlja koordinaciju rada između službi i dogovara se o njihovim daljim aktivnostima, a zadužen je i za saradnju sa stranim obaveštajno-bezbednosnim organima.

**Parlamentarni komitet za kontrolu obaveštajno-bezbednosnih službi** (COPACO), vrši je skupštinsku kontrolu delovanja svih službi. U njegov sastav ulazilo je osam članova, tj. po četiri predstavnika iz Doma poslanika i Senata. Zakonom broj 801 bio je utvrđen i način rada tog Komiteta, odnos sa predsednikom Ministarskog saveta i CIIS, obaveza članova COPACO da čuvaju tajnu, kao i činjenica da su se svi akti koje je donosilo to telo smatrali državnim tajnom. Najzad, istim zakonom bila je propisana i obaveza Ministarskog saveta da svakog semestra podnosi izveštaj Parlamentu o ostvarivanju politike u oblasti obaveštajnog rada i zaštite tajnosti podataka.

**Vojna obaveštajno-bezbednosna služba** (Servizio per la Informazioni e la Sicurezza Militare – SISMI) bila je ustanovljena posebnom odlukom ministra odbrane od 3. maja 1978. godine. Kao strategijska obaveštajni-  
sti“, in: *Zbornik strokovno-znanstvenih razprav*, vol. 5/1993, p. 13; Richelson Jeffrey T., *Foreign Intelligence Organizations*, Cambridge (Massachusetts) : Ballinger Pbs. Co., 1988, p. 116.

na i kontraobaveštajna služba, bila je odgovorna je za ukupnu obaveštajnu aktivnost prema inostranstvu, tako da je rešavala sve bezbednosne zadatke koji se odnose na odbranu suvereniteta i integriteta Italije od neprijateljske aktivnosti spolja. Imala je sledeći delokrug rada: 1) organizovanje ofanzivnog političkog, ekonomskog i vojnog obaveštajnog istraživanja prema inostranstvu i obezbeđivanje potrebnih obaveštajnih podataka vrhovnoj komandi oružanih snaga Italije; 2) usmeravanje, koordiniranje i korišćenje obaveštajnih podataka dobijenih od vidovskih vojnih obaveštajnih službi; 3) kontrašpijunaža; 4) organizovanje kontraobaveštajne zaštite komandi, štabova, jedinica i objekata koji pripadaju oružanim snagama i 5) izrada obaveštajnih dokumenata kojima se obaveštavaju korisnici unutar oružanih snaga i izvan njih.

SISMI praktično je objedinjavala sopstvenu aktivnost i delatnost obaveštajno-bezbednosnih organizacija u vidovima oružanih snaga (SIOS), i to ne samo na analitičko-informativnom nego i na operativnom planu. Organizaciona struktura te službe bila je izuzetno složena, ali se generalno delila na centralne i periferne obaveštajne organe. Centralni obaveštajni organi rukovodili su ofanzivnom delatnošću, organizovali prikupljanje i obradu podataka i sačinjavali procene. Periferni obaveštajni organi u zemlji i u inostranstvu (centri, podcentri, punktovi i detaširani obaveštajci) bili su neposredni nosioci obaveštajne aktivnosti. Krajem 1988. godine formirani su organi SISMI i u vladama svih italijanskih pokrajina s ciljem unapređenja kontraobaveštajne delatnosti i, posebno, kontrašpijunaže.

Centrala SISMI bila je u Rimu. Ona je istovremeno predstavljala centralni organ obaveštajno-bezbednosnog sistema Italije i operativnu komandu vojnoobaveštajne službe. NJome je rukovodio direktor, koga je imenovao ministar odbrane uz saglasnost CIIS. Iz centrale se neposredno rukovodilo obaveštajnim centrima, podcentrima i punktovima. U svom sastavu SISMI je imala i veoma razvijen kompjuterski centar koji za svoje potrebe koristila i SISDE. Ujedno SISMI je bila direktan korisnik svih obaveštajnih podataka do kojih je dolazio *Armijски obaveštajni centar elektronske odbrane* (CIDE), odnosno posebne vojne jedinice za elektronsko osmatranje i prisluškivanje iz vazduha.

Centrala je bila organizovana po sektorima, koji su se delili na odeljenja i sekcije i obuhvatali su različite problemske celine (obaveštajni rad u inostranstvu, kontrašpijunaža, antiterorizam i sl.), i pomoćne poslove (finansije, kadrovi, školovanje i dr.). *Sektor za istraživanje* činio je ofan-

zivno jezgro centrale SISMI, pošto je organizovao prikupljanje podataka strategijskog značaja i direktno rukovodio tim aktivnostima. *Sektor za praćenje situacije* bio je analitički deo te službe. On je sačinjavao strategijske studije i procene aktuelnih problema za potrebe najvišeg državnog i vojnog rukovodstva. Sastojao se iz četiri sekcije za praćenje situacije (vojna, politička, ekonomska i naučno-tehnološka), s tim što se svaka sekcija delila na referate za pojedine grupe zemalja.

*Sektor bezbednosti* bavio se kontraobaveštajnim poslovima i zaštitom tajni u centrali SISMI, Ministarstvu odbrane i vojnoj industriji. U tom smislu je proveravao kandidate za prijem na rad u te ustanove, vršio nadzor nad čuvanjem tajnih podataka i obezbeđenjem vojne infrastrukture. *Sekcija za telekomunikacije* (Sezione TLC) se starala o bezbednosti vojnih i državnih telekomunikacionih sistema, unapređivanju i razvoju elektronskog izviđanja, a pratila je i razvoj sredstava za elektronsko ometanje u drugim zemljama. *Centar za prikupljanje podataka specijalnim tehničkim sredstvima* (CRITS) je izučavao i pratio razvoj najnovijeg naoružanja i ratne tehnike stranih zemalja.

Centri službe bili su locirani izvan vojnih objekata, u administrativnim i privrednim centrima kao što su Milano, Torino, Palermo i drugi. Oni su u svom radu bili nezavisni od vidovskih vojnoobaveštajnih službi, a delovali su preko podcentara i punktova smeštenih, osim u dubini teritorije Italije, i u pograničnim područjima i u inostranstvu (najčešće u okviru vojnih poslanstava u diplomatsko-konzularnim predstavništvima). Poslove bezbednosti SISMI je izvršavala preko centara pri komandama, štabovima i drugim vojnim ustanovama. Organima SISMI bile su podređene i karabinjerske jedinice, koje obavljaju poslove vojne policije, kao i izviđačke jedinice i jedinice za elektronsko izviđanje. Najzad, SISMI je tesno saradivala i sa službom SISDE, policijom i finansijskom policijom.

**Obaveštajne službe vidova oružanih snaga** Italije su nominalno strategijske službe (Servizio Informazione e Osservazione Strategiche), ali su izvršavale tipične zadatke vojnoobaveštajne službe operativnog nivoa, i to SIOS-E (Esercito) za potrebe kopnene vojske, SIOS-M (Marine) za potrebe ratne mornarice i SIOS-A (Aviazione) za potrebe ratnog vazduhoplovstva i protivvazdušne odbrane<sup>4</sup>. Ti zadaci se mogu razvrstati na sledeći

---

4 Detaljnije o Obaveštajnom odeljenju Generalštaba KoV (SIOS-E), Operativnoj obaveštajnoj službi ratne mornarice (SIOS-M) i Operativnoj obaveštajnoj službi ratnog vazduhoplovstva (SIOS-A) videti: Milošević Milan, *Sistem državne bezbednosti*, Beograd: Policijska akademija, 2001, str. 311-313.

način: priprema obaveštajnih analiza generalštabu datog vida za operativne planove i pripreme; regulisanje aktivnosti vojne policije, odnosno karabinjera; obaveštajno delovanje u prigraničnim oblastima (kopnenim, morskim i vazdušnim), i zagranničnim zonama na dodeljenim operativnim pravcima; stručno (specifično) analiziranje obaveštajnih podataka dobijenih od SISMI; dostavljanje operativno-tehničkih podataka zainteresovanim vojnim jedinicama i odeljenjima; ukazivanje SISMI na obaveštajno zanimljiva lica (prisustvo stranih obaveštajnih službi) ukoliko do toga dođu u obavljanju redovne delatnosti (kontraobaveštajni zadaci); izrada šifrnika za svoje vidove (KoV, RM i RV i PVO); rukovođenje u ratu specifičnim jedinicama za otkrivanje radio-predajnika i dešifrovanje poruka; ostvarivanje saradnje sa stranim vojnim izaslanicima i realizovanje međusobne saradnje službi SIOS.

**Obaveštajna služba za zaštitu demokratije** (Servizio per la Informazioni e la Sicurezza Democratica– SISDE) delovala je u sastavu organa unutrašnjih poslova na realizaciji svih obaveštajnih i bezbednosnih aktivnosti na planu zaštite ustavnog poretka, s tim što je u prvoj deceniji postojanja funkcionisala više kao analitičko-istraživačka organizacija u oblasti nacionalne bezbednosti. Centrala SISDE bila je u Rimu, u zgradi Ministarstva unutrašnjih poslova, a i njena ukupna organizaciona struktura odgovarala je strukturi tog Ministarstva na celokupnoj teritoriji države. Centri službe bili su locirani su po kvesturama u pokrajinskim administrativnim centrima i bilo ih je 19. Puntkovi su bili smešteni po policijskim stanicama u važnijim mestima izvan sedišta kvestura, zatim u nekim zatvorima (Trst, Milano), većim lukama, na aerodromima itd.

I pored razuđenosti njenih organizacionih jedinica, SISDE je bila izrazito centralizovana služba. Kao neoperativna kontraobaveštajna služba, imala je zadatak da planira i organizuje bezbednosne aktivnosti koje su dalje neposredno operativno realizovale druge bezbednosne organizacije. Inače, u nadležnost SISDE spadala je:

- kontraobaveštajna zaštita teritorije Republike Italije (otkrivanje, praćenje i suzbijanje delovanja stranih obaveštajnih službi);
- angažovanje u otkrivanju i suprotstavljanju delatnostima ekstremnih političkih protivnika postojećeg ustavnog poretka u Italiji i
- borba protiv terorizma, odnosno sprovođenje aktivnosti na planu otkrivanja i onemogućavanja delovanja terorističkih grupa i organizacija<sup>5</sup>.

5 O ekspanziji terorizma i uticaju obaveštajnog faktora u Italiji toga vremena vidi npr.: Flamingni Sergio, *Convergenze parallele: Le Brigate rosse I servizi segreti e il delitto*

Obaveštajna služba za zaštitu demokratije formalno je spadala u resorne obaveštajne institucije, tako da je njen direktor zvanično odgovarao ministru unutrašnjih poslova. U praksi je, ipak, predstavljala samostalni vladin organ koji je bio nezavistan od Ministarstva unutrašnjih poslova. U realizaciji svojih zadataka, a posebno u borbi protiv terorizma, SISDE je aktivno saradivala sa uniformisanom i kriminalističkom policijom, uredima za strance, karabinjerima i finansijskom policijom, dok se saradnja sa vojnim obaveštajnim službama odvijala preko CESIS.

### **Zakon Republike Italije broj 124 od 3. avgusta 2007. godine**

Kao što je već istaknuto, reforme italijanskog bezbednosno-obaveštajnog sistema, baziranog na Zakonu broj 801 od 24. oktobra 1977. godine, otpočele su još 1981. godine ukidanjem protivterorističke obaveštajne službe UCIGOS u druge policijske institucije. Refome su nastavljene Zakonom broj 410 od 30. decembra 1991. godine, kojim je službama SISMI i SISDE naloženo koordiniranje obaveštajnih i istražnih aktivnosti na suprotstavljanju organizovanom kriminalu. S tim u vezi, SISMI i SISDE su bile zadužene da sprovedu obaveštajne i bezbednosne aktivnosti, kako u zemlji tako i u inostranstvu, protiv "svih oblika ugrožavajućeg ili subverzivnog delovanja od strane organizovanih kriminalnih grupa, koji predstavljaju pretnju institucijama države i razvoju društva". U međuvremenu su izvršene i mnoge druge promene, među kojima se značajem posebno izdvaja Zakon broj 398 iz septembra 2001. godine kojim je ustanovljena aktuelna organizacija i delokrug rada Ministarstva unutrašnjih poslova.

Takođe je već istaknuto da su, na osnovu Zakona broj 124 od 3. avgusta 2007. godine o informativnom sistemu za bezbednost Republike i novom režimu tajne, reorganizovane ili preimenovane neke od ključnih obaveštajnih institucija, tako da bezbednosno-obaveštajni sistem Italije sada čine: Međuministarski komitet za obaveštajno-bezbednosne poslove (CISR), Parlamentarni komitet za nadzor obaveštajno-bezbednosnih službi (COPASIR), Uprava za bezbednost informacija (DIS), Obaveštajna agencija za spoljnu bezbednost (AISE), Vojni obaveštajni centar elektronske obrade (CIDE), Vojno obaveštajno-bezbednosno odeljenje (RIS) i Obaveštajna

---

*Moro, Milano: KAOS edizioni, 1988; Vilalba Franco, "The Organisational Structure of the Italian Counter-Terrorist Forces, in: International Defence Review, No.6/1985, pp. 915-917.*

agencija za unutrašnju bezbednost (AISI), kao i pojedine resorske službe i organi pri ministarstvima unutrašnjih poslova, odbrane i finansija.

**Parlamentarni komitet za nadzor obaveštajno – bezbednosnih službi** (COPASIR), vrši skupštinski nadzor nad zakonitošću delovanja svih italijanskih službi. U njegov sastav ulazi 10 članova - po pet predstavnika iz Predstavničkog doma (Camera dei Deputati) i Senata (Senato della Republica)<sup>6</sup>.

**Međuministarski komitet za obaveštajno – bezbednosne poslove** (CISR) je političko telo koje deluje pri Vladi. Na čelu Komiteta je premijer, a u njegov sastav ulaze ministri inostranih i unutrašnjih poslova, odbrane, pravosuđa, finansija i ekonomije. Na sednice CISR se mogu pozivati direktori obaveštajnih službi i drugi funkcioneri i eksperti. Komitet za obaveštajno–bezbednosne poslove je nadležan za ostvarivanje političke kontrole nad radom svih službi i utvrđivanje generalnih smernica za njihovo delovanje, kao i za davanje političkih ocena o stanju bezbednosti i praćenje spoljnopolitičkih aktivnosti koje se odnose na bezbednosnu problematiku.

**Uprava za bezbednost informacija** (Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza – DIS) je stručno–izvršni organ Međuministarskog komiteta za obaveštajno – bezbednosne poslove. Osnovni zadaci DIS, čiji je direktor neposredno potčinjen predsedniku Ministarskog saveta, jesu koordinacija i usmeravanje rada italijanskih obaveštajno-bezbednosnih službi, analitičko objedinjavanje i procenjivanje obaveštajnih podataka dobijenih od tih službi i drugih nadležnih institucija, kao i saradnja sa stranim obaveštajno – bezbednosnim organima.

**Obaveštajna agencija za spoljnu bezbednost** (Agenzia informazioni e sicurezza esterna – AISE) je takođe nova centralno-autonomna služba, uspostavljena krajem 2007. godine, preuzevši u značajnom delu ingerencije dotadašnje Vojne obaveštajno – bezbednosne službe (SISMI). U delokrugu rada AISE koja, za razliku od službe prethodnice, nije ni formalno potčinjena ministru odbrane, su organizovanje strateškog

6 Zakonodavnu vlast u Italiji vrši dvodomna skupština (Parlamento) koji sačinjavaju Senat i Predstavnički dom. Od 315 mesta u Senatu, 232 se popunjava na opštim izborima, dok se 83 poslanika bira po ključu regionalne proporcionalne zastupljenosti. Njima se pridodaju i senatori po pravu (bivši predsednici Republike), te doživotni senatori (do pet) koje imenuje predsednik Republike. Izbor 630 poslanika u Predstavnički dom se, takođe, vrši prema kombinovanom modelu: 475 se bira na opštim izborima, a 155 se popunjava po ključu proporcionalne zastupljenosti regija. Mandat poslanika u Parlamentu je pet godina.

ofanzivnog političkog, privrednog i vojnog obaveštajnog istraživanja prema inostranstvu od značaja za bezbednost, integritet i suverenitet zemlje i njene ekonomske interese. Centrala AISE u Rimu je organizovana po sektorima sa broječanim oznakama (I, II itd.). Iz centrale se neposredno rukovodi obaveštajnim centrima, podcentrima i punktovima.

U svom sastavu služba AISE, kojom rukovodi generalni direktor, ima i veoma razvijen kompjuterski centar koji za svoje potrebe koristi i novoformirana služba AISI. Osim toga, Obaveštajna agencija za spoljnu bezbednost je i direktan korisnik obaveštajnih podataka do kojih dolazi **Vojni obaveštajni centar elektronske obrade (CIDE)**, vezanih za elektronsko osmatranje i prisluškivanje iz vazduha. S druge strane, nakon prestanka rada SISMI, poslove kontraobaveštajne zaštite u oružanim snagama Italije je početkom 2008. godine preuzela nova služba u sastavu Ministarstva odbrane - **Vojno obaveštajno-bezbednosno odeljenje (RIS)**. Zadaci RIS obuhvataju organizovanje kontraobaveštajne zaštite komandi, štabova, jedinica i objekata koji pripadaju oružanim snagama, te izradu obaveštajnih dokumenata kojima se obaveštavaju korisnici unutar oružanih snaga i izvan njih.

**Obaveštajna agencija za unutrašnju bezbednost** (Agenzia informazioni e sicurezza interna – AISI) je formirana 2007. godine u skladu sa odredbama Zakona broj 124, preuzevši nadležnosti dotadašnje kontraobaveštajne službe i službe za zaštitu ustavnog poretka, koja je delovala u sastavu Ministarstva unutrašnjih poslova. Saglasno tome, AISI je u najvećem delu preuzela infrastrukturu i kadrove rasformirane Obaveštajne službe za zaštitu demokratije (SISDE). AISI je nadležna za kontraobaveštajnu zaštitu teritorije Republike Italije (otkrivanje, praćenje i suzbijanje delovanja stranih obaveštajnih službi); angažovanje u otkrivanju i suprotstavljanju delatnosti usmerenih na nasilno ugrožavanje ustavnog poretka i borba protiv terorizma, odnosno sprovođenje aktivnosti na planu otkrivanja i onemogućavanja delovanja terorističkih grupa i organizacija.

U pitanju je nova, Vladi neposredno odgovorna centralno-autonomna služba, kojom takođe rukovodi generalni direktor. Centrala Obaveštajne agencije za unutrašnju bezbednost je u Rimu, a njeni Centri (20) locirani su u administrativnim centrima regija. Kao kontraobaveštajna služba čiji pripadnici nemaju policijska ovlašćenja, AISI ima zadatak da planira i organizuje bezbednosne aktivnosti koje dalje neposredno operativno realizuju druge bezbednosne organizacije i policijske snage.

Stoga se može reći da po svom delovanju podseća na britansku Službu bezbednosti (MI5) i nemački Ured za zaštitu ustava (BfV), a njeni glavni oslonci u tom smislu su pripadnici specijalizovanih policijskih formacija, karabinjera i finansijske straže.

Inače se suprotstavljanje terorizmu, na državnom nivou, koordinira u okviru **Centralne policijske uprave za antiterorizam**, u čijem se sastavu nalazi Centralna bezbednosno-operativna jedinica, kao i jedinica NOCS (Nucleo Operativo Centrale di Sigurezza), koja je zadužena za neposredna antiteroristička dejstva i talačke situacije<sup>7</sup>. Osim toga, istorijsko nasleđe mafije i višegodišnja bezbednosna ugroženost Italije organizovanim kriminalom, uslovili su postojanje i delovanje razgranate mreže službi za suprotstavljanje tim vidovima podriivanja stabilnosti države. Italija je od 1965. godine do danas donela čitav set antimafijaških zakona, a ustanovljen je i ad hoc komitet, sačinjen od predstavnika oba doma Parlamenta, sa istražnim ovlašćenjima koja imaju sudske vlasti.

S tim u vezi, na nacionalnom nivou su organizovane tri **službe za borbu protiv organizovanog kriminala**: Generalni savet za borbu protiv organizovanog kriminaliteta, Centralna uprava za borbu protiv mafije i Vladina komisija za borbu protiv mafije. *Generalni savet za borbu protiv organizovanog kriminaliteta* je organizaciono postavljeno pri Ministarstvu unutrašnjih poslova Italije. Sednicama Veća predsedava ministar unutrašnjih poslova, a članovi tog tela su čelnici Centralne uprave za borbu protiv mafije, policijskih snaga, Karabinjera i finansijske policije. U nadležnosti Veća su formulisanje strategije za suprotstavljanje organizovanom kriminalitetu, nadzor i koordinacija rada nadležnih službi i definisanje preventivnih aktivnosti.

*Centralna služba za borbu protiv mafije* (Direzione Investigativa Antimafia – DIA) deluje u okviru Državne policije. Sačinjava je šest operativnih odeljenja koja su smeštena u 12 operativnih centara na teritoriji Italije<sup>8</sup>. U njenoj nadležnosti su tzv. preventivne antimafijaške istrage, te

7 O specijalnoj antiterorističkoj jedinici pod nazivom “Centralno operativno jezgro bezbednosti” (NOCS) detaljnije videti: “Compie dieci anni il nucleo operativo centrale di sigurezza - Un “Nucleo” di professionalita” in: *Polizia Moderna*, No. 8-9/1988, pp. 25-29; “Il Nucleo Operativo Centrale di Sigurezza : NOCS specialisti in azione”, in: *Rivista Italiana Difesa*, No. 1/1990, p. 57 etc.

8 Posle prerastanja Zakonske odluke br. 345/1991 u Zakon broj 410 od 30. decembra 1991. godine, Centralna služba za borbu protiv mafije (DIA) je uspostavljena kao centralna policijska služba koja se fokusira na organizovani kriminal, sa kancelarijama “na terenu” širom Italije, a ustanovljen je i Generalni savet za borbu protiv organizovanog

sprovedenje istražnih radnji po nalogu istražnih sudija za borbu protiv organizovanog kriminaliteta. Ova služba, s tim u vezi, ima široka ovlašćenja u primeni posebnih operativno – tehničkih sredstava i metoda. *Vladina komisija za borbu protiv mafije* deluje u okviru Državnog tužilaštva. Čine je državni tužilac za borbu protiv mafije i 20 istražnih sudija za borbu protiv organizovanog kriminaliteta. U nadležnosti Komisije je vođenje preventivnih antimafijaških istraga, te praćenje istraga pravosudne policije povodom zločina mafijaškog tipa.

Najzad, u italijanskom policijskom sistemu posebna pažnja posvećuje se specijalizovanoj istražnoj **službi za suzbijanje nedozvoljene trgovine narkoticima**<sup>9</sup>. Te poslove, na nivou Državne policije, vrši Centralna direkcija za borbu protiv trgovine drogom (Direzione Centrale per i Servizio Antidroga), a saradnju različitih službi na državnom nivou koordinira telo koje čine predstavnici Državne policije, Karabinjera i Korpusa finansijske policije. U nadležnosti pomenute Centralne direkcije je i međunarodna saradnja u borbi protiv trgovine narkoticima, tako da ova služba ima i svoje eksperte i oficire za vezu pri DKP Italije u svetu.

**Korpus oružanih snaga karabinjera** (*L'Arma dei Carabinieri*) koji pripada oružanim snagama Italije kao specijalni rod KoV, ima odlike žandarmerijske formacije, ali poseduje i sva zakonska ovlašćenja sudske policije. Iz toga proističe da im ministar unutrašnjih poslova može poveriti i preventivne obaveštajne zadatke, tj. poslove kontrole pojedinaca i organizacija unutar zemlje koji svojom delatnošću mogu ugroziti ustavni poredak. Takođe, karabinjerske jedinice može angažovati i ministar odbrane na vojnoobaveštajnim poslovima, za popunu odreda vojne policije i na drugim zadacima bezbednosti u oružanim snagama. Strukturu Korpusa oružanih snaga karabinjera, koji ukupno ima oko 110.000 pripadnika, sačinjavaju Komanda sa šest linijskih Uprava u sedištu, pet Međuregionalnih komandi, 19 Regionalnih komandi, 103 Oblasne komande i 4 625 Karabinjerskih stanica raspoređenih po čitavoj Italiji.

**Korpus finansijske policije** (*II Corpo della Guardia di Finanza*) je poluvojna formacija i posebna policijska institucija u sastavu Ministarstva

---

kriminaliteta.

9 Centralna direkcija za borbu protiv trgovine drogom, koja koordinira istrage u vezi narkotika na operativnom nivou, osnovana je 1990 godine Zakonom broj 309 o regulisanju policijskog rada, pod prvobitnim nazivom Centralna služba za borbu protiv trgovine drogom (Servizio Centrale per i Servizio Antidroga).

finansija, nadležna za kontrolu finansijskog poslovanja, izvršavanje poreske politike i za carinske poslove na graničnim prelazima. Predstavlja sastavni deo oružanih snaga Italije, ali vrši i funkciju organa javne bezbednosti u smislu suzbijanja građanskih nereda, pa i terorizma. Ima oko 68 000 pripadnika i dužna je da otkriva i goni prekršioce zakona i propisa koji regulišu finansijsko poslovanje, a naročito da suzbija sve vrste šverca. Operativci finansijske policije deluju u civilu, a ovlašćeni su da vrše provere, pregledaju dokumente i registre, pretresaju stambene i poslovne prostorije, sastavljaju izveštaje i podnose krivične prijave, tj. imaju ovlašćenja sudske policije.

**Milan Milošević, PhD**

*Academy of Criminalistic and Police science, Belgrade*

## **ITALIAN LEGISLATION ON INFORMATION – SECURITY SYSTEM AND STATE SECRET**

*In the last couple of years almost all European countries have passed legislation which regulates organization and functioning of information-security system. This is also the case with Italy, a country which has a long tradition of legal regulation of information-security and protection of data secrecy. The Act No. 801 of 1977 on establishment and organization of services for information and security and state secret is surely one of the most important legal sources in this area. High quality solutions which it contains have remained in force for three full decades, in spite of frequent periods of political instability. Nevertheless, the current information-security system is based on a fully new regulation – Act No. 124 on Information system for security of the Republic and new regulation of state secret. On the basis of this Act of 2007, some of the key information and security institutions of the Republic of Italy have been reorganized or renamed. Key words: information-security system; State secret; Italy; new regulation*

CIP - Каталогизacija u publikaciji  
Narodna biblioteka Srbije, Beograd

34

**STRANI pravni život** = Foreign Legal Life  
/glavni i odgovorni urednik Jovan Ćirić. - God. 1,  
br. 1 (1956) - .- Beograd (Terazije 41) : Institut  
za uporedno pravo, 1956 - (Beograd : Goragraf).  
- 24 cm

Tripud godišnje. - Časopis je imao prekide u  
izlaženju (1979, 1988)

ISSN 0039-2138 = Strani pravni život

COBISS.SR-ID 86244103

